

A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português¹

*Maria Elisabete Gomes Ramos**

Resumo: O estudo versa a efectivação da responsabilidade dos administradores no contexto da insolvência da sociedade. Tema que é abordado à luz das normas do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março e alterado pelo Decreto-Lei n.º 200/2004, de 18 de Agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março. A insolvência é qualificada como culposa ou fortuita, sendo que a insolvência culposa implica consequências gravosas para os administradores afectados. O estudo aborda estas consequências.

Palavras chave: Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, insolvência da sociedade, responsabilidade dos administradores, insolvência culposa, insolvência fortuita, inabilitação, inibição para o comércio, sanções penais.

1 Enquadramento geral

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) veio revogar o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CREF), que tinha sido aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de Abril. Este último diploma retirou do Código de Processo Civil (CPC) a regulamentação processual e substantiva da falência e, de forma inovadora, conjugou esta matéria com a da recuperação da empresa. A aplicação

¹ No dia 28 de Junho de 2005, a convite da «Associação Empresarial de Portugal, Câmara de Comércio e Indústria», e na sequência de prévios contactos estabelecidos pela Sociedade de Advogados «Rui Peixoto Duarte & Associados», proferi, no âmbito do Seminário «O novo Código da Insolvência», a palestra subordinada ao tema «A insolvência e a responsabilidade dos administradores». O presente texto serviu de base a tal conferência. Agradeço aos Senhores Doutor J. M. Coutinho de Abreu (Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Coimbra), Dr. Miguel Mesquita (Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra) e Dra. Maria José Costeira (Juíza do Tribunal de Comércio de Lisboa) os esclarecimentos que me dispensaram durante a preparação deste trabalho. Sendo certo que as falhas ou as insuficiências do presente estudo são da minha exclusiva responsabilidade.

concreta do CREF permitiu detectar bloqueios vários que, entre outros aspectos, impediam a desejável celeridade do processo de insolvência. Distanciando-se do CREF, o CIRE unifica o processo de insolvência, atribui a primazia ao interesse dos credores e incrementa a celeridade e a desjudicialização processuais.

O CIRE contempla soluções inovadoras em matéria de responsabilização dos administradores² de sociedades insolventes. É este regime que urge conhecer. Ocorrida a insolvência de uma sociedade, pode levantar-se o problema de saber que efeitos tem essa insolvência na esfera jurídica dos membros do órgão de administração. Será que o seu património pessoal pode ser agredido para pagar o passivo da sociedade? Será que tal insolvência envolve a aplicação de reacções criminais? Será que a insolvência da sociedade vai afectar juridicamente a carreira profissional dos membros do órgão de administração, impedindo-os de integrar determinados cargos?

A personalidade jurídica da sociedade se, por um lado, parece afastar o administrador das consequências da insolvência da sociedade — devedor insolvente é a sociedade não o(s) seu(s) administrador(es) —, por outro lado, pode funcionar como um cenário atrás do qual o(s) administrador(es) pratica(m) factos lesivos dos credores da sociedade (*v.g.* práticas de descapitalização da empresa societária). É manifesto que a gestão realizada pelo órgão de administração ou por alguns dos seus membros pode contribuir para a génese ou agravamento da situação de insolvência da sociedade. O que tem convocado a intervenção da ordem jurídica, de modo a serem protegidos, os interesses afectados.

Referindo-nos ao ordenamento jurídico português, podemos começar por fixar o seguinte ponto de partida: à luz do CIRE, a insolvência da sociedade *pode* desencadear medidas responsabilizadoras para os seus administradores. O novo direito da insolvência, seguindo uma tendência já manifestada no CREF (especialmente depois da revisão de 1998), consagra o carácter *fragmentário* e *não automático* dos efeitos responsabilizadores. Medidas de índole *fragmentária*, porque, ocorrida a insolvência da sociedade, *só determinadas condutas* — as que se encontram caracterizadas na lei — merecem uma reacção ou sanção aplicada aos administradores afectados, sendo as restantes, para este efeito, consideradas não relevantes. Medidas de funcionamento *não automático*, porque a sua aplicação depende de uma sentença judicial (diversa da sentença que declara a insolvência)³. A percepção das novidades que o CIRE trouxe ao estatuto dos administradores exige que conheçamos, ainda que de forma sintética, o regime do revogado

² A expressão administradores é usada em um sentido amplo, de modo a referir os membros do órgão de administração das sociedades.

³ As medidas responsabilizadoras são aplicadas, não por força da lei, mas por força de uma decisão judicial que as decreta. Já a perda da remuneração dos administradores é um efeito decorrente da insolvência da sociedade (art. 82.º, n.º 1, do CIRE). Manter-se-ão, contudo, as remunerações dos administradores, no caso em que a administração da insolvência é assegurada pelo próprio devedor (art. 227.º, n.º 1, do CIRE).

CREF relativo às consequências da declaração de falência da sociedade sobre os titulares do órgão de administração.

O art. 148.º, n.º 1, do CREF (versão originária) impunha como consequência imediata e automática da falência da sociedade a «inibição (...) dos seus administradores para o exercício do comércio, incluindo a possibilidade de ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa». Independentemente do relevo da respectiva conduta, declarada a falência da sociedade, os administradores eram declarados inibidos para o exercício do comércio ou para ocupar certos cargos. O mérito ou o bom desempenho dos administradores de uma sociedade que, apesar disso, viesse a ser declarada falida não obstava ou impedia a «inibição»⁴.

Entretanto, o Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de Outubro, entre outros aspectos, aditou os arts. 126.º-A, 126.º-B e 126.º-C e renovou o art. 148.º, todos do CREF. O art. 126.º-A do CREF prescrevia a «responsabilização solidária dos dirigentes» de sociedades ou de pessoas colectivas que, por actos seus, tivessem contribuído para a situação de insolvência. O Ministério Público ou qualquer credor podia requerer ao tribunal a declaração da responsabilidade «solidária e ilimitada»⁵ dos administradores de direito ou de facto quanto às dívidas da sociedade falida e a sua condenação no pagamento do respectivo passivo. O n.º 2 apresentava um elenco de *presunções*⁶ de contribuições significativas para a insolvência da sociedade ou da pessoa colectiva.

O art. 126.º-B do CREF, intitulado «Depósito do passivo a descoberto», estabelecia que o tribunal, a requerimento de qualquer credor ou do Ministério Público, fixasse prazo para os responsáveis satisfazerem o «passivo conhecido da sociedade (...), a descoberto, à data da declaração da falência, ou apenas o montante do dano por eles causado, se fo[sse] considerado inferior»⁷.

As duas situações contempladas no art. 126.º-B do CREF — *responsabilidade civil* dos fundadores ou administradores das sociedades, nos termos do Código das Sociedades Comerciais (CSC), e *responsabilidade solidária* decorrente do art. 126.º-A do CREF — eram *distintas*⁸. Além de outros aspectos, a responsabilização solidária dos dirigentes, prevista no art. 126.º-A, do CREF, «sendo fixada em função do processo de falência, e para

⁴ Sobre o levantamento deste efeito, v. OLIVEIRA ASCENSÃO, «Efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1995, pp. 325 e s..

⁵ Manifestando objecções pertinentes a estas qualificações legais, v. LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, 3.ª ed., Lisboa: Quid Juris, 1999, p. 349.

⁶ Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *cit.*, p. 348.

⁷ Art. 126.º-B, n.º 1, do CREF. Interpolação minha.

⁸ Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *cit.*, p. 348.

os efeitos desta (...) não pode deixar de ser declarada por apenso no respectivo processo»⁹. *Diferente* era a situação da responsabilidade civil dos administradores, prevista no CSC. Imaginando que, à data da declaração da falência, estava em curso uma acção de responsabilidade civil, essa acção «seguirá o seu curso próprio e autónomo, a menos que [tivesse sido] requerida a sua apensação nos termos do art. 154.º; mas, ainda que a apensação ocorra, deve entender-se que o processo respectivo seguirá o seu curso normal, não passando a estar sujeito ao regime dos n.ºs 2 e seguintes»¹⁰. Por outro lado, estando apurada a responsabilidade civil em processo autónomo e já decidido, tal decisão deverá ser atendida na falência. Concluía Carvalho Fernandes e João Labareda que «estes preceitos só se aplicam se a responsabilidade dos fundadores, gerentes, administradores ou directores não tiver já sido objecto de decisão judicial anterior ou se não estiver em curso acção dirigida ao seu apuramento»¹¹. O que, em síntese, implicava que a responsabilidade dos administradores, regulada pelo CSC, pudesse ser (pelo menos em alguns casos) efectivada em processo autónomo.

Esgotado o prazo fixado no art. 126.º-B do CREF e não tendo sido depositados pelos sujeitos responsáveis, nos termos dos arts. 126.º-A e 126.º-B, os montantes correspondentes ao valor do passivo a descoberto à data da declaração de falência ou ao valor do dano, consoante os casos, permitia-se que qualquer credor ou o Ministério Público requeressem a *declaração de falência* dos responsáveis. Consagrava-se, assim, a figura das «falências conjuntas», prevista pelo art. 126.º-C do CREF¹².

Por fim, o art. 148.º, n.º 2, do CREF (na versão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 315/98) determinava que, no caso de falência da sociedade, o juiz, ouvido o liquidatário judicial, aplicaria aos administradores referidos nos arts. 126.º-A e 126.º-B a *inibição para o exercício do comércio e para o desempenho de certos cargos*. Esta redacção do art. 148.º, n.º 2, do CREF limitou o âmbito do preceito, pois só podiam ser atingidos pela inibição os administradores referidos nos arts. 126.º-A e 126.º-B do CREF.

A disciplina acabada de referir aplicava-se não só aos administradores de direito como aos «administradores de facto». Estes últimos, já abrangidos pelo art. 126.º-A do CREF¹³, voltam, no contexto do

⁹ Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, cit., p. 351.

¹⁰ V. LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, cit., p. 351. Interpolação minha.

¹¹ V. LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, cit., p. 351.

¹² O que poderia implicar a falência (com as consequências que lhe eram inerentes) de sujeitos solventes. Neste sentido, v. CATARINA SERRA, «Alguns aspectos da revisão do regime da falência pelo DL 315/98, de 20 de Outubro», *Scientia Iuridica*, n.ºs. 277/279 (1999), p. 199.

¹³ Embora o art. 126.º-B do CREF não referisse expressamente os administradores de facto, LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, cit., p. 395, entendiam que também estes últimos podiam ser declarados inibidos para o exercício do comércio ou para o desempenho de certos cargos.

CIRE, a ser expressamente referenciados como destinatários de medidas de responsabilização. Quem são os administradores de facto? A lei não define o que sejam administradores de facto. No entanto, a doutrina nacional tem-se ocupado desta definição e, na sequência desse esforço, é legítimo dizer que é «*administrador de facto (em sentido amplo) quem, sem título bastante, exerce, directa ou indirectamente e de modo autónomo (não subordinadamente) funções próprias de administrador de direito da sociedade*»¹⁴. Em outros domínios em que não há previsão expressa, a doutrina portuguesa tem defendido — com argumentos diversos — que a ausência de título bastante não impede a responsabilização dos administradores de facto perante a sociedade, credores sociais e terceiros. É certo que os arts. 82.º, n.º 2, *a*), e 186.º, n.º 2, do CIRE consolidam a tese de que os administradores de facto não estão ao abrigo dos efeitos responsabilizadores previstos na lei.

Concluo estas palavras introdutórias por fixar o roteiro das considerações que seguem. Versarão elas (essencialmente) dois problemas: *a*) a efectivação da responsabilidade civil dos administradores na pendência do processo de insolvência, *b*) os tipos de insolvência. De forma epidérmica será afluído o relevo jurídico-penal das condutas dos administradores.

2 A efectivação da responsabilidade civil dos administradores na pendência do processo de insolvência

2.1 As conexões com o regime jurídico-societário da responsabilidade civil pela administração

O CIRE integra normas sobre a efectivação da responsabilidade civil dos administradores na pendência do processo de insolvência da sociedade. O art. 82.º, n.º 2, do CIRE, por um lado, pressupõe a disciplina jurídico-societária da responsabilidade civil pela administração, e, por outro, incorpora desvios que se prendem, essencialmente, com a legitimidade do administrador da insolvência¹⁵. Conheçamos, de momento, as *conexões* com o regime jurídico-societário da responsabilidade civil pela administração.

A responsabilidade civil pela administração exige, em todas as suas expressões, a *culpa* dos membros do órgão de administração¹⁶ e a *ilicitude* da conduta. Por intermédio da culpa, a ordem jurídica considera que a actuação do administrador merece censura ou reprovação do direito porque, atendendo às circunstâncias, ele podia ter agido de outro modo. Toma-se a culpa como *imputação do acto ao agente* (está afastada a responsabilidade

¹⁴ J. M. COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e de sócios controladores*, Miscelâneas n.º 3, Coimbra: Almedina/Idet, 2004, p. 43.

¹⁵ Sobre esta disposição, v. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, volume I (arts. 1.º a 184.º), Lisboa: Quid iuris, 2005, pp. 343 e ss.

¹⁶ V. arts. 72.º, n.º 1, 78.º, n.º 1, 79.º, n.º 1, do CSC e 483.º, n.º 2, do Código Civil (CCiv.).

objectiva)¹⁷. Já o *grau de culpa* não releva para fundar a responsabilidade civil dos administradores. O CSC não restringe a responsabilidade dos administradores a violações grosseiras, embora a medida da culpa possa ter interesse para a fixação do montante da obrigação de indemnizar (art. 73.º, n.º 2, do CSC). O padrão geral para ajuizar a culpa (aplicável a todos os administradores) é o da (abstracta) «diligência de um gestor criterioso e ordenado» (art. 64.º, n.º 1, *a*), do CSC).

O CSC manifesta o propósito de individualização da responsabilidade civil: *responsáveis são os titulares do órgão administrativo* e não o próprio órgão. Quando sejam responsáveis dois ou mais administradores, a responsabilidade é solidária (art. 73.º do CSC)¹⁸.

2.1.1. A responsabilidade civil contratual perante a sociedade

Perante a sociedade, os administradores respondem por danos decorrentes de actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa (art. 72.º, n.º 1, do CSC). Eis alguns exemplos de deveres dos administradores perante a sociedade: dever de não exceder o objecto social (art. 6.º, n.º 4, do CSC), dever de não distribuir bens aos sócios sem prévia deliberação social (art. 31.º, n.º 1, do CSC), dever de não restituir as entradas aos sócios (art. 32.º do CSC), dever de, durante a redução ou suspensão da actividade da empresa, não distribuir lucros, sob qualquer forma, nomeadamente a título de levantamento por conta (art. 342.º, n.º 1, *c*), do Código do Trabalho) ou, ainda, o dever de relatar a gestão e apresentar contas (art. 65.º do CSC)¹⁹.

A sociedade lesada (ou os sujeitos legitimados para propor a acção social de responsabilidade²⁰) beneficia da *presunção de culpa* dos administradores, como resulta do art. 72.º, n.º 1 (*in fine*), do CSC. Deste modo, é invertido o ónus da prova (art. 350.º, n.º 1, do CCiv.) e caberá ao administrador demandado provar que procedeu sem culpa.

Atente-se que da simples qualidade de membro do órgão de administração não pode ser retirada, sem mais, esta *responsabilidade contratual* perante a sociedade. O art. 72.º, n.º 3, do CSC prescreve que «não são (...) responsáveis pelos danos resultantes de uma deliberação colegial os gerentes ou administradores que nela não tenham participado ou hajam votado vencidos, podendo neste caso fazer lavrar no prazo de cinco dias a

¹⁷ Não se incluem no âmbito da responsabilidade civil dos administradores as consequências imputáveis aos riscos de empresa. Pelos danos decorrentes desta, os lesados deverão demandar tão-só a sociedade. Se, por exemplo, em virtude de uma conjuntura desfavorável, a empresa societária entra em crise e deixa de cumprir as suas obrigações, por estes danos é responsável a sociedade. V. J. M. COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, cit., p. 27.

¹⁸ Trata-se de solidariedade passiva de fonte legal. V. arts. 512.º e 518.º e ss. do CCiv.

¹⁹ Para o elenco dos deveres dos administradores, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa: Lex, 1997, pp. 38 e ss.

²⁰ Sobre a legitimidade para propor a acção social de responsabilidade, v. *infra*.

sua declaração de voto, quer no respectivo livro de actas, quer em escrito dirigido ao órgão de fiscalização, se o houver, quer perante notário ou conservador». De todo o modo, o art. 72.º, n.º 4, do CSC afirma a responsabilidade do administrador que não tenha exercido o seu direito de oposição conferido por lei, quando estava em condições de o exercer. Em tais casos, o administrador responde solidariamente pelos actos a que poderia ter-se oposto.

Os administradores não são responsáveis para com a sociedade quando o acto ou omissão assentar em deliberação dos sócios, ainda que anulável (art. 72.º, n.º 5, do CSC)²¹. De forma inovadora, o art. 72.º, n.º 2, do CSC integra na ordem jurídica portuguesa a *business judgment rule*, ao determinar a exclusão da responsabilidade dos administradores, se estes provarem que actuaram em termos informados, livres de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial²².

O parecer favorável ou o consentimento do órgão de fiscalização, se este existir, não exonera de responsabilidade os membros da administração (art. 72.º, n.º 6, do CSC).

2.1.2. A natureza extracontratual da responsabilidade civil perante os credores sociais, sócios e terceiros

A *acção autónoma dos credores sociais* — não dependente da eventual responsabilidade dos administradores perante a sociedade — encontra-se prevista no art. 78.º, n.º 1, do CSC. Os administradores respondem perante os credores sociais quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos.

A ilicitude relevante para efeitos desta responsabilidade civil consiste na violação de *deveres jurídicos inscritos em normas legais ou contratuais destinadas a proteger os credores sociais*²³. O que, de imediato, suscita o problema de saber quais são as normas destinadas a proteger credores sociais. No universo do CSC, as normas que jurídico-positivamente acolheram a *função de garantia do capital social*²⁴ podem ser apontadas como

²¹ Para as sociedades abertas, o art. 24.º, n.º 3, do Código dos Valores Mobiliários (CVM) impede em certas circunstâncias o efeito exoneratório previsto no actual art. 72.º, n.º 5, do CSC. Na doutrina, V.G. LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Atlântida, Coimbra, 1976 (reimpr. 1998, Almedina, Coimbra), pp. 367 e ss., defendeu a interpretação restritiva do art. 17.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 49 381 (reproduzido hoje no art. 72.º, n.º 5, do CSC).

²² Alteração introduzida pela importante reforma societária do direito português, operada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

²³ V. G. LOBO XAVIER, cit., p. 359, «difícilmente concebe» a existência de disposições contratuais destinadas a proteger credores da sociedade.

²⁴ Sobre o problema de saber se o regime do capital social é idóneo para o desempenho da função de garantia de terceiros, v. PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do capital social – Noção, princípios e funções*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 220 e ss.

normas destinadas a proteger os credores sociais. A referida função de garantia do capital social, na estrita medida em que impede determinadas atribuições de bens sociais aos sócios (e, por essa via, promove a conservação de bens patrimoniais na esfera da sociedade), acaba por ter um efeito tutelador dos credores da sociedade. Vejam-se, por exemplo, os arts. 32.º (limites da distribuição de bens aos sócios), 218.º, 295.º (obrigatoriedade de constituição de reserva legal), 317.º, n.º 4 (limites quanto aos bens sociais que podem ser entregues como contrapartida da aquisição de acções próprias) e 236.º (ressalva do capital em caso de amortização de quotas)²⁵.

A insuficiência patrimonial convocada pelo art. 78.º, n.º 1, do CSC traduz-se na *insuficiência do activo para satisfazer o passivo social*²⁶. Publicado o CIRE, é necessário averiguar se, à luz deste diploma, há espaço para distinguir entre o requisito da insuficiência patrimonial (previsto no art. 78.º, n.º 1, do CSC) e o da insolvência²⁷.

Diz o art. 3.º, n.º 1, do CIRE que «É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas». São, pois, possíveis zonas de sobreposição em que a insolvência da sociedade se deve a uma insuficiência do património (com um passivo superior ao activo). Porém, continua a ser possível estabelecer a distinção entre estas duas realidades. A impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas não tem de equivaler à inferioridade do activo em relação ao passivo. O devedor pode estar impossibilitado de pagar aos credores e, no entanto, ter no seu património valores superiores ao montante das dívidas. Pode acontecer que o incumprimento das dívidas se deva à falta de liquidez, tendo, contudo, o devedor bens de valor superior ao montante dos débitos. Como pode dar-se o inverso: o devedor ter, em dado momento, activo inferior ao passivo, mas dispor de crédito, isto é, ter alguém que lhe forneça meios para ir satisfazendo as suas dívidas à medida que se forem

²⁵ Normas do CSC. Outras normas de protecção dos credores sociais podem ser equacionadas. É o caso das que delimitam a capacidade jurídica das sociedades. O art. 6.º, n.º 1, do CSC determina que «A capacidade da sociedade compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, exceptuados aqueles que lhe sejam vedados por lei ou sejam inseparáveis da personalidade singular». Proibindo este artigo certos actos que provoquem a diminuição do património social, ele é tutelador (não só mas também) dos credores sociais. Sobre a matéria, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II – *Das sociedades*, Coimbra: Almedina, 2002 (3.ª reimpr. 2004), pp. 182 e ss.

²⁶ Na vigência do Decreto-Lei n.º 49381, v., no mesmo sentido, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, «Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas», *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 195 (1970), p. 67; J. PINTO FURTADO, *Código Comercial anotado*, vol. II – *Das sociedades em especial*, t. I, Coimbra: Almedina, 1986, p. 411; à luz do actual art. 78.º, n.º 1, do CSC, v. M. ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 228 e ss.

²⁷ Considerando que a insuficiência patrimonial exigida pelo art. 78.º, n.º 1, do CSC equivale à insolvência definida no art. 3.º, n.º 1, do CREF, v. M. PUPO CORREIA, *Sobre a responsabilidade por dívidas sociais dos membros dos órgãos de administração*, ROA, 2001, II, p. 685, A. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 175.

vencendo; ou podem os credores adiar prazos que lhe permitam ir pagando as dívidas vencidas²⁸. Deste modo, ainda que não se ignore a proximidade entre a impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas, própria da insolvência, e a insuficiência patrimonial, é certo que, à luz do art. 3.º, n.º 1, do CIRE há espaço para a distinção²⁹.

Acrescenta o art. 3.º do CIRE, no n.º 2, que «As pessoas colectivas e os patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma directa ou indirecta, são também considerados insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao activo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis»³⁰. Foi recuperado o critério específico que, entre o Código de Falências e o CREF, vigorou para as «sociedades de responsabilidade limitada»³¹. Por força do art. 3.º, n.º 2, do CIRE, aumenta a zona de sobreposição entre a insuficiência patrimonial e a insolvência. O que significa que, no caso das sociedades — por quotas e anónimas, essencialmente³² —, a insuficiência patrimonial releva não só como requisito da responsabilidade civil dos administradores perante os credores sociais, mas também como pressuposto objectivo do processo de insolvência.

Por fim, o art. 79.º, n.º 1, do CSC dispõe que «Os gerentes ou administradores respondem também, nos termos gerais, para com os sócios e terceiros pelos danos que directamente lhes causarem no exercício das suas funções». A remissão para os «termos gerais» visa o regime previsto nos arts. 483.º e ss. do CCiv. Além da ilicitude e da culpa, o art. 79.º, n.º 1, do CSC exige que os administradores, «no exercício das suas funções», isto é, durante e por causa da sua actividade de gestão e / ou representação social³³, causem danos *directamente* a sócios ou terceiros. Quer dizer, a relação de causalidade (adequada — cfr. o art. 563.º do CCiv.) entre o facto

²⁸ V. J. M. COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, cit., p. 29 e s.

²⁹ V. também J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I — *Introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 115.

³⁰ O art. 3.º, n.º 3, do CIRE permite que sejam utilizados outros critérios de avaliação. Para a compreensão de tais critérios, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, *ob. cit.*, pp. 118 e ss.

³¹ Sobre os antecedentes históricos do art. 3.º, n.º 2, do CIRE, v. J. M. COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, cit., p. 29.

³² Este preceito abrange também as sociedades em nome colectivo e em comandita em que, respectivamente, todos os sócios ou os sócios comanditados (que respondem pelas dívidas sociais) sejam pessoas colectivas de «responsabilidade limitada» (v.g. sociedades por quotas ou anónimas), cooperativas sem cooperadores de responsabilidade ilimitada, e.i.r.l., ACE e AEIE cujos membros sejam somente pessoas colectivas de responsabilidade limitada. Neste sentido, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, *ob. cit.*, p. 117.

³³ «Em princípio, os actos praticados *fora* do exercício de funções — incluindo os actos praticados *durante*, mas não por causa desse exercício — vinculam o administrador do mesmo modo que vinculariam qualquer outra pessoa que os praticasse, estando sujeitos ao regime da responsabilidade civil comum» (RAÚL VENTURA / BRITO CORREIA, cit., BMJ n.º 192, 1970, p. 13).

(ilícito e culposo) do administrador e o dano há-de ser directa ou imediata. Os administradores não respondem perante os sócios ou terceiros quando o prejuízo sofrido por estes seja consequência ou reflexo das perdas por aqueles causadas no património social. Não obstante, é possível que um mesmo facto ilícito dos administradores prejudique simultaneamente o património social e (directamente) o dos sócios e credores, havendo então espaço quer para a acção de responsabilidade para com a sociedade, quer para a acção de responsabilidade para com os terceiros.

É de questionar a responsabilidade solidária entre a sociedade e os administradores responsáveis. Segundo o art. 6.º, n.º 5, do CSC, «A sociedade responde civilmente pelos actos ou omissões de quem legalmente a represente, nos termos em que os comitentes respondem pelos actos ou omissões dos comissários». A sociedade é responsável perante os credores e terceiros quando para com eles também os administradores sejam responsáveis nos termos dos arts. 78.º, n.º 1, e 79.º n.º 1, do CSC (v. o art. 500.º, n.º 1, do CCiv.)³⁴. Por sua vez, a sociedade, se satisfizer a indemnização, tem o direito de exigir do(s) administrador(es) o reembolso de tudo quanto haja pago (art. 500.º, n.º 3, do CCiv.)³⁵.

A responsabilidade prevista nos arts. 78.º, n.º 1, e 79.º do CSC assume carácter *extracontratual*³⁶. Como facilmente se percebe, objecto de regulamentação não é a frustração de uma relação negocial (que não existe) entre, por um lado, os administradores e os credores da sociedade ou terceiros. Esta qualificação é normativamente consequente, por exemplo, no *ónus da prova da culpa*. O CSC nada diz quanto à distribuição do ónus da prova da culpa em matéria de responsabilidade dos administradores perante credores ou terceiros. A resposta encontra-se no art. 487.º, n.º 1, do CCiv.: é «ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão».

2.2. A legitimidade do administrador da insolvência para efectivar a responsabilidade dos administradores perante a sociedade e perante os credores sociais. Explicitação do regime

O art. 82.º do CIRE, inserido no capítulo relativo aos efeitos da declaração da insolvência sobre o *devedor e outras pessoas*, prescreve, no n.º 2, a *legitimidade do administrador da insolvência*³⁷ para, durante o processo de

³⁴ O Ac. da RL de 30 / 3 / 95, CJ, 1995, t. II, pp. 98, ss., decidiu que «pela indemnização por danos ilicitamente causados aos direitos de personalidade de terceiro pelo funcionamento de um bar pertencente a uma sociedade comercial, são responsáveis, *solidariamente*, o gerente dessa sociedade, que o dirigia e mantinha em actividade (art. 483.º, n.º 1, do Código Civil e 79.º, n.º 1, do Cod. Soc. Comerciais) e a própria sociedade (arts. 6.º, n.º 5 deste Código e 500.º, n.º 1 do Cód. Civil)».

³⁵ Com desenvolvimentos, v. J. M. COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, cit., pp. 35 e ss.

³⁶ Neste sentido, cfr. o Ac. do STJ de 25 / 11 / 1997, CJ (ASTJ), 1997, t. III, pp. 140, ss..

³⁷ Ao administrador da insolvência – um dos órgãos da insolvência – competem funções de natureza executiva. O Estatuto do Administrador da Insolvência foi estabelecido pela Lei n.º 32/2004, de 22 de Julho. O Decreto-Lei n.º 54/2004, de 18 de Março, aprova o Regime

insolvência, propor e fazer seguir várias acções. O art. 82.º, n.º 2, do CIRE consagra a *legitimidade extraordinária* do administrador da insolvência. O administrador da insolvência litiga em nome próprio e assumirá a veste processual de *autor* da acção intentada contra os administradores da sociedade, embora não seja titular do interesse na obtenção da indemnização.

Por força do art. 82.º, n.º 2, do CIRE, a legitimidade do administrador é *exclusiva*. Que significado tem, neste contexto, a legitimidade exclusiva? E que consequências envolve tal legitimidade exclusiva?

O art. 82.º, n.º 2, do CIRE introduz *regras excepcionais* no que se refere à legitimidade activa para a acção social de responsabilidade e para a acção autónoma dos credores sociais. Durante o processo de insolvência, os sujeitos a quem a disciplina societária reconhece legitimidade para propor e fazer seguir estas acções são tidos como *partes ilegítimas para estas acções*. Vejamos separadamente as alíneas *a)* e *b)* do art. 82.º, n.º 2, do CIRE.

À luz da alínea *a)* do n.º 2, do art. 82.º, o administrador da insolvência tem legitimidade exclusiva para, durante o processo de insolvência, propor e fazer seguir a *acção social de responsabilidade*. O administrador da insolvência, ao abrigo dos arts. 72.º, n.º 1, do CSC e 82.º, n.º 2, *a)*, do CIRE, vai intentar ou fazer seguir a acção em que se pede que o tribunal condene o administrador de direito ou de facto no pagamento de indemnização devida à sociedade insolvente (por danos que aquele provocou no património desta). Indemnização essa que, uma vez paga, integrará (e aumentará) a massa insolvente³⁸.

Durante a pendência do processo de insolvência, o art. 82.º, n.º 2, do CIRE impõe o afastamento *das regras jurídico-societárias relativas à legitimidade activa para a propositura ou seguimento da acção social de responsabilidade*. Se o regime jurídico-societário confere legitimidade activa a vários sujeitos – sociedade (art. 75.º do CSC), sócios que detenham as percentagens de capital previstas na lei (art. 77.º, n.º 1, do CSC) e credores da sociedade (art. 78.º, n.º 2, do CSC) – o CIRE atribui legitimidade exclusiva ao administrador da insolvência para, durante o processo de insolvência, propor ou fazer seguir a acção social de responsabilidade que legalmente couber à sociedade devedora. Na pendência do processo de insolvência, sociedade, sócios e credores da sociedade encontram-se *privados de legitimidade activa* para propor ou fazer acção social de responsabilidade contra os administradores de facto ou de direito.

Há que considerar, ainda, um outro aspecto. À luz da disciplina jurídico-societária, sendo a acção social de responsabilidade proposta por sócios ou credores sociais, exige, respectivamente, o art. 77.º, n.º 4, do CSC

Jurídico das Sociedades de Administradores de Insolvência. Sobre o Estatuto do Administrador da Insolvência, v. CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência. Uma introdução*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 25.

³⁸ Segundo a definição do art. 46.º, n.º 1, do CIRE, «a massa insolvente (...) abrange todo o património do devedor à data da declaração de insolvência, bem como os bens e direitos que ele adquira na pendência do processo».

que a sociedade seja «chamada à causa» e os arts. 78.º, n.º 2, do CSC e 608.º do CCiv. que a devedora seja citada. Ora, a legitimidade *exclusiva* do administrador da insolvência para propor ou fazer seguir a acção social de responsabilidade parece implicar que, durante o processo de insolvência, se prescindia da intervenção da sociedade no processo judicial em que se discute a responsabilidade civil dos administradores perante aquela.

Esclarece, ainda, o art. 82.º, n.º 2, *a*), do CIRE — e esta é uma outra nota a vincar — que a legitimidade do administrador da insolvência é *independente do acordo dos órgãos sociais do devedor*. Repare-se que, decretada a insolvência da sociedade, os órgãos sociais «mantêm-se em funcionamento»³⁹, embora os seus titulares não sejam remunerados (art. 82.º, n.º 1, do CIRE). Sem prejuízo dos casos em que o juiz determina que a administração da massa insolvente seja assegurada pelo devedor (art. 224.º do CIRE), a declaração de insolvência priva imediatamente a sociedade insolvente, pelos seus administradores, dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente (art. 81.º, n.º 1, do CIRE). Estes poderes passam a competir ao administrador da insolvência.

Se a assembleia de sócios (ou a colectividade de sócios) se mantém em funcionamento, suscita-se, por conseguinte, a dúvida de saber se a acção social de responsabilidade proposta pelo administrador da insolvência depende de deliberação social⁴⁰. Por força do art. 82.º, n.º 2, *a*), do CIRE, durante o processo de insolvência, a legitimidade do administrador da insolvência *não está dependente de prévia deliberação social*.

A desnecessidade de deliberação social para a proposição da acção social de responsabilidade é relevante para os administradores porque os priva do «amparo» que a maioria que os elegeu lhes poderia proporcionar. É provável que «a maioria da assembleia seja tentada a ‘poupar’ os administradores que elegeu, não exercendo sobre estes o direito de indemnização de que a sociedade é titular»⁴¹. Se assim acontecesse (porque, por exemplo, a maioria não toma a iniciativa ou opõe-se à responsabilização dos administradores), o património social ficaria privado do montante da indemnização em que os administradores viessem a ser condenados pelos danos causados à sociedade⁴². Na pendência do processo de insolvência, é removido o risco de a maioria inviabilizar a responsabilização dos «seus»

³⁹ A manutenção dos órgãos sociais em funcionamento é exigida, segundo Osório de Castro, pela necessidade de haver quem represente o devedor pessoa colectiva. Cfr. OSÓRIO DE CASTRO, «Preâmbulo não publicado do Decreto-Lei que aprova o Código», *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Ministério da Justiça, Gabinete da Política Legislativa e Planeamento, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 222.

⁴⁰ Segundo o art. 75.º, n.º 1, do CSC, «a acção de responsabilidade proposta pela sociedade depende de deliberação dos sócios, tomada por simples maioria (...)».

⁴¹ MANUEL NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 94.

⁴² No regime jurídico-societário, este risco é obviado pela legitimidade activa reconhecida aos sócios e aos credores da sociedade para a acção social de responsabilidade (arts. 77.º, n.º 1, e 78.º, n.º 2, do CSC).

administradores, porque o art. 82.º, n.º 2, a), do CIRE dispensa a deliberação dos sócios. Este regime agiliza a responsabilização dos administradores pois, por um lado, confere exclusivamente a legitimidade ao administrador da insolvência e, por outro, remove obstáculos procedimentais.

Centremo-nos, agora, na *legitimidade exclusiva* do administrador da insolvência para propor e fazer seguir as acções do art. 82.º, n.º 2, b), do CIRE. O administrador da insolvência tem exclusiva responsabilidade para propor e fazer seguir «as acções destinadas à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência pela diminuição do património integrante da massa insolvente, tanto anteriormente como posteriormente à declaração de insolvência»⁴³. Além de outras⁴⁴, esta norma contempla as acções destinadas a reclamar a indemnização devida pelos administradores da sociedade aos credores desta sempre que, pela violação culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção daqueles, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos (art. 78.º, n.º 1, do CSC). Pense-se, por exemplo, nos casos em que, os administradores restituíram as entradas dos sócios, distribuíram lucros fictícios ou, ainda, retribuíram as entradas dos sócios⁴⁵. Tendo estas práticas ilícitas causado prejuízos à generalidade dos credores sociais, estes não têm legitimidade para, durante o processo de insolvência, propor ou fazer seguir a acção de responsabilidade contra os administradores.

Resta, contudo, um problema de ordem sistemática. Os arts. 82.º, n.º 2 do CIRE e 78.º, n.º 4, do CSC apresentam *soluções divergentes* quanto à matéria da legitimidade activa. Quase reproduzindo o teor do art. 23.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 49381, de 15 de Novembro de 1969, o art. 78.º, n.º 4, do CSC determina que «No caso de falência da sociedade, os direitos dos credores podem ser exercidos, durante o processo de falência, pela administração da massa falida»⁴⁶. O teor da norma do art. 78.º, n.º 4, do CSC⁴⁷ parece *incompatível* com o regime do art. 82.º, n.º 2, do CIRE. Por força desta última disposição, as acções aí previstas são, durante a pendência do processo, *imperativa e exclusivamente*, propostas e conduzidas pelo administrador da insolvência. Deve, pois, considerar-se, à luz do art. 7.º, n.º 2, do CCiv., que o CIRE operou a *revogação tácita* do art. 78.º, n.º 4, do CSC.

⁴³ Distingue o CIRE entre credores da insolvência e credores da massa. Os primeiros estão identificados no art. 47.º, n.º 1, do CIRE. São eles todos os titulares de créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente, ou garantidos por bens integrantes da massa insolvente, cujo fundamento seja anterior à data da declaração de insolvência. O art. 51.º, n.º 2, do CIRE delimita os créditos sobre a massa.

⁴⁴ V. o art. 82.º, n.º 4, do CIRE.

⁴⁵ V. arts. 31.º, 32.º e 33.º do CSC.

⁴⁶ Esta disposição já constava do art. 23.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 49381, de 15 de Novembro de 1969 (em vez de «podem ser», o art. 23.º, n.º 4, dispunha que os direitos dos credores *são* exercidos ...»).

⁴⁷ A reforma do direito societário português, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, não adaptou o teor do art. 78.º, n.º 4, do CSC à disciplina do CIRE.

2.3 Razões para a ilegitimidade da sociedade e da generalidade dos credores da insolvência

O regime do CIRE, no que toca a legitimidade activa para as acções de responsabilidade dos administradores, afasta-se do correspondente regime jurídico-societário. Que razões justificam ou fundamentam este desvio? Regressemos ao art. 82.º, n.º 2, a), do CIRE.

Compreende-se que o administrador da insolvência tenha legitimidade para propor ou fazer seguir a acção social de responsabilidade, pois a sociedade devedora declarada insolvente está privada dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente⁴⁸, os quais passam a competir ao administrador da insolvência (art. 81.º, n.º 1, do CIRE). Acresce que, nos termos do art. 81.º, n.º 4, do CIRE, «O administrador da insolvência assume a representação do devedor para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência».

Por outro lado, os interesses dos credores justificam que se devolva ao órgão executivo da insolvência poderes para reclamar, a favor do devedor, as indemnizações que são devidas a este e que irão integrar a massa insolvente. Espera-se que, por um lado, os deveres e responsabilidade que enquadram a actividade do administrador da insolvência e, por outro, a fiscalização que sobre si e a sua actividade é exercida contribuam para o adequado exercício das funções que lhe estão atribuídas. Resultando, deste modo, incrementado o activo da massa insolvente (porque foi obtida a indemnização devida pelos administradores) com benefício para os credores.

Que razão(ões) explica(m), todavia, a ilegitimidade activa dos *credores da insolvência*? Os credores da insolvência não estão privados dos seus poderes de disposição ou de administração. Por que razão a lei os impede (como parece acontecer à luz do art. 82.º, n.º 2, b), do CIRE) de, por si, demandarem os administradores da sociedade insolvente para obterem a reparação de danos causados por condutas ilícitas e culposas?

Parece-me que a solução prevista no art. 82.º, n.º 2, b), do CIRE justifica-se à luz do princípio da *par conditio creditorum*⁴⁹. Com este princípio quer-se significar que, na ausência de factos que determinem a aplicação de regras especiais, os credores estão em pé de igualdade perante o devedor. Encontra-se genericamente consagrado no art. 604.º, n.º 1, do CCiv.: «Não existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos». Com este princípio pretende-se

⁴⁸ Na doutrina italiana, v. ALESSANDRO SILVESTRINI, *Art. 2394-bis Codice Civile*, in: *La Riforma delle Società*, t. I - *Artt. 2325-2422 cod. civ.*, a cura di Michele Sandulli e Vittorio Santoro, Torino: Giappichelli Editore, 2003, pp. 500 e s.

⁴⁹ Convocando justificação idêntica para a disciplina do art. 2394-bis do *Codice Civile* (semelhante à do art. 82.º, n.º 2, b), do CIRE), v. ALESSANDRO SILVESTRINI, *cit.*, p. 502.

impedir que algum credor possa obter, por via distinta do processo, uma satisfação mais rápida ou mais completa, em prejuízo dos restantes credores. Este princípio, com várias manifestações no CIRE, explica que as acções destinadas à indemnização dos prejuízos causados à *generalidade dos credores da insolvência* pela diminuição do património integrante da massa insolvente seja intentada ou feita seguir pelo administrador da insolvência.

Acresce, ainda, um outro argumento. A circunstância de a letra da lei do art. 82.º, n.º 2, b), do CIRE referir os prejuízos causados «à generalidade dos credores da insolvência» não deixa de relevar no sentido de se entender que estão em causa *interesses individuais homogêneos* dos credores da insolvência⁵⁰. O que caracteriza e distingue os interesses individuais homogêneos é, por um lado, a determinabilidade dos sujeitos lesados e, por outro, a titularidade singular do direito de crédito⁵¹. Características que estão presentes na disciplina do art. 82.º, n.º 2, b), do CIRE, porquanto os credores da insolvência são determináveis e determinados e, além disso, cada um deles é titular de créditos relativamente à sociedade devedora insolvente. Por intermédio da legitimidade exclusiva que lhe é atribuída legalmente, o administrador da insolvência vai actuar os interesses individuais homogêneos da generalidade dos credores da insolvência. A implicar, portanto, que o objecto da própria acção já não se destine a ressarcir o credor singular, mas sim a incrementar o património activo da massa insolvente, em relação ao qual concorrem todos os credores (compreendidos os credores cujo crédito é posterior ao facto ilícito e culposo dos administradores)⁵².

O que acarreta uma consequência prática de significativo relevo. A indemnização que, por essa via, for obtida, ingressará na massa insolvente e só depois será distribuída pelos credores.

2.4. Os negócios de renúncia e de transacção da indemnização devida à massa insolvente

Importa questionar se o administrador da insolvência tem poderes para renunciar e transigir sobre a indemnização devida pelos administradores de facto ou de direito. A renúncia, como lembram Pires de Lima e Antunes Varela, «envolve uma perda ou diminuição patrimonial»⁵³. A renúncia ao direito à indemnização envolve a *extinção deste direito*,

⁵⁰ Categoria convocada no art. 31.º, n.º 1, do CVM, intitulado «Acção popular». Para a compreensão do «interesse individual homogêneo», no contexto desta disposição, v. SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, *A protecção dos investidores em valores mobiliários*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 62.

⁵¹ Para estas características, v. SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, cit., p. 62.

⁵² Na doutrina italiana, v. ALESSANDRO SILVESTRINI, cit., p. 502.

⁵³ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, volume II, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 241.

configurando-se como uma «disposição extintiva (...) não onerosa»⁵⁴. E envolve também o efeito de liberar o administrador da sociedade da obrigação de indemnizar a sociedade (neste sentido, envolve um enriquecimento do administrador que beneficiou da renúncia).

Já a *transacção* é, nos termos do art. 1248.º, n.º 1, do CCiv., «o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões». A transacção tem por objecto concessões recíprocas (que se traduz em as partes transigirem em reduzir o direito controvertido ou em constituírem, modificarem ou extinguírem um direito diverso do controvertido). É, por isso, um *contrato oneroso*⁵⁵.

O regime jurídico-societário da responsabilidade civil pela administração admite expressamente que a sociedade renuncie ou transaccione sobre o direito de indemnização de que é titular (art. 74.º, n.º 2, do CSC). Contudo, tendo em conta as repercussões negativas que estes negócios podem ter sobre o património da sociedade, o CSC rodeia-os de especiais cautelas.

Em primeiro lugar, em todos os tipos societários, a renúncia e a transacção são objecto de «deliberação expressa dos sócios» (art. 74.º, n.º 2, CSC). Por outro lado, a sociedade só pode renunciar ou transigir se não se verificar o «voto contrário de uma minoria que represente pelo menos 10% do capital social» (art. 74.º, n.º 2, CSC). Com esta solução pretende-se, certamente, proteger as minorias contra a maioria tentada a poupar os «seus» administradores e, por isso, motivada para renunciar ou transigir sobre o direito de indemnização de que sociedade é titular⁵⁶. Pode até acontecer que a proposta de transacção ou renúncia do direito de indemnização receba votos favoráveis, por exemplo, na ordem dos 80% do capital social, sem que, contudo, se possa considerar aprovada, porque a isso obsta o voto da minoria de, pelo menos, 10% do capital social.

Além disso, em regra, a deliberação pela qual a assembleia geral aprove as contas ou a gestão dos gerentes ou administradores não implica a renúncia aos direitos de indemnização da sociedade contra estes (art. 74.º, n.º 3, do CSC).

Na pendência do processo de insolvência, a sociedade insolvente — porque está privada do direito de administrar e de dispor dos seus bens (art. 81.º, n.º 1, do CIRE) — não tem poderes para renunciar ou transigir sobre o direito de indemnização⁵⁷. Ainda que, na pendência do processo de

⁵⁴ FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa no direito civil (algumas notas tendentes à definição do seu regime)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 135.

⁵⁵ Neste sentido, v. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, cit., p. 930.

⁵⁶ O art. 74.º, n.º 2, do CSC consagra a técnica de «maioria simples absoluta subordinada a uma minoria de bloqueio em sentido estrito». Sobre esta questão, v. ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anónimas. Quórum de constituição e maiorias deliberativas (e autonomia estatutária)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 441 e ss.

⁵⁷ Quanto à transacção, o art. 1249.º do CCiv. é claro ao estatuir que «as partes não podem transigir sobre direitos que lhes não é permitido dispor (...)».

insolvência, os órgãos societários se mantenham em funções (art. 82.º, n.º 1, do CIRE), a sociedade está privada do poder de dispor de bens da massa insolvente. Por isso, a sociedade insolvente está privada do poder de (através dos órgãos societários) transigir ou renunciar ao direito de indemnização dos danos causados pelos administradores.

Com a declaração da insolvência, os poderes de disposição são transferidos para o administrador da insolvência (art. 81.º, n.º 1, *in fine*, do CIRE). Será que a renúncia e a transacção são compatíveis com a função de o administrador da insolvência prover à «conservação dos direitos do insolvente» ou com o dever de evitar «quanto possível o agravamento da sua situação económica» (art. 55.º, n.º 1, *b*), do CIRE)?

Vários argumentos podem ser convocados no sentido da falta de poderes do administrador da insolvência para renunciar ou transigir sobre a indemnização devida pelos administradores:

- a) A legitimidade do administrador da insolvência, quanto às acções de responsabilidade, é atribuída para as *propor e fazer seguir* (art. 82.º, n.º 2, do CIRE).
- b) A renúncia e (eventualmente) a transacção significam um empobrecimento da massa insolvente, prejudicial aos credores;
- c) Ao administrador da insolvência compete evitar tanto quanto possível o agravamento da situação económica do devedor insolvente (art. 55.º, n.º 1, *b*), do CIRE);
- d) O administrador da insolvência está vinculado a actuar como um «administrador criterioso e ordenado» (art. 59.º, n.º 1, do CIRE);
- e) Nos termos do art. 59.º, n.º 2, do CIRE, «o administrador da insolvência responde (...) pelos danos causados aos credores da massa insolvente se esta for insuficiente para satisfazer integralmente os respectivos direitos e estes resultarem de acto do administrador (...)».

O art. 144.º do CREF determinava que «o liquidatário pode ser autorizado pelo juiz, ouvida a comissão de credores e, se necessário, o próprio falido, a conceder reduções de créditos, realizar transacções (...)»⁵⁸. A querer significar, portanto, que tais actos extravasavam das atribuições conferidas ao liquidatário. Pela intervenção do elemento histórico da interpretação, poder-se-á questionar se a ausência de uma norma semelhante ao art. 144.º do CREF implica a conclusão de que o administrador da insolvência tem poderes para celebrar os negócios de transacção e de renúncia.

Não creio que assim seja. Já na vigência do CREF, a doutrina enfatizava que a lista do art. 144.º não era exaustiva e que o relevava eram as atribuições conferidas ao liquidatário judicial. Ora as funções do administrador da insolvência resultam do art. 55.º do CIRE. As tarefas de preparar o pagamento das dívidas do insolvente, promover a alienação de bens que integram a massa insolvente, prover à conservação dos direitos do

⁵⁸ A falta de autorização do juiz determinava, segundo LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, ob. cit., p. 384, a inoponibilidade em relação à massa dos actos celebrados pelo liquidatário.

insolvente e evitar o agravamento da situação da situação económica do insolvente parecem não permitir que este órgão de insolvência celebre negócios que empobrecem a massa insolvente⁵⁹.

3 Os tipos de insolvência e os efeitos sobre os administradores

3.1 A abertura oficiosa do incidente de qualificação da insolvência e subsequente tramitação

Vocacionado para a «maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas colectivas», o novo incidente de qualificação da insolvência pretende evitar que «a coberto do expediente técnico da personalidade jurídica colectiva, se[ja] possível praticar incolumemente os mais variados actos prejudiciais para os credores»⁶⁰. Inspirado na *Ley Concursal* espanhola (*Ley 22/2003*, de 9 de julho), o incidente de qualificação da insolvência destina-se a apurar se esta é *fortuita* ou *culposa*.

O incidente é officiosamente aberto com a declaração de insolvência (art. 36.º, i), do CIRE), ou seja, é aberto em todos os processos de insolvência, excepto nos casos em que há a apresentação de um plano de pagamento aos credores (art. 259.º, n.º 1, 2.ª parte, do CIRE). Há alegações por escrito de qualquer interessado (art. 188.º, n.º 1, do CIRE). Segundo o art. 188.º, n.º 2, do CIRE, o administrador da insolvência elabora um parecer que deve conter uma proposta de qualificação da insolvência e identificar os visados no caso de insolvência culposa (art. 188.º, n.º 2, do CIRE). Admitindo que tanto o administrador da insolvência como Ministério Público propuseram a qualificação da insolvência como fortuita, o juiz profere de imediato decisão nesse sentido (art. 188.º, n.º 3, do CIRE). No caso contrário, procede-se à notificação do devedor e à citação pessoal dos sujeitos afectados pela qualificação como culposa para se oporem, querendo, no prazo de 15 dias. Segue-se o prazo para as respostas à oposição (art. 188.º, n.ºs. 5, 6 e 7). Aplicam-se a este incidente os arts. 132.º a 139.º do CIRE⁶¹. Concluída a audiência, o juiz profere a sentença de qualificação da insolvência como *fortuita* ou *culposa* (art. 189.º, n.º 1, do CIRE)⁶².

⁵⁹ Quanto aos negócios de transacção ou renúncia celebradas entre a sociedade e os administradores em momento anterior ao do início do processo de insolvência, parecem poder estar sujeitos a resolução incondicional. V. o art. 121.º, n.º 1, do CIRE.

⁶⁰ Preâmbulo do diploma que aprova o CIRE. Interpolação minha.

⁶¹ V. CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência*, ob. cit., pp. 67 e ss.

⁶² A qualificação encontrada *não é vinculativa* para efeitos da decisão de causas penais, nem das acções a que se reporta o art. 82.º, n.º 2 (art. 185.º do CIRE). O que significa que o juízo sobre o carácter culposo ou fortuito da insolvência *relewa exclusivamente nos limites do incidente*. E já não assume relevo (vinculativo) em outros procedimentos judiciais em que se discuta a conduta dos administradores.

3.2. A insolvência culposa: dolo e culpa grave dos administradores

A primeira aproximação à distinção entre insolvência culposa e fortuita mostra que o legislador português optou por definir positivamente a primeira e por remeter a segunda para uma delimitação negativa e residual.

«A insolvência é culposa 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» (art. 186.º, n.º 1, do CIRE)⁶³. Todas as restantes serão insolvências fortuitas.

É de crucial importância para a distinção entre os diferentes tipos de insolvência que sejam densificados os conceitos de «culpa grave» e de «actuação dolosa». O art. 186.º do CIRE apresenta no n.º 2 *presunções absolutas*⁶⁴ de insolvência culposa e no n.º 3 *presunções relativas de culpa grave* dos administradores de direito ou de facto. Para além destas presunções, o CIRE nada mais diz quanto à caracterização do dolo e da culpa grave. No entanto, estes conceitos não são desconhecidos da ordem jurídica portuguesa. Tanto o dolo como a negligência (por vezes designada culpa em sentido estrito) são, por exemplo, convocados a propósito da responsabilidade penal e civil. O Código Penal (CP) contém normas definitórias de dolo e de negligência (arts. 14.º e 15.º do CP)⁶⁵ e no direito civil o dolo e a mera culpa relevam enquanto pressupostos constitutivos da chamada responsabilidade subjectiva (v. arts. 483.º, 487.º, 798.º e 799.º do CCiv.)⁶⁶. A doutrina, por seu lado, tem contribuído de forma relevante e enriquecedora para a caracterização/delimitação destas figuras.

Dolo, como é geralmente aceite, é *conhecimento e vontade da realização do facto*. Assim, a actuação do administrador pode dizer-se dolosa quando aquele conhece a situação da sociedade e assume condutas que mostram que quer ou que se conforma com a insolvência ou o seu agravamento. Serão os casos, por exemplo, em que o administrador, com o intuito de provocar ou agravar a insolvência, destrói, danifica, inutiliza, faz desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património da sociedade devedora (v. art. 186.º, n.º 2, a), do CIRE).

O dolo pode ser directo, necessário ou eventual. Não tendo o CIRE feito qualquer restrição e estando estas modalidades de dolo consolidadas

⁶³ Sobre esta disposição, v. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, volume II (arts. 185.º a 304.º), Lisboa: Quid Juris, 2005, pp. 26 e ss.

⁶⁴ V. art. 350.º, n.º 2, do CCiv.

⁶⁵ Sobre estas normas e as definições de dolo e de negligência, v., por todos, JOSÉ DE FARIA COSTA, «As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em direito penal», *Boletim da Faculdade de Direito*, 59 (1993), pp. 361 e ss.; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 332 e ss.

⁶⁶ Para a distinção, no direito civil, entre dolo e negligência, v., por todos, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 9.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, pp. 533 e ss.

no nosso ordenamento jurídico, será de admitir que qualquer uma delas é relevante para a qualificação da insolvência como culposa. Há *dolo directo* quando a insolvência da sociedade é o fim da conduta assumida pelo(s) administrador(es) (*v.g.* o administrador celebra sistematicamente negócios ruinosos para conseguir a insolvência da sociedade). Haverá *dolo necessário* na causação ou agravamento da insolvência da sociedade quando o administrador prevê que este efeito, embora não seja directamente desejado, é consequência segura da sua actuação (*v.g.*, caso em que o administrador quer, em primeira linha, apropriar-se indevidamente dos bens da sociedade, ainda que, com essa actuação, cause ou agrave a situação de insolvência). Havendo *dolo eventual* – entidade complexa, desde logo, pela zona de sobreposição com a negligência consciente –, o administrador prevê a insolvência da sociedade como um efeito apenas possível ou eventual⁶⁷ da sua conduta (*v.g.* os administrador prossegue uma exploração deficitária, não obstante saber que esta conduzirá com probabilidade a uma situação de insolvência).

A «culpa grave», normalmente entendida como um dos graus de culpabilidade, traduz-se «na negligência grosseira, só cometida por um homem excepcionalmente descuidado»⁶⁸. Justamente, as presunções de culpa grave inscritas no art. 186.º, n.º 3, do CIRE⁶⁹ auxiliam na densificação deste conceito. É presumida a *culpa grave* dos administradores quando estes tenham incumprido: *a*) o dever de requerer a declaração de insolvência⁷⁰; *b*) a obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal⁷¹, de as submeter à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial. Estas condutas manifestam uma elementar falta de cuidado no cumprimento de deveres dos administradores. Encontra-se consolidada a regra que obriga os gestores de patrimónios alheios a prestarem contas da gestão realizada.

⁶⁷ O art. 14.º, n.º 3, do CP (norma relativa ao dolo eventual) fala em conformação. Sobre o confronto entre as teorias da «aceitação» e da «conformação», JOSÉ DE FARIA COSTA, *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*, separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia» – Coimbra 1987, pp. 33 e ss.

⁶⁸ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa 1972 (reedição), p. 357. Em matéria penal, a profunda ausência de cuidado elementar tem sido um dos pontos em que se tem apoiado a jurisprudência para densificar a noção de negligência grosseira. V., com relevantes indicações jurisprudenciais, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito penal especial. Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 85 e ss.

⁶⁹ Do confronto entre os n.ºs 2 e 3 do art. 186 do CIRE, resulta que a presunção constante do n.º 3 é uma presunção relativa, ou seja admite prova em contrário (art. 350.º, n.º 2, do CCiv.).

⁷⁰ V. arts. 18.º e 19.º do CIRE.

⁷¹ Nos termos do art. 65.º, n.º 1, do CSC, os «membros da administração devem elaborar e submeter aos órgãos competentes da sociedade o relatório de gestão, as contas do exercício e demais documentos de prestação de contas previstos na lei, relativos a cada exercício anual». Quanto ao prazo para a apresentação das contas, rege o art. 65.º, n.º 5, do CSC. Sobre a fiscalização das contas nas sociedades anónimas, vejam-se os arts. 451.º e ss. do CSC.

No caso das sociedades, o cumprimento dever interessa à entidade administrada, aos sócios e a terceiros.

À luz do CIRE, é a *sentença* que qualifica a insolvência como *culposa* que desencadeia a aplicação aos administradores de medidas responsabilizadoras (art. 189.º, n.º 2 do CIRE). Os efeitos previstos no art. 189.º, n.º 2, do CIRE dependem necessariamente de uma sentença que qualifique a insolvência como culposa. Já a sentença de insolvência fortuita arreda os administradores dos efeitos previstos nesta disposição. Confirma-se o que, de início, comecei por antecipar. À luz do CIRE, as reacções à insolvência (e a inerente punição) são de índole fragmentária e de aplicação não automática. Índole *fragmentária*, porque só certas e determinadas condutas dos administradores com relevo na insolvência da sociedade vão ser sancionadas pela ordem jurídica. Invoca-se o *funcionamento não automático* das sanções previstas porque a sua aplicação resulta de um incidente próprio destinado a apurar o relevo da conduta dos administradores na insolvência da sociedade (arts. 36.º, n.º 1, *i*), e 189.º, n.º 2, do CIRE). A sentença que declara a insolvência não se pronuncia sobre a influência da actividade dos administradores na situação de crise da sociedade. A resposta a esta questão encontrar-se-á na sentença que qualifica a insolvência. Da conjugação entre os arts. 186.º e 189.º, n.º 2, do CIRE resulta que as sanções previstas neste último preceito estão exclusivamente reservadas para os administradores que, nos três anos anteriores ao processo de insolvência, com dolo ou culpa grave, causaram ou agravaram a insolvência da sociedade.

3.3. A linha de separação entre insolvência culposa e insolvência fortuita

A lei, ao traçar a fronteira entre os tipos de insolvência a partir do dolo e da culpa grave, remete para a insolvência fortuita as condutas que manifestem negligência própria da «culpa leve» ou «levíssima»⁷². A qualificação de insolvência fortuita contempla tanto os administradores que foram diligentes e, apesar disso, foram confrontados com a insolvência da sociedade, como os administradores cujas condutas manifestam graus menos graves de negligência. Dito de outro modo: administradores excepcional ou medianamente diligentes teriam evitado os erros ou as condutas que criaram ou agravaram a insolvência. O legislador tratou com benefício estas situações e remeteu-as para o campo da insolvência fortuita.

Percebe-se que os administradores que actuaram diligentemente sejam preservados das consequências próprias da insolvência culposa. Esta opção legislativa está em consonância com a ideia de que o exercício diligente da actividade de gestão não assegura em si mesma o êxito económico da gestão. Já se questionará por que razão a «culpa leve» ou a

⁷² Sobre os conceitos de «culpa leve» ou «levíssima», v., em geral, FERNANDO PESSOA JORGE, cit., p. 357.

«culpa levíssima» dos administradores — que envolvem, contudo, algum grau de falta de cuidado — não determinam a qualificação da insolvência como culposa. Arrisco, de seguida, uma proposta de explicação deste regime.

Como é abundantemente referido, a assunção de riscos é um elemento intrínseco às decisões empresariais. Administradores diligentes tomam decisões que, apreciadas posteriormente, podem parecer negligentes porque causaram danos à sociedade. Por isso se vem acentuando, mesmo nos países de *civil law*, que há que evitar que as decisões empresariais tomadas pelos administradores sejam, mais tarde, materialmente substituídas pelo juízo discricionário de quem as aprecia e valora. Pensamento que se avizinha da *business judgment rule*⁷³ constituída pelos tribunais norte-americanos. Este mecanismo visa evitar que o juiz, ao determinar a infracção do dever de cuidado (diligência), substitua o juízo de oportunidade dos administradores pelo seu próprio juízo. Pretende-se, por um lado, garantir a insidicabilidade das decisões dos administradores e, por outro, atrair pessoas competentes para o exercício do cargo de administradores. Argumenta-se que os administradores não devem ser responsabilizados por «honest mistakes»⁷⁴.

A *business judgment rule* saltou as fronteiras do direito anglo-saxónico e vem influenciando os direitos de *civil law*. No que toca o direito português, o art. 72.º, n.º 2, do CSC — na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março — determina que a responsabilidade perante a sociedade é excluída, se o administrador «provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial».

Na delimitação entre insolvência culposa e fortuita, o legislador português parece ter sido sensível à ideia de que o interesse comum dos sócios exige frequentemente que os administradores tomem decisões mais arriscadas porque, deste modo, criam condições para potenciar os benefícios conseguidos. Sendo assim, a insolvência culposa atinge os administradores que tomem decisões que resultem *irracionais*, por não ser possível encontrar uma explicação lógica ou coerente que sustente a sua actuação⁷⁵. Nesta maneira de compreender o dever de cuidado, tanto as condutas dolosas

⁷³ V., por todos, ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate Law*, Boston/Toronto: Little, Brown and Company, 1986, pp. 123 e ss.

⁷⁴ ROBERT CHARLES CLARK, cit., p. 124. A *business judgment rule* não se aplica à infracção do dever de lealdade, só funciona no âmbito do dever de diligência. Para que funcione, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: a) que se esteja na presença de uma actividade realizada pelos administradores; b) que tenha sido cumprido o dever informação dos administradores, c) que a actuação dos administradores cumpra o interesse social. Verificados estes requisitos, haverá infracção do dever de diligência, se a decisão dos administradores se mostra irracional. Sobre estes aspectos, v. JOSE ORIOL LLEBOT MAJO, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid: Civitas, 1996, p. 80.

⁷⁵ Dando notícia que a jurisprudência italiana já adoptou esta ponderação para apurar a violação do dever de diligência, v. JOSE ORIOL LLEBOT MAJO, cit., p. 80.

como a negligência grosseira inserem-se no círculo das condutas irracionais. Outras condutas, ainda que *a posteriori* manifestem erros de avaliação e de decisão, poderão ser justificadas e, por isso, os administradores deverão beneficiar de um veredicto de insolvência fortuita (não culposa).

Mais severa é, no contexto do actual direito da insolvência, a reacção ao incumprimento do *dever de lealdade* dos administradores. Este dever impõe que os administradores, no exercício do seu cargo, prossigam o interesse da sociedade⁷⁶ e, por isso, se abstenham de obter, à custa desta, qualquer benefício pessoal indevido. O dever de lealdade é normalmente convocado a propósito das seguintes situações: negócios dos administradores com a sociedade administrada, aproveitamento do cargo, de bens ou de informações da sociedade, fixação da retribuição, apropriação de *corporate opportunities*, exercício de actividades concorrentes e conflitos de interesses.

O dever de lealdade dos administradores está formal e expressamente consagrado no art. 64.º, n.º 1, b), do CSC⁷⁷. Já antes da existência de disposição expressa, a doutrina retirava de normas várias que os administradores portugueses estavam obrigados a respeitar o dever de lealdade. A título de exemplo, vejam-se as seguintes normas: arts. 397.º do CSC (proibição de determinados negócios entre a sociedade e administradores e sujeição de outros a autorização do conselho de administração e a parecer favorável do órgão de fiscalização); 410.º, n.º 6, do CSC (proibição de o administrador votar sobre assuntos em que tenha, por conta própria ou de terceiro, um interesse em conflito com o da sociedade).

A análise do art. 186.º, n.º 2, do CIRE evidencia que, em sede de direito de insolvência, o legislador reagiu *severamente* contra a violação do dever de lealdade dos administradores. O art. 186.º, n.º 2, do CIRE integra, definitiva e inapelavelmente, na *insolvência culposa* condutas violadoras do dever de lealdade, porque reveladoras de que os administradores aproveitaram indevidamente em benefício próprio (ou de terceiros que lhes são próximos) bens ou recursos da sociedade. É o que resulta do art. 186.º, n.º 2, b), d), e), f) e g), do CIRE. Ao integrar estas condutas no elenco das *presunções absolutas* (não ilidíveis) de insolvência culposa, o legislador faz necessariamente recair sobre os administradores afectados as consequências próprias deste tipo de insolvência. É o que vou considerar de seguida.

⁷⁶ Sobre a problemática do interesse social relacionada com os órgãos de administração, v., por todos, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, *ob. cit.*, pp. 294 e ss.

⁷⁷ Em Espanha, com o fim de reforçar a transparência nas sociedades anónimas cotadas, a *Ley 26/2003*, de 17 de Julho aditou à *Ley de Sociedades Anónimas* o art. 127 *ter*, relativo aos deveres de lealdade dos administradores. Na doutrina espanhola (anterior à *Ley 26/2003*), sobre o dever de lealdade, v. JOSE ORIOL LLEBOT MAJO, *cit.*, pp. 91 e ss. O art. 2391 do *Codice Civile* (na redacção dada pelo d.lgs. de 17 gennaio 2003 n. 6) intitulado «Interessi degli amministratori», impõe uma disciplina particularmente rigorosa do dever de lealdade dos administradores de sociedades anónimas.

3.4 A sentença de qualificação da insolvência como culposa. As consequências reservadas aos administradores afectados

O CIRE prossegue a tendência, já iniciada pelo CREF (especialmente, depois da revisão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de Outubro), no sentido de diferenciar o tratamento dispensado aos administradores consoante o relevo da sua conduta na causação ou agravamento da insolvência da sociedade. O art. 148.º, n.º 2, do CREF (na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 315/98), limitando o alcance do primitivo art. 148.º, determinava que os administradores referidos nos arts. 126.º-A e 126.º-B do CREF (e só estes) poderiam ser declarados inibidos para o comércio ou para o exercício de determinados cargos.

À luz do vigente direito da insolvência, a responsabilização pessoal dos administradores pela causação ou agravamento da insolvência depende, em primeira linha, de uma *sentença de qualificação da insolvência como culposa* (art. 189.º, n.º 2, do CIRE). Para além disso, esta sentença há-de identificar as *peçoas afectadas* pela qualificação (art. 189.º, n.º 2, *a*), do CIRE), porque só estas serão submetidas às reacções previstas no art. 189.º, n.º 2, *b*), *c*) e *d*), do CIRE. Ainda que seja proferida uma sentença de insolvência culposa, tal juízo não impede a triagem entre administradores afectados (porque autores de condutas dolosas ou de negligência grosseira que contribuíram ou agravaram a insolvência da sociedade) e os restantes⁷⁸. Administradores cuja conduta escape ao recorte material da insolvência culposa não serão atingidos pelas consequências pessoais próprias deste tipo de insolvência⁷⁹.

O art. 189.º, n.º 2, do CIRE apresenta os efeitos decorrentes da insolvência culposa, a aplicar (concretizar) pela sentença. Deve esta: *a*) decretar a *inabilitação* das pessoas afectadas por um período de 2 a 10 anos; *b*) declarar essas pessoas *inibidas* para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos; *c*) 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 créditos⁸⁰.

⁷⁸ O art. 186.º, n.ºs. 1 e 2, do CIRE contempla o devedor e os seus administradores de facto ou de direito. Estão, portanto, excluídos os titulares do órgão de fiscalização. Estes não podem ser afectados pela declaração de insolvência como culposa, mas poderão ser responsabilizados ao abrigo do art. 82.º, n.º 2, *a*), do CIRE.

⁷⁹ Este propósito de selecção/identificação das pessoas responsáveis pela situação de insolvência manifesta-se em várias normas do CIRE. Nos termos do art. 188.º, n.ºs. 2 e 5, do CIRE, os pareceres do administrador da insolvência e do Ministério Público, se for o caso, identificam as pessoas que devem ser afectadas pela qualificação da insolvência como culposa. Das várias alíneas do art. 189.º, n.º 2, do CIRE, resulta, de forma reiterada, que os efeitos aí referidos se cingem às pessoas afectadas. O n.º 3 do art. 189.º do CIRE volta a referir a «pessoa afectada». Por conseguinte, é inequívoca esta linha de discriminação na aplicação dos efeitos próprios da insolvência culposa.

⁸⁰ Era diferente a solução adoptada pelo CREF. O art. 126.º-A do CREF consagrava a responsabilidade solidária dos administradores sempre que, nos dois últimos anos, estes tivessem contribuído, de modo significativo, para a insolvência da sociedade. E o n.º 2 deste

Algumas notas, apenas, sobre os efeitos aplicáveis aos administradores afectados pela insolvência culposa. A sentença decreta a *inabilitação* do administrador afectado, por um período de 2 a 10 anos (art. 189.º, n.º 2, *a*), do CIRE). Em consequência e, nos termos do art. 190.º, n.º 1, do CIRE⁸¹, «o juiz, ouvidos os interessados, nomeia um curador para cada um dos inabilitados, fixando os poderes que lhe competem». «A inibição para o exercício do comércio tal como a inabilitação são oficiosamente registadas na conservatória do registo civil (...)» (art. 189.º, n.º 3, do CIRE). Impõe o art. 190.º, n.º 2, do CIRE que a nomeação do curador assim como a respectiva destituição estão sujeitas a registo, nos termos do art. 189.º, n.º 3, do CIRE.

A *inabilitação* apresenta sérias repercussões para o administrador afectado. Trata-se, como se sabe, de uma *incapacidade de exercício*, suprível, em geral, pela *assistência* do curador cuja intervenção se limita, neste caso, à autorização para a prática de actos jurídicos⁸². O administrador declarado inabilitado necessitará da autorização do curador para a realização dos negócios abrangidos pela inabilitação, sob pena de aqueles serem anuláveis (art. 148.º do CCiv.). A maleabilidade⁸³, normalmente apontada à inabilitação, manifesta-se também no art. 190.º, n.º 1, do CIRE quando este preceito estatui que o juiz fixa os poderes que competem ao curador⁸⁴. A inabilitação do administrador afectado pela insolvência culposa não tem um âmbito fixo.

É importante referir que a inabilitação — porque priva o sujeito inabilitado da capacidade jurídica plena — impede o administrador afectado de integrar o órgão de administração das sociedades reguladas no CSC (arts. 252.º, 390.º, n.º 3, 425.º, n.º 6, *d*), e 478.º do CSC). O art. 425.º, n.º 7, do CSC explicita que a superveniência de causas de incapacidade determina a cessação imediata de funções do membro do conselho de administração executivo⁸⁵.

preceito apresentava um elenco de factos que, com algumas alterações, transitou para o art. 186.º, n.º 2, do CIRE.

⁸¹ Na epígrafe do art. 190.º lê-se «inabilidade», enquanto no art. 189.º, n.ºs 2, *a*), e 3, é utilizado o termo «inabilitação».

⁸² Para o regime jurídico-civil da inabilitação, v. os arts. 152.º a 156.º do CCiv.

⁸³ V., por todos, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, I. *Introdução. Pressupostos da relação jurídica*, 3.ª ed. revista e actualizada, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2001, p. 345; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 118; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 243.

⁸⁴ Sobre os poderes do curador do inabilitado afectado pela declaração de insolvência culposa, v. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, volume II, *ob. cit.*, p. 30.

⁸⁵ Não tratamos aqui o regime jurídico-civil dos efeitos da inabilitação na capacidade de gozo do inabilitado. Sobre esta questão, v. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *cit.*, pp. 346 e ss.

O administrador inabilitado (e inibido) não cumpre os requisitos de idoneidade a que o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras⁸⁶ (RGIC) sujeita os membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito e sociedades financeiras. Entre outros requisitos, as pessoas que integram o órgão de administração destas entidades, «devem dar garantias de gestão sã e prudente, tendo em vista, de modo particular, a segurança dos fundos confiados à instituição» (art. 30.º, n.º 1, do RGIC). Na verdade, o art. 30.º, n.º 3, a), do RGIC determina que a circunstância de a pessoa ter sido «julgada responsável pela falência ou insolvência da empresa por ele dominada ou de que tenha sido administradora (...) ou gerente», é considerada indiciadora de falta de idoneidade⁸⁷.

A inabilitação das pessoas afectadas pela declaração de insolvência culposa — efeito completamente *novus* no direito da insolvência português⁸⁸ — tem causado estranheza e dúvidas. Estranheza porque as incapacidades de exercício visam defender os incapazes. Segundo Coutinho de Abreu, «os insolventes ou seus administradores, ainda quando causem ou agravem culposamente a situação de insolvência, não sofrerão em geral daquela falta ou diminuição»⁸⁹ de certas qualidades natural-pessoais. Como por outro lado, segundo o mesmo Autor, é estranho que a inabilitação — em geral vocacionada para proteger o incapaz — surja no CIRE primordialmente como sanção para os sujeitos afectados pela qualificação da insolvência como culposa⁹⁰.

Além disso, têm sido suscitadas dúvidas sobre a delimitação das esferas de competência do administrador da insolvência e do curador do sujeito declarado inabilitado (dúvidas particularmente pertinentes quando o insolvente é o sujeito declarado inabilitado)⁹¹.

Diferente é a *inibição* para o exercício do comércio durante o período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de certos cargos. Era tradicional na ordem jurídica portuguesa a inibição do falido e, na vigência do CREF,

⁸⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro (várias vezes alterado).

⁸⁷ V. art. 30.º, n.º 2, do RGIC sobre os critérios para a apreciação da idoneidade dos membros do órgão de administração e de fiscalização.

⁸⁸ A *Ley Concursal* espanhola — diploma em que o legislador português se inspirou — consagra a inabilitação das pessoas afectadas com alcance mais restrito, pois o art. 172 (2), 2.º determina a inabilitação das pessoas afectadas para administrar bens alheios durante um período de dois a quinze anos, assim como para representar ou administrar qualquer pessoa. V. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, *ob. cit.*, p. 125.

⁸⁹ V. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, *ob. cit.*, p. 125.

⁹⁰ V. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, *ob. cit.*, p. 125.

⁹¹ Manifestando estas dúvidas, v. CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência*, *ob. cit.*, pp. 38-40. Considera Catarina Serra que a «sentença que declara a inabilitação e define os poderes do curador só lhe deve atribuir poderes no âmbito dos actos sobre os bens que permanecem ainda na disponibilidade do insolvente» (*ob. cit.*, p. 40). No mesmo sentido, v. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, volume II, *ob. cit.*, p. 31.

dos administradores da sociedade falida para o exercício do comércio ou ocupação de certos cargos. À luz do actual direito da insolvência, só são declarados inibidos os sujeitos afectados pela qualificação da insolvência como culposa. A inibição parece não ser uma incapacidade. É antes, segundo Coutinho de Abreu, «uma *incompatibilidade* (absoluta) – impossibilidade legal do exercício de comércio por pessoa afectada pela qualificação da insolvência como culposa»⁹².

Levantam-se aqui duas questões. A primeira é a de saber se os negócios realizados pelo administrador inibido em violação desta proibição são válidos ou não. Oliveira Ascensão, a propósito da inibição do falido, sustentou que «a proibição de actos de comércio em contravenção de uma proibição legal não invalida os actos praticados»⁹³. Diversa é a questão de saber se se torna comerciante a pessoa que, proibida de exercer o comércio, o pratica profissionalmente. Parece que não, porque não deve ostentar o estatuto de comerciante «quem está impedido – por razões de tutela (do crédito) do comércio – de comerciar»⁹⁴.

4 A insolvência da sociedade e o relevo jurídico-penal do comportamento dos administradores

Ao processo de insolvência podem chegar indícios dos crimes de insolvência dolosa, frustração de créditos, insolvência negligente e favorecimento dos credores (arts. 227.º a 229.º do CP⁹⁵). Impõe o art. 297.º do CIRE que o juiz mande dar conhecimento da ocorrência de factos que indiciem a prática destes tipos legais de crime ao Ministério Público, para efeitos do exercício da acção penal. Segundo o art. 298.º do CIRE a declaração da insolvência interrompe o prazo de prescrição do procedimento criminal.

A *repressão* – segundo os dizeres das Ordenações Filipinas – dos «mercadores que quebram os seus tratos» e dos que «se levantam com fazenda alheia» tem raízes seculares. A severidade com que a falência (historicamente ligada à qualidade de comerciante) era tratada expressava-se, não só nas penas aplicadas, como na quase irrelevância da causa que a tinha ocasionado. Aliás, a «quebra» estava rodeada da suspeita⁹⁶ de que o devedor tinha sido motivado pela intenção de escapar às suas obrigações e, desse modo ilícito, obter um enriquecimento ilegítimo. Por outro lado, a

⁹² J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, *ob. cit.*, p. 126.

⁹³ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «Efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido», *ob. cit.*, p. 327.

⁹⁴ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, *ob. cit.*, p. 127.

⁹⁵ Redacção do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março.

⁹⁶ Cristalizou-se, aliás, na doutrina, a máxima *decoctor ergo fraudator*. Veja-se JEAN HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris: Presses Universitaires de France, 1986, p. 312.

crise económica do devedor (*maxime* comerciante) e a consequente impossibilidade ou dificuldade de satisfazer os seus débitos afectava (e afecta ainda) não só os seus credores directos como, de uma forma mediata, a cadeia de crédito própria da actividade mercantil e empresarial.

Mantendo-se hoje a repressão penal de certas e determinadas condutas (em consonância com a índole fragmentária e subsidiária do direito penal), ela assume contornos que respeitam o princípio fundamentais da legalidade criminal e da culpa. Em homenagem ao princípio *nullum crimen sine lege*, só as condutas previstas na lei são susceptíveis de serem objecto de perseguição penal e, por outro, o respeito pelo princípio da culpa determina que sejam punidos exclusivamente os agentes que actuaram com culpa. Os administradores das sociedades não podem ser jurídico-penalmente responsáveis pelo insucesso empresarial e subsequente insolvência da sociedade.

Sabendo que a análise do recorte típico dos crimes previstos nos arts. 227.º a 229.º do CP⁹⁷ ultrapassa largamente o objecto deste trabalho, resta-me salientar dois aspectos que se prendem directamente com a responsabilidade penal de administradores de sociedades.

A primeira nota destina-se a evidenciar que os administradores de direito e os administradores de facto (embora jurídico-civilmente não sejam devedores) são considerados como agentes dos crimes de insolvência dolosa, frustração de créditos, insolvência negligente e favorecimento de credores. Quanto aos *administradores de direito*, por força do art. 12.º, n.º 1, a), do CP, a qualidade de *devedor* da sociedade insolvente repercute-se nas pessoas humanas que pratiquem as condutas típicas como titulares dos seus órgãos ou como representantes.

No que tange os *administradores de facto*, a sua punição resulta expressamente do art. 227.º, n.º 3, do CP, aplicável aos crimes de frustração de créditos, insolvência negligente e favorecimento de credores. O que significa que também os administradores de facto são tidos como agentes destes crimes. Ou seja, a ausência de um título bastante não os afasta da punição criminal.

Por outro lado, e agora quanto às penas aplicáveis, há que salientar que o Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, introduziu uma agravação para os crimes de insolvência dolosa, frustração de créditos, insolvência negligente, assim como para o de favorecimento de credores, quando da prática de tais ilícitos resultar a frustração de créditos laborais (art. 229.º-A do CP).

⁹⁷ Sobre o recorte típico das condutas que integram os crimes falenciais (na redacção anterior ao Decreto-Lei n.º 53/2004), v. MARIA FERNANDA PALMA, «Aspectos penais da insolvência e da falência», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1995, p. 410, e PEDRO CAEIRO, *Anotação aos arts. 227.º, 228.º e 229.º do Código Penal*, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal* [dirigido por Jorge de Figueiredo Dias], tomo II (artigos 202.º a 307.º), Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 402 e ss.