

INSOLVÊNCIA CULPOSA E RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

Fernando Silva Pereira¹

ÍNDICE

1. Introdução. 2. Incidente pleno e incidente limitado de qualificação: tramitação. 3. Tipos de insolvência: culposa e fortuita e pressupostos. 4. Momento de apuramento da responsabilidade e critério de quantificação (o problema do grau de culpa). 5. Sentido da expressão “até às forças dos respetivos patrimónios”. 6. Natureza da responsabilidade. 7. Efeito sobre as ações a que se reporta o artigo 82.º, n.º 3, alínea b) do CIRE. 8. Conclusão.

¹ Professor Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Membro do CIJE – Centro de Investigação Jurídico-Económica.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objeto o regime de responsabilidade dos administradores (de direito ou de facto¹), previsto na norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) (e n.º 4) do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)², o qual, tendo sido introduzido pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril³, recuperou substancialmente a solução que fora acolhida nos artigos 126.º-A e 126.º-B do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF)⁴. Nos termos daquela norma, na sentença que qualifica a insolvência como culposa, o juiz *deve* condenar as pessoas afetadas por esta qualificação – artigo 189.º, n.º 2, alínea a) CIRE – “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”.

Por outro lado, prevê-se no artigo 78.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC) que os administradores “respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos créditos”⁵. Embora o CIRE não contenha normas substantivas sobre

¹ Sobre o conceito de administrador de facto pode ver-se, entre outros: MARIA ELISABETE RAMOS, «Insolvência da Sociedade e Efectivação da Responsabilidade Civil dos Administradores», Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, págs. 449-489, 452 e segs.; JOSÉ ENGRÁCIO ANTUNES, «O Âmbito Subjetivo do Incidente de Qualificação da Insolvência», Revista de Direito da Insolvência, n.º 1, 2017, Almedina, págs. 77-105, págs. 84-85; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, 2016, 6.ª ed., Almedina, pág. 128; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores das Sociedades por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 457 e segs.

² Pode ler-se nesta norma: “Na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve condenar as pessoas afetadas a indemnizar 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”. Já o n.º 4, do artigo 189.º CIRE dispõe que: «Ao aplicar o disposto na alínea e) do n.º 2, o juiz deve fixar o valor das indemnizações devidas ou, caso tal não seja possível em virtude de o tribunal não dispor dos elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos, os critérios a utilizar para a sua quantificação, a efetuar em liquidação de sentença».

³ Na versão inicial do DL 53/2004, de 18 de março, e nas suas posteriores alterações, nada se estabelecia referente à indemnização dos credores por parte das pessoas que viessem a ser afetadas pela sentença de insolvência culposa. Sobre o ponto, considerando estranho esta opção legislativa, pode ver-se ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril», I Congresso de Direito da Insolvência, Catarina Serra (Coord.), 2013, Almedina, págs. 269-283, págs. 270-271.

⁴ Estas normas foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de outubro. Fazendo um confronto este o regime do CPEREF e o regime atualmente em vigor, notando as suas diferenças, pode ver-se LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª ed., QJ, anotação ao artigo 189.º, ponto 14, pág. 696.

⁵ Nos termos da norma do artigo 73.º, n.º 1 CSC, *ex vi* artigo 78.º, n.º 5 CSC, é solidária a responsabilidade dos administradores.

a responsabilidade dos administradores⁶, o mesmo prevê no artigo 82.º, n.º 3, alínea b) – norma de carácter processual⁷ – a legitimidade exclusiva do administrador de insolvência para as “ações 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” (*legitimidade extraordinária*), ações estas que correm por apenso ao processo de insolvência (artigo 82.º, n.º 6 CIRE).

O problema da articulação dos regimes concursal e societário de responsabilidade, e o da natureza (civil ou patrimonial?) daquela responsabilidade, constituem aspetos de que procuraremos cuidar no presente artigo. Mas não se esgota aqui o conjunto de aspetos controvertidos, relacionados com o regime do artigo 189.º, n.º 2, alínea e), e n.º 4 CIRE.

Entretanto, e uma vez que a obrigação prevista no artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE é uma consequência da qualificação da insolvência como culposa por parte do juiz da insolvência, convém começar por analisar como se alcança a sentença que qualifica a insolvência como culposa, a respetiva tramitação e os seus pressupostos.

2. Incidente pleno e incidente limitado de qualificação da insolvência: tramitação

O incidente de qualificação da insolvência é uma das grandes novidades introduzidas pelo CIRE de 2004, sendo inspirado na congénere lei espanhola (artigos 163.º-175.º da Ley Concursal, de 9 de Julio de 2003 (LC)⁸). Trata-se de um incidente do processo principal de insolvência, que tem carácter

⁶ O que não significa, no entanto, que o regime da insolvência culposa seja irrelevante para a compreensão da responsabilidade civil dos administradores. Assim, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «A responsabilidade dos Administradores na Insolvência», in: “ROA”, Ano 66, II, set. 2006, pp. 682-683.

⁷ Notando este aspeto, por ex., LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., anotação ao artigo 82.º, ponto 7, pág. 418; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril», cit., págs. 277-278.

⁸ Sobre a figura, pode ver-se, por ex., FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA, *Comentário a la Ley Concursal*, Juana Pulgar Ezquerria (Dir.), Madrid, 2016, Wolters Kluwer, anotação aos artigos 163.º-175.º, págs. 1770-1872; e, sobre o ponto de vista da responsabilidade dos administradores: FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA, «Calificación concursal y responsabilidad de administradores sociales», in *Manual de Derecho concursal*, Juana Pulgar Ezquerria (Dir.), Andrés Gutiérrez Gilsanz, Fco. Javier Arias Varona e Javier Megías López (Coord.), Wolters Kluwer, Madrid, 2017, págs. 379-405; LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La responsabilidad concursal de los Administradores de Sociedades de capital», in *Comentarios a la Ley Concursal*, Luis Fernández de la Gándara e Manuel M.ª Sánchez Álvarez (Coord.), Colección Garrigues, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2004, págs. 701-721; ALBERTO ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal», in *Derecho Concursal, Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 e de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, R. García, A. Alonso Ureba e J. Pulgar Ezquerria (Dir.), Madrid, 2003, Editorial Dilex., S.L., págs. 505-564.

urgente (artigo 9.º, n.º 1 CIRE), e que corre por apenso a este processo (artigo 132.º, *ex vi* artigo 188.º, n.º 7 CIRE), tendo, ao contrário do que sucedia na versão original do CIRE⁹, carácter eventual. Com efeito, ele pode ser aberto oficiosamente pelo juiz na sentença declarativa de insolvência (artigo 36.º, n.º 1, alínea i) do CIRE) ou em despacho judicial ulterior (artigo 188.º CIRE), mas pode também não ser aberto, caso em que, na decisão de encerramento do processo, o juiz deve declarar expressamente o carácter fortuito da insolvência (artigo 233.º, n.º 6 CIRE)¹⁰.

Este incidente pode revestir duas modalidades: o incidente pleno, regulado nos artigos 188.º e 189.º CIRE, e o incidente limitado (artigo 191.º CIRE)¹¹.

O incidente pleno de qualificação pode ser aberto pelo juiz em dois momentos. No caso de dispor de elementos que justifiquem a sua abertura, e não tendo sido aprovado um plano de pagamentos (artigo 259.º, n.º 1 CIRE) nem se tratando de hipótese contemplada no artigo 187.º CIRE, o juiz pode abri-lo na própria sentença que declara a insolvência (artigo 36.º, n.º 1, alínea i) CIRE). Mas pode abri-lo em momento posterior, mediante despacho judicial irrecorrível, publicado no portal Citius, na sequência de requerimento apresentado pelo administrador da insolvência ou por qualquer interessado na qualificação (artigo 188.º, n.ºs 1 e 2 CIRE)¹².

Declarado aberto o incidente, o administrador de insolvência, quando não tenha proposto a qualificação da insolvência como culposa, apresenta parecer devidamente fundamentado e documentado sobre os factos relevantes, no prazo de 20 dias¹³, que termina com a formulação de uma proposta, identificando, sendo esse o caso, as pessoas que devem ser afetadas pela qualificação da insolvência como culposa (artigo 188.º, n.º 3 CIRE). O parecer e as alegações do administrador de insolvência vão com vista ao Ministério Público para que este se pronuncie no prazo de 10 dias (artigo 188.º, n.º 4 CIRE), *podendo* o juiz proferir de imediato decisão qualificando a insolvência como

⁹ LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., anotação ao artigo 185.º, ponto 4, pág. 678: «Enquanto na versão originária do CIRE, com a sentença declaratória de insolvência era necessariamente aberto o incidente que, precisamente, terminava com uma decisão de qualificação da insolvência, com a Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, essa solução foi abandonada [cfr. arts. 36.º, n.º 1, al. i), e 188.º]. Segue-se daqui que, quando o incidente não chegou sequer a ser aberto, a insolvência não pode deixar de ser tida como fortuita».

¹⁰ JOSÉ ENGRÁCIO ANTUNES, «O Âmbito Subjetivo do Incidente de Qualificação da Insolvência», cit., págs. 86-87.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Sobre a noção de “interessados” para efeitos desta norma pode ver-se, por ex., RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, «Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência», *O Direito*, Ano 142.º (2010), V, págs. 931-987, pág. 950.

¹³ Ou noutro, mais longo, fixado pelo juiz.

fortuita, no caso de tanto o administrador de insolvência como o Ministério Público proporem essa qualificação (artigo 188.º, n.º 5 CIRE). Esta decisão é irrecurável.

Caso isto não se verifique, o juiz manda notificar o devedor e citar pessoalmente aqueles que em seu entendimento devam ser afetados pela qualificação da insolvência como culposa para se oporem, querendo, no prazo de 15 dias. A notificação e as citações são acompanhadas dos pareceres do administrador de insolvência e do Ministério Público e dos documentos que os instruem (artigo 188.º, n.º 6 CIRE). O administrador de insolvência, o Ministério Público e qualquer interessado que assuma posição contrária à das oposições podem responder-lhe dentro dos 10 dias subsequentes ao termo do prazo da oposição (artigo 188.º, n.º 7 CIRE)¹⁴. Por fim deve o juiz proferir sentença de qualificação da insolvência, fixando o caráter culposo ou fortuito da mesma, a qual é suscetível de recurso nos termos gerais do artigo 14.º CIRE¹⁵.

Por seu turno, o incidente limitado de qualificação é aplicável apenas em dois casos específicos de insuficiência da massa para a satisfação das custas processuais e das dívidas da massa (artigos 39.º, n.º 1 e 232.º, n.º 5 CIRE). A tramitação do incidente limitado e a respetiva sentença de qualificação são regulados por referência ao incidente pleno, com as devidas adaptações (artigos 39.º, 188.º, 191.º, n.º 1, alíneas a) e b), 232.º e 132.º e segs. CIRE)¹⁶.

No que diz respeito aos efeitos desencadeados pela qualificação da insolvência, e que são, para além de outros¹⁷, aqueles previstos no artigo 189.º, n.º 2 CIRE, não existem diferenças entre os incidentes pleno e limitado de qualificação, com exceção do efeito previsto pela alínea d), do n.º 2, do artigo 189.º, que não se aplica no caso de qualificação da insolvência como culposa no âmbito do

¹⁴ Conforme nota ADELAIDE MENEZES LEITÃO («Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril», cit., págs. 272-273): «por força do n.º 8 do mesmo artigo, esta tramitação segue o regime da reclamação de créditos quanto à obrigação de indicar os meios de prova (artigo 134.º CIRE), emissão de parecer da comissão de credores (artigo 135.º CIRE), saneamento do processo (artigo 136.º CIRE), realização de diligência instrutórias (artigo 137.º CIRE) e audiência de julgamento (artigos 138.º e 139.º CIRE)».

¹⁵ JOSÉ ENGRÁCIO ANTUNES, «O Âmbito Subjetivo do Incidente de Qualificação da Insolvência», cit., págs. 86-87; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 153.

¹⁶ JOSÉ ENGRÁCIO ANTUNES, «O Âmbito Subjetivo do Incidente de Qualificação da Insolvência», cit., pág. 88.

¹⁷ JOSÉ ENGRÁCIO ANTUNES, «O Âmbito Subjetivo do Incidente de Qualificação da Insolvência», cit., pág. 88-89: «A qualificação da insolvência como culposa produz um conjunto de efeitos substantivos de natureza estritamente insolvencial (artigo 185 CIRE) na esfera jurídica das pessoas afetadas (artigo 186/2 CIRE): tal significa que a qualificação da insolvência não é vinculativa para efeitos da decisão em ações penais ou em ações de responsabilidade civil previstas no artigo 82/3 CIRE. Para além destes efeitos, que têm de estar expressamente previstos na sentença (e que dela resultam), a sentença qualificativa da insolvência culposa desencadeia ainda outros efeitos, que se produzem “ipso iure” e sem necessidade de qualquer declaração judicial: são eles a preclusão da administração da massa pelo devedor (artigo 228/1/c CIRE) e a preclusão da exoneração do passivo restante (artigos 238/1/b), e) e f), 243/1/c) e 246/1 CIRE)».

incidente limitado (artigo 191.º, n.º 1, alínea c), *a contrario* CIRE)¹⁸. A consequência da responsabilização dos administradores, nos termos da norma do artigo 189.º, n.º 2, al. e) CIRE pode, assim, ter lugar num ou noutra incidente.

3. Tipos de insolvência: culposa e fortuita e pressupostos

O efeito previsto no artigo 189.º, n.º 2, al. e) CIRE, tal como os demais efeitos previstos nesta norma, devem ser declarados pelo juiz da insolvência, e dependem da verificação dos pressupostos previsto no artigo 186.º CIRE, de que resulta a qualificação da insolvência como culposa¹⁹. Nos termos do n.º 1 deste artigo, a insolvência é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência de atuação, 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 insolvência²⁰. Ou seja, reprova-se na insolvência culposa o facto de o devedor (ou os seus representantes) terem alterado a normal distribuição de riscos, mediante comportamentos que a Lei considera antijurídicos, por ultrapassarem os limites de risco permitido na gestão do próprio património, em prejuízo dos credores. Por ser assim, trata-se de um risco em relação ao qual os credores não tinham obrigação de se proteger, e cujas consequências os mesmos não devem ser chamados a suportar²¹. Nisto consiste a fronteira entre a insolvência culposa e a insolvência fortuita (*caveat creditor*).

¹⁸ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 155; LUÍS CARVALHO FERNANDES, «A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor», Themis, Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial (2005) – Novo Direito da Insolvência – págs. 81-104, pág. 96.

¹⁹ Sobre a automaticidade ou não automaticidade destes efeitos pode ver-se MARIA ELISABETE RAMOS, «Insolvência da Sociedade e Efectivação da Responsabilidade Civil dos Administradores», cit., pág. 450, criticando a posição dos autores que defendem o carácter automático ou *ope legis* destes efeitos, na medida em que: «As medidas sancionatórias são aplicadas, não por força da lei, mas por força de uma decisão judicial que as decreta. Por sua vez, afirma MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO (*Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 140, e nota 446): «a obrigação de indemnizar deve constar obrigatoriamente da sentença que qualifica a insolvência como culposa, não competindo ao juiz qualquer apreciação dos pressupostos da responsabilidade civil, mas apenas dos pressupostos da insolvência culposa». «Defendendo que a imposição deste dever ao juiz confere carácter automático à responsabilidade, veja-se o Parecer do Conselho Superior da Magistratura sobre o Anteprojeto de 24 de novembro de 2011, p. 5. Porém, salvo o devido respeito, a responsabilidade não é automática, pois depende do preenchimento dos pressupostos previstos no art. 186.º». Já LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA (*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., anotação ao artigo 189.º, ponto 15, págs. 696-697) notam que: «a condenação segundo o n.º 1, al. e) constitui um imperativo do tribunal. Se for declarada a culpa, o juiz não tem a faculdade de excluir a responsabilidade do culpado».

²⁰ Conforme refere CATARINA SERRA («“Decoctor Ergo Fraudator” – A Insolvência Culposa», in: 21 “Cadernos de Direito Privado” (2008), 54-71, pág. 60), são os seguintes os requisitos de qualificação da insolvência como culposa: a existência de um facto (uma ação ou uma omissão); a culpa qualificada, na modalidade de dolo ou de culpa grave, do autor do facto; e a verificação de um nexo causal entre o facto e a criação ou o agravamento da situação de insolvência.

²¹ FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA, *Comentário a la Ley Concursal*, cit., págs. 1770-1771.

Segundo FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA, comentando a norma, de idêntica redação, do artigo 164/1 LC, o elemento dolo ou culpa grave não se refere à ideia de culpa em sentido subjetivo, mas a uma regra de antijuridicidade objetiva que expressa a infração de um *standard* de gestão ordenada²². Por outro lado, não resulta do teor literal da norma do n.º 1 do artigo 186.º CIRE a exigência de que o devedor (ou os seus representantes legais) tenha causado um dano ao património do credor, exigindo-se isso sim, de um modo muito mais geral, que o comportamento (doloso ou com culpa grave) tenha contribuído para a criação ou agravamento da situação de insolvência, ideia esta que não deve conceber-se nem em termos de mera causalidade nem em termos exclusivamente patrimoniais²³. Ou seja, a classificação concursal implica a realização de um juízo de antijuridicidade da conduta do devedor, bem como a existência de uma conexão objetiva (em geral, previsibilidade) com uma lesão dos direitos da coletividade dos credores, que consiste na criação ou agravamento da situação de insolvência (*desvalor de comportamento*), mas é independente da existência de uma efetiva lesão patrimonial (*desvalor de resultado*)²⁴.

A noção geral do instituto da insolvência culposa, prevista no n.º 1 do artigo 186.º CIRE, é, entretanto, apoiada ou complementada por um conjunto de factos previstos nos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo²⁵, que estabelecem presunções absolutas ou *iuris et de iure* (n.º 2), e presunções relativas ou *iuris tantum* (n.º 3) de insolvência culposa²⁶. É fonte de discussão na doutrina e jurisprudência portuguesas a questão de saber qual o alcance destas presunções, *i.e.*, se nelas se presume apenas a culpa ou também o nexo de causalidade entre o ato legalmente tipificado e a criação ou agravamento da situação de insolvência.

²² *Ibidem*, pág. 1795.

²³ Nesse sentido, referindo-se à norma do n.º 1 do artigo 164 LC (cuja redação é equivalente à da norma do artigo 186.º, n.º 1 CIRE, que nela se inspirou), FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA, «Calificación concursal y responsabilidad de administradores sociales», cit., pág. 383.

²⁴ FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA, «Calificación concursal y responsabilidad de administradores sociales», cit., pág. 383.

²⁵ LUÍS CARVALHO FERNANDES, «A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor», cit., p. 94.

²⁶ Existe consenso doutrinário e jurisprudencial quanto à natureza, propriamente dita, das presunções do artigo 186.º, n.ºs 2 e 3 CIRE, mas não quanto ao facto de os factos do n.º 3 presumirem a insolvência culposa. Como veremos, a corrente dominante entende tratar-se neste caso apenas de presunção de culpa, não dispensando a demonstração de nexo de causalidade entre o comportamento do devedor e a criação ou agravamento da situação de insolvência. Já quanto à natureza absoluta e relativa daquelas presunções pode ver-se, entre outros, José Engrácio Antunes, «O Âmbito Subjetivo do Incidente de Qualificação da Insolvência», cit., pág. 81; CATARINA SERRA, *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 95; LUÍS CARVALHO FERNANDES, «A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor», cit., pág. 94; ANA PRATA, JORGE MORAIS CARVALHO e RUI SIMÕES, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Almedina, 2013, anotação ao artigo 186.º, págs. 504-516.

No que diz respeito às presunções do n.º 2 do artigo 186.º CIRE, existe uma quase pacífica aceitação de que as mesmas se referem não só à existência de culpa, mas também de nexo de causalidade entre o comportamento culposo e a criação ou agravamento da situação de insolvência. Donde, uma vez verificado o facto-base previsto na norma (sem prejuízo de eventual valoração de aspetos qualitativos, de acordo com um critério objetivo de adequação), e dada a natureza inilidível destas presunções (artigo 350.º, n.º 2 do Código Civil (CC)), a insolvência *deve* ser qualificada como culposa. Acolhendo este entendimento, pode ver-se, entre outros: MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO²⁷, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS²⁸, CARNEIRO DA FRADA²⁹, e CATARINA SERRA³⁰. Em sentido contrário se pronuncia RUI ESTRELA DE OLIVEIRA³¹. Também naquele sentido se pronuncia a nossa jurisprudência³².

²⁷ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 131 segs.

²⁸ ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, págs. 419 e segs.

²⁹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, setembro de 2006, Tomo II, pág. 691-692.

³⁰ CATARINA SERRA, «“Decoctor Ergo Fraudator” – A Insolvência Culposa», in: 21 “Cadernos de Direito Privado” (2008), 54-71.

³¹ RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, «Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência», cit., págs. 931-987. São muito pertinentes as objeções levantadas pelo autor. Segundo o autor, a questão de saber se as várias alíneas reclamam a existência de um nexo de causalidade entre os factos nelas previstos e a produção e/ou o agravamento da situação de insolvência só pode ser resolvida caso a caso (ob. cit., pág. 974). Por ex., a propósito da alínea c) («tiver comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação») o autor escreve: «(...) se, por exemplo, o comportamento em causa incidir sobre três sacos de batatas, com o valor unitário de € 15.00, em empresa de importação deste tubérculo perene, com uma faturação anual de € 300.000,00, não se está perante um comportamento gerador de uma situação de insolvência» (ob. cit., pág. 977)». Do nosso ponto de vista, o preenchimento da *fattiespecie* da norma não prescinde da valoração de aspetos qualitativos relativamente ao comportamento praticado pelo devedor ou seus representantes legais. No exemplo dado, o ato não pode, segundo um juízo de previsibilidade, ser lesivo para a coletividade dos sócios. Mas colocamos o problema a montante, não no aspeto do alcance da presunção, mas no da verificação da espécie legal da norma. Neste sentido, mas a propósito da alínea d) do artigo 186.º, n.º 2 CIRE, pode ver-se o Acórdão da Relação do Porto de 07/12/2016, proc. n.º 262/15.9T8AMT-D.P1, relator Aristides Rodrigues de Almeida, e o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 04/04/2019, proc. n.º 1826/13.0TBBCL-B. G1, relator Heitor Gonçalves, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

³² Pode ver-se, entre outros: Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 07/07/2016, proc. 353/09.5TYVNG-E.P1, relator Carlos Querido, de 07/12/2016, proc. n.º 262/15.9T8AMT-D.P1, relator Aristides Rodrigues de Almeida, de 13/06/2018, proc. n.º 3144/12.2TBPRD-C.P1, relatora Inês Moura («Não padece de inconstitucionalidade material a alínea d) do n.º 2 do art.º 186.º do CIRE, não violando o direito constitucional a um processo equitativo a associação automaticamente da verificação dos factos nela contemplados a um juízo de insolvência culposa, uma vez que o interessado não está impedido de alegar e provar que não se verificaram os factos que a lei, pela sua gravidade, ali associa à existência de insolvência culposa»), de 07/05/2019, proc. n.º 521/18.9T8AMT-C.P1, relator Rodrigues Pires, do Tribunal da Relação de Guimarães de 25/02/2016, proc. n.º 1857/14.3TBGMR-DG1, relatora Cristina Cerdeira, de 01/06/2017, proc. n.º 1046/16.2T8GMR-B.G1, relator Pedro Damião e Cunha, de 18/10/2018, proc. n.º 880/15.5T8GMR-A.G1, relatora Maria Luísa Ramos, de 04/04/2019, proc. n.º 1826/13.0TBBCL-B. G1, relator Heitor Gonçalves, da Relação de Évora de 23/11/2017, proc. n.º 926/14.4TBTNV-B.E1, relator Victor Sequinho, de Évora de 14/03/2019, proc. n.º 612/06.9TBVRS-E.E1, relatora Cristina Dá Mesquita, disponíveis em www.dgsi.pt.

Segundo CARNEIRO DA FRADA³³, a norma do artigo 186.º, n.º 2 CIRE poupa ao lesado a obrigação de formular e de fundamentar «adstrições de conduta que impendem sobre os administradores», a partir das normas do CSC que, em geral, disciplinam a respetiva atividade». Na verdade, e apesar de qualquer um dos comportamentos previstos nas diferentes alíneas desta norma não autorizar, com segurança, a ilação de que estiveram na génese da insolvência, o certo é que, de acordo com a técnica legislativa usada, verificada qualquer uma das situações nele previstas, presume-se, inilidivelmente, a existência de uma conduta ilícita e culposa dos administradores e que a mesma foi causadora ou agravadora da situação de insolvência. E isto porque muitas das condutas reprovadas pelo n.º 2 do artigo 186.º são suscetíveis, também, de «encerrar o perigo concreto de ocasionação ou agravamento de uma dada insolvência», mesmo que esta «não tenha de derivar imediatamente de tais comportamentos»³⁴.

Por sua vez, entende a maior parte da doutrina e da jurisprudência que os factos-pressuposto do n.º 3 do artigo 186.º CIRE presumem apenas a culpa (presunção relativa), não dispensando a demonstração do nexos causal entre o comportamento (presumido) gravemente culposos do devedor ou dos seus administradores e o surgimento ou o agravamento da situação de insolvência³⁵. Neste

Em sentido diferente: Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra de 12.07.2017, proc. n.º 370/14.3TJCBR-A.C1, relator Falcão Magalhães, disponível em www.dgsi.pt.

³³ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência», cit., págs. 691-694.

³⁴ Segundo MANUEL CARNEIRO DA FRADA (ibidem, págs. 687 e segs.), numa análise do preenchimento destes pressupostos nas várias alíneas do n.º 2 e do n.º 3 do artigo 186.º, o legislador prevê, em alguns casos, condutas que normalmente, direta ou previsivelmente (em maior ou menor grau), têm como consequência a insolvência (alíneas a) ou g)). Noutros casos, há uma reprovação de comportamentos que não conduzem necessariamente, por si, à insolvência (alíneas d) ou f)). Noutros casos ainda, há responsabilidade por omissão, não resultando dela necessariamente a insolvência (alíneas h) e i)). Nestas hipóteses, fala o Autor de delitos de perigo abstrato, assumindo a responsabilidade uma função preventiva de comportamentos lesivos. Nestes casos – salienta o autor –, a circunstância de não ser admitida a prova em contrário não é, em geral, «excessiva», justificando-se «como forma enérgica de dissuadir ou prevenir condutas indesejáveis» que, segundo as regras da experiência comum, «são susceptíveis de ocasionar insolvências e estão com elas intimamente ligadas». E o mesmo Autor remata que isso é que «justifica a declaração da insolvência como culposa sem necessidade de mostrar a ligação entre a conduta censurada e a concreta insolvência ocorrida (vedando a prova em contrário ou aceitando que a superveniência de elementos fortuitos que co-determinaram a insolvência não exclui essa insolvência culposa)» (obra cit., p. 697).

No mesmo sentido, afirma CATARINA SERRA («“Decoctor Ergo Fraudator” – A Insolvência Culposa», cit., págs. 65-70) que nas situações contempladas nas alíneas h) e i) do n.º 2, do artigo 186.º «não se vê um nexos lógico, uma conexão substancial entre o facto que dá origem à presunção (facto-base) e o facto presumido». Realmente, conquanto, em ambas essas hipóteses, exista «uma conduta censurável», a verdade é que a «reprovabilidade ou mesmo um certo grau (qualificado) de reprovabilidade da conduta não autoriza a dizer que a produção ou o agravamento da insolvência é uma consequência provável dela, pelo menos não de maneira a que, uma vez apurada tal conduta, possa presumir-se o nexos de causalidade».

³⁵ Nesse sentido, entre outros: Acórdão do STJ, de 6/10/2011, relator Serra Baptista, Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 18/06/2007, proc. n.º 0731779, relator Pinto de Almeida, de 25/10/2007, proc. n.º 0733856, relator José Ferraz, de 07/01/2008, proc. n.º 0754886, relatora Anabela Carvalho, de 07/07/2016, proc. 353/09.5TYVNG-E.P1, relator Carlos Querido, de 07/12/2016, proc. n.º 262/15.9T8AMT-D.P1, relator Aristides Rodrigues de Almeida, de 07/05/2019, proc. n.º 521/18.9T8AMT-C.P1, relator Rodrigues Pires, da Relação de Coimbra, de 04/05/2010, proc. n.º 427/07.7TBAGD-G.C1, relator Carlos Moreira, de 8/02/2011, relator Beça Pereira, e de 12.07.2017, proc. n.º

sentido: LUÍS MENEZES LEITÃO³⁶, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS³⁷, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA³⁸, e A. RAPOSO SUBTIL³⁹.

Mas, existem autores que perfilham entendimento diferente, como é o caso de CATARINA SERRA⁴⁰, e MANUEL CARNEIRO DA FRADA⁴¹, entendimento este que também encontra algum eco, embora minoritário, na jurisprudência⁴². Conforme afirma CATARINA SERRA⁴³, estão em causa na norma do artigo 186.º, n.º 3 CIRE não simples presunções *iuris tantum* de culpa qualificada no facto praticado, mas autênticas presunções *iuris tantum* de culpa qualificada na insolvência, isto é, presunções relativas de insolvência culposa, sob pena de se esvaziar de utilidade estas presunções. As presunções de culpa estabelecidas no n.º 3 do artigo 186.º «existem para impedir que, devido à dificuldade de provar o nexo de causalidade, fiquem, na prática, impunes os sujeitos que violaram obrigações legais», os quais são onerados «com a prova de que não foi a sua conduta ilícita (e presumivelmente culposa) que deu causa à insolvência ou ao respetivo agravamento, mas sim uma outra razão, externa ou independente da sua vontade – por exemplo, a conjuntura económica ou as condições de mercado»⁴⁴. cremos ser este o entendimento que melhor se adequa com a função da norma⁴⁵. Com efeito, a identificação do bem jurídico protegido por esta regulação, no sentido

370/14.3TJCBR-A.C1, relator Falcão Magalhães, da Relação de Lisboa de 22/01/2008, relatora Graça Amaral, e de 21/04/2009, relatora Sílvia Pires, da Relação de Évora de 08/05/2014, proc. n.º 65/11.0TBPSR-B.E1, relator Paulo Amaral, de 14/03/2019, proc. n.º 612/06.9TBVRS-E.E1, relatora Cristina Dá Mesquita, in www.dgsi.pt, da Relação de Guimarães de 14/06/2006, in CJ, XXXI, 3.º, pág. 288, e de 20/09/2007, proc. n.º 1728/07-2, relator António Gonçalves, de 25/02/2016, proc. n.º 1857/14.3TBGMR-DG1, relatora Cristina Cerdeira, de 18/10/2018, proc. n.º 880/15.5T8GMR-A.G1, relatora Maria Luísa Ramos, de 04/04/2019, proc. n.º 1826/13.0TBBCL-B. G1, relator Heitor Gonçalves in www.dgsi.pt.

³⁶ LUÍS M. T. MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 2018, 8.ª ed., Almedina, pág. 265.

³⁷ ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., pág. 423.

³⁸ LUÍS A. CARVALHO e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., anotação ao artigo 186.º, págs. 678-682.

³⁹ A. RAPOSO SUBTIL, MATOS ESTEVES, MARIA JOSÉ ESTEVES e LUÍS M. MARTINS, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, 2.ª edição, Porto, Vida Económica, 2006, pág. 265.

⁴⁰ CATARINA SERRA, «“Decoctor Ergo Fraudator” – A Insolvência Culposa», cit., pág. 69.

⁴¹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência», cit., pág. 692.

⁴² Pode ver-se, neste sentido: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.10.2018, proc. n.º 8074/16.6T8CBR-D.C1.S2, relatora Catarina Serra, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 564/2007, de 13 de novembro, e Acórdãos da Relação do Porto de 22 de maio de 2007, de 24 de setembro de 2007, (estes três últimos Acórdãos estão referidos in MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 133), Acórdão da Relação do Porto de 05/02/2009, proc. n.º 0837835, relator Luís Espírito Santo, de 20/04/2009, relator Luís Espírito Santo, e do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de maio de 2012, proc. n.º 1053/10.9TJCBR-K.C1, relator Barreiro Martins, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁴³ CATARINA SERRA, *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, cit., pág. 122.

⁴⁴ CATARINA SERRA, «“Decoctor Ergo Fraudator” – A Insolvência Culposa», cit., pág. 69.

⁴⁵ No mesmo sentido, JOSÉ PEDRO SILVA PAIXÃO, «Comentário ao Acórdão da Relação de Lisboa de 22/01/2008 (Relatora: Graça Amaral), Processo n.º 10141/2007-7)», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano IX- 2012, págs. 325-363, p. 356.

anteriormente exposto, permite perceber que a agravação da insolvência não exige a causação de um dano patrimonial, estando também protegida a faceta funcional dos direitos de crédito⁴⁶. Ou seja, os deveres ali previstos não consistem apenas em evitar causar danos aos credores, o que se deduz já das regras gerais sobre a responsabilidade civil extracontratual, mas compreendem o cumprimento de deveres de controlo e minoração do risco de insolvência, prevenção de crise empresarial e adoção de medidas de saneamento⁴⁷. Estando presumida esta conexão objetiva, compete aos administradores (artigo 350.º, n.º 1 CC), dada a natureza relativa da presunção, demonstrar que o seu comportamento não criou ou agravou a situação de insolvência.

4. Momento de apuramento da responsabilidade e critério de quantificação (o problema do grau de culpa)

Tendo sido praticado um facto (uma ação ou omissão), existindo culpa qualificada do seu autor (provada ou presumida), e existindo nexos causal entre o facto e a criação ou agravamento da situação de insolvência o juiz deve condenar as pessoas afetadas pela qualificação a indemnizarem os credores do devedor no montante dos créditos não satisfeitos (artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE)⁴⁸.

Nos termos do artigo 189.º, n.º 2, alínea a) CIRE, o juiz identifica as pessoas afetadas pela qualificação fixando, sendo esse o caso, o respetivo grau de culpa. Por sua vez, dispõe o artigo 189.º, n.º 4 CIRE 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 necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos, os critérios a utilizar para a sua quantificação, a efetuar em liquidação de sentença⁴⁹.

Poderá suceder, com efeito – e sucede muitas vezes – que, ao tempo da decisão do incidente de qualificação, o estado de liquidação da massa não permita fixar de imediato o valor a indemnizar, por não estar definitivamente apurado o diferencial entre o ativo e o passivo. Já no caso contrário⁵⁰, o

⁴⁶ FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA, *Comentário a la Ley Concursal*, cit., pág. 1795.

⁴⁷ FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA, «Calificación concursal y responsabilidad de administradores sociales», pág. 389.

⁴⁸ CATARINA SERRA, «“Decoctor Ergo Fraudator” – A Insolvência Culposa», cit., pág. 60.

⁴⁹ Sobre este aspeto pode ver-se, por ex., MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 141: «O momento do apuramento do montante indemnizatório depende da tramitação do processo em concreto – mas, se for aprovado um plano de insolvência, em que momento e em que termos se fixa o valor da indemnização? O artigo 189.º, n.º 4, preceitua que, caso não seja possível no momento da prolação da sentença qualificadora calcular o montante do prejuízo sofrido, deverá pelo menos estabelecer os critérios para a sua quantificação, a efetuar em liquidação de sentença».

⁵⁰ «O que é seguro nos casos de aplicação do artigo 39.º, ou quando, independentemente dela, se vem a verificar a inexistência de ativo em termos de se desencadear o mecanismo do artigo 232.º» (LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., anotação ao artigo 189.º, ponto 14, págs. 696-697).

tribunal deve, de imediato, fixar no valor do diferencial o montante indemnizatório pelo qual respondem os culpados⁵¹.

E qual o sentido a atribuir à última parte da norma do artigo 189.º, n.º 4 CIRE, relativamente aos critérios a utilizar na futura quantificação dos prejuízos, em sede de liquidação de sentença?

Segundo LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA⁵², em termos objetivos está em causa a diferença entre o valor global do passivo da insolvência e o que o ativo pode cobrir. No entanto, deve duvidar-se de que a parte final do n.º 4 se reconduza simplesmente a uma repetição do que literalmente emerge do n.º 2, alínea e). Entendem os autores que o juiz pode ter em consideração outros fatores, como o facto de o reembolso dos créditos sobre a insolvência ser afetado pela constituição de dívidas não necessárias sobre a massa, até resultantes de decisões dos próprios credores⁵³.

Entretanto, o problema da determinação do sentido da última parte da norma do artigo 189.º, n.º 4 CIRE relaciona-se com um outro, o de saber se o montante da indemnização pode ser inferior ao do “passivo a descoberto”, no caso de ser inferior o dano causado pelo(s) sujeito(s) afetado(s) pela qualificação da insolvência como culposa. Tal possibilidade encontrava-se prevista no artigo 126.º-B, n.º 1 CPEREF (introduzido pelo Decreto-lei n.º 315/98, de 20 de outubro)⁵⁴, mas não encontra paralelo no artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE. Ou seja, a lei não se refere à possibilidade de a responsabilidade ser limitada ao dano efetivamente causado pelo culpado quando inferior ao do passivo não coberto pelas forças da massa.

⁵¹ *Ibidem*. Segundo os autores, «apesar do silêncio da lei, é de entender que a liquidação deverá ter lugar por apenso ao próprio processo de insolvência. Mas a circunstância de expressamente se contemplar o apuramento em liquidação de sentença responde objetivamente a uma interrogação que se colocava no âmbito do CPEREF».

⁵² *Ibidem*.

⁵³ «Poderá, v.g., ser o caso de estar apurada a prática de atos lesivos no decurso da própria liquidação que comportam prejuízos para a massa e convocam a responsabilidade pessoal dos agentes, como, aliás, para uma hipótese particularíssima, rege o art.º 164.º, n.º 3, do Código. Se assim for, não há razão para que as consequências da lesão agravem a responsabilidade dos declarados culpados.

Mas pode acontecer também que o reembolso dos créditos sobre a insolvência seja afetado pela constituição de dívidas não necessárias sobre a massa, porventura até resultantes de decisões dos próprios credores. Se isso suceder, parece razoável que a situação deva ser levada em conta na mensuração da responsabilidade e o saldo descontado, por assim dizer, no valor exigível aos culpados.» (*ibidem*). Permitir ao juiz referenciar fatores que, designadamente em razão de circunstâncias do processo, devam mitigar o recurso, puro e simples, a meras operações aritméticas de passivo menos resultado do ativo.

⁵⁴ «O tribunal, a requerimento de qualquer credor ou do Ministério Público, fixa 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 fosse considerado inferior».

LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA⁵⁵ interrogam-se, ainda assim, sobre a possibilidade de o tribunal ter em consideração o grau de culpa na fixação da indemnização prevista no artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE⁵⁶. O juiz deveria, então, não apenas identificar a(s) pessoa(s) afetada(s) pela qualificação da insolvência como culposa, mas também determinar a medida da sua responsabilidade, tendo como limite máximo o valor dos créditos não satisfeitos pelas forças da massa. Não é assim, no entanto, para a maior parte da doutrina, para a qual a determinação do grau de culpa diz apenas respeito aos casos em que sejam vários os sujeitos afetados pela qualificação (note-se que a norma da alínea a), do n.º 2 do artigo 189.º CIRE utiliza a expressão “sendo o caso”), relevando para efeitos de exercício do *direito de regresso*, dado o regime de solidariedade previsto na norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE⁵⁷.

O problema relaciona-se com o da natureza, civil ou patrimonial, da responsabilidade concursal. Como vimos, a aplicação do artigo 186.º, n.º 1 CIRE não pressupõe a demonstração de que uma lesão patrimonial foi causada à generalidade dos credores, e, nessa medida, parece poder afirmar-se o carácter punitivo da norma (a verificação dos pressupostos da insolvência como culposa, de entre os

⁵⁵ *Ibidem*, ponto 17, pág. 698.

⁵⁶ «Embora a norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE não contenha uma referência como aquela que existia no artigo 126.º-B, n.º 1 CPEREF (na parte em que contemplava a limitação da responsabilidade ao prejuízo concretamente causado pelo culpado), resulta da redação agora dada ao n.º 2, alínea a) do artigo 189.º CIRE, como vimos, que a sentença que qualifica a insolvência, além de identificar as pessoas afetadas por ela, deve também, quando se justifique, fixar o grau de culpa. Sem dúvida que o resultado será relevante, como também já acima salientado, para a determinação da duração das inibições. Mas deverá excluir-se a possibilidade de interferir igualmente com a própria medida da responsabilidade do culpado? Um exemplo ajudará a ilustrar a dúvida. Imagine-se, então, que, em determinado processo, a sentença considera um administrador da sociedade insolvente culpado apenas pela realização da venda ruínosa de um certo imóvel. Terá ele, ainda assim, de responder por todo o passivo a descoberto, mesmo quando este ultrapasse (largamente!) o prejuízo causado aos credores com o ato determinante da culpa?» (*ibidem*). Um afloramento deste entendimento pode encontrar-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 28/03/2019, proc. n.º 1266/17.2T8GMR-B.G1, relatora Raquel Baptista Tavares, no qual se pode ler: «Da conjugação do disposto na alínea e) do n.º 2 do artigo 189.º do CIRE com o teor do n.º 4 do mesmo preceito deve concluir-se que a indemnização aí prevista, e em que deve ser condenado o afetado pela qualificação, terá como limite máximo a diferença entre o valor dos créditos reconhecidos e o que é pago aos credores pela massa insolvente, mas deverá aproximar-se, de forma a salvaguardar a necessária relação de adequação e proporcionalidade, do montante dos danos causados com o comportamento daquele que conduziu à qualificação da insolvência como culposa, sem esquecer também que tem também natureza sancionatória».

⁵⁷ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 141, JOSÉ ENGRÁCIO ANTUNES, «O Âmbito Subjetivo do Incidente de Qualificação da Insolvência», cit., pág. 86. Nas palavras deste último autor, referindo a posição de Maria do Rosário Epifânio: «o legislador incumbiu o juiz de “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” (artigo 189/2/a) do CIRE). A previsão legal tem sentido no caso de a sentença judicial de qualificação da insolvência como culposa ter identificado mais do que uma pessoa afetada pela qualificação, tornando então necessário determinar o grau de culpa de cada uma delas para efeito da aplicação de determinadas consequências jurídicas da qualificação: assim sucede, por exemplo, no caso da obrigação de indemnização cominada no artigo 189/2/e) do CIRE, a qual, tendo sido configurada pela lei como uma obrigação solidária que recai sobre todas as pessoas afetadas pela qualificação, imporá ainda ao juiz a fixação do respetivo grau de culpa para efeitos da repartição interna da responsabilidade insolvencial e correspondente direito de regresso dos vários coobrigados solidários (cf. artigo 497/2 CC)».

quais a *possibilidade* de causação ou agravação de um dano, constituiria pressuposto para a aplicação da previsão-sanção, respondendo os administradores por uma *dívida alheia*⁵⁸).

Na doutrina espanhola, a propósito do regime de responsabilidade dos artigos 172.3 e 172 bis LC, uma parte da doutrina distingue, no entanto, os pressupostos da qualificação da insolvência como culposa, daqueles de que depende a condenação dos administradores. Para ALBERTO ALONSO UREBA⁵⁹, por ex., não basta a situação de insolvência que abre a via concursal para que entre em jogo a responsabilidade concursal dos administradores. Para tal, é necessária, ainda, a imputabilidade a estes da criação ou agravamento da situação de insolvência da sociedade com culpa qualificada (artigo 172.3 articulado com o artigo 164.1 LC). Tal pressuposto torna claro que se está no âmbito da responsabilidade civil subjetiva ou por danos, que exige a imputabilidade. É isso que explica que a responsabilidade não recaia sobre todos os administradores, mas apenas sobre aqueles aos quais pode imputar-se pessoalmente a criação ou agravamento da situação de insolvência, e que a dita responsabilidade não recaia sobre o total do passivo a descoberto, mas apenas sobre a parte do mesmo que seja imputável à atuação dos administradores, tal como se encontra previsto no artigo 172.3 LC⁶⁰.

Mas existem outros autores, como é o caso de LLEBOT MAJÓ e GARCÍA CURCES⁶¹, que perfilham diferente entendimento. Segundo eles, a responsabilidade concursal segundo os artigos 164.1 e 172.3 LC é de carácter «punitivo» e opera como sanção, estando a mesma desvinculada do dano que a conduta que os administradores tenham causado ao património do devedor, *i.e.*, à sociedade insolvente. Na responsabilidade concursal a criação ou agravamento da situação de insolvência constitui mero pressuposto que, com independência do seu significado como dano para a sociedade, permite atender a uma finalidade distinta, como é a de sancionar a conduta prosseguida pelos administradores procurando um mecanismo de cobertura do passivo a descoberto.

No caso do CIRE, afigura-se relevante o facto de o artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE não prever a possibilidade de a(s) pessoa(s) afetada(s) pela qualificação serem condenadas a responder por

⁵⁸ Referindo-se a uma função punitiva da norma pode ver-se LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., anotação ao artigo 189.º, ponto 13, pág. 696.

⁵⁹ ALBERTO ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal», cit., págs. 533-534.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 534.

⁶¹ *Apud* ALBERTO ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal», cit., págs. 520, 535, e 545.

montante inferior ao do passivo a descoberto, ao contrário do que acontece no artigo 172.3 LC, e do que acontecia no artigo 126.º-B, n.º 1 CPEREF⁶².

Mais adiante nos pronunciaremos sobre a natureza da responsabilidade dos administradores segunda a norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE.

5. Sentido da expressão “até às forças dos respetivos patrimónios”

Outro aspeto que suscita a atenção da doutrina prende-se com o sentido da expressão “até às forças dos respetivos patrimónios”, utilizada no artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE. Segundo a maior parte dos autores, pese embora as palavras utilizadas não sejam muito claras, deve entender-se que as mesmas se limitam a enfatizar que todo o património das pessoas afetadas pela qualificação responde pelo passivo a descoberto, ou de limitar a responsabilidade do devedor aos bens suscetíveis de penhora, de acordo com a regra do artigo 601.º CC⁶³. Segundo LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA⁶⁴, a fórmula utilizada, diferente daquela que era utilizada no CPEREF (“respondem ilimitadamente”) tem o mérito de esclarecer que todo o património pessoal dos culpados fica sujeito à responsabilidade que lhes é imputada sem necessidade de a adjetivar de ilimitada, o que induziria a ideia de abranger todo o passivo do devedor.

Já segundo MENEZES LEITÃO⁶⁵, esta interpretação da norma não parece ser a mais correta. Na verdade – afirma o autor –, sabendo-se que o direito de execução apenas abrange o património do próprio devedor, só podendo estender-se a terceiros nos casos previstos no artigo 818.º CC, é evidente

⁶² Veja-se, a este propósito, a seguinte afirmação de ALBERTO ALONSO UREBA (ALBERTO ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal», cit., pág. 547): «Si el legislador hubiese querido efectivamente establecer una responsabilidad punitiva-sancionatoria, habría establecido, que dado el presupuesto (generación o agravación del estado de insolvencia imputable a los administradores) éstos responderían de la totalidad de los créditos fallidos; al establecer una modulación al respecto (podrán responder de la totalidad o solo parcialmente de los créditos fallidos) es porque está partiendo de la referida relación de causalidad entre presupuesto de la responsabilidad y el hecho dañoso de que los créditos resulten total o parcialmente fallidos».

Para além do aspeto referido, deve ainda notar-se que o artigo 172 bis LC refere que o juiz da insolvência «pode» condenar as pessoas afetadas pela qualificação nos casos nela prevista, ao passo que o artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE impõe ao juiz essa condenação, assim se verifiquem os pressupostos da insolvência culposa.

⁶³ RUI PINTO DUARTE («Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE», em Catarina Serra (org.), III Congresso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, 2015, págs. 151-173, pág. 168) considera que «não deve ser atribuído significado especial à expressão (...), entendendo que o legislador apenas quis enfatizar que todo o património de cada pessoa afetada responde pela indemnização em causa». Também JOSÉ MANUEL BRANCO, (RDI, n.º 1, abril 2016, págs. 22-23), defende que esta «pouco rigorosa expressão» se identifica apenas com o disposto no artigo 601.º CC, que limita a responsabilidade do devedor aos bens susceptíveis de penhora».

⁶⁴ LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., anotação ao artigo 189.º, ponto 14, págs. 696-697.

⁶⁵ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., pág. 292.

que os direitos de indemnização dos credores sobre os afetados pela qualificação estariam sempre limitados aos seus patrimónios. Pelo contrário – afirma o autor –, a lei parece pretender excluir a possibilidade de os afetados pela qualificação serem declarados insolventes por não poderem cumprir esta obrigação de indemnização na sua integralidade, dado que a mesma se reduz ao montante correspondente aos seus patrimónios. Não se devem admitir assim novos processos de insolvência contra os afetados em virtude de não poderem cumprir a obrigação de indemnização aos credores em que foram condenados⁶⁶.

6. Natureza da responsabilidade

A responsabilidade dos administradores ao abrigo da norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE é uma responsabilidade solidária⁶⁷ e subsidiária, na medida em que a mesma apenas existe quando a massa insolvente seja insuficiente para a satisfação de todos os credores⁶⁸ (MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO fala de uma obrigação sujeita a uma condição suspensiva⁶⁹). Mas trata-se de responsabilidade civil ou de responsabilidade patrimonial⁷⁰?

⁶⁶ «Esta possibilidade existia no quadro do CPEREF. Com efeito, 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. Consagra-se, assim, a figura das «falências conjuntas», prevista pelo art. 126.º-C do CREF. (o que poderia implicar a falência (com as consequências que lhes 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*, 277/279 (1999), p. 199» (MARIA ELISABETE RAMOS, «Insolvência da Sociedade e Efectivação da Responsabilidade Civil dos Administradores», cit., pág. 452).

⁶⁷ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 141: «Esta responsabilidade é solidária: assim, se houver várias pessoas afetadas pela qualificação da insolvência, vale a regra “um por todos e todos por um”. Quanto ao critério de repartição interna da responsabilidade, o artigo 189.º, n.º 2, al. a) impõe ao juiz a fixação do grau de culpa das pessoas afetadas, o que poderá ter relevância para efeitos do artigo 497.º, n.º 2 CC e, assim, de uma mais justa repartição interna de responsabilidade».

⁶⁸ Salientando este aspeto pode ver-se, por ex., MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 141, LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., anotação ao artigo 189.º, ponto 13, pág. 696, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores das Sociedades por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pág. 486.

⁶⁹ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 141.

⁷⁰ Sobre a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade patrimonial pode ver-se, entre outros: MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2008, (not. 66), págs. 58-59; MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, págs. 26 e segs.; SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, *A Responsabilidade dos Gerentes, Administradores e Directores pelas Dívidas Tributárias das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2000, págs. 147 e segs.; PAOLO MONTALENTI, «Riflessioni in tema di persona giuridica», in *Persona Giuridica, Gruppi di Società, Corporate Governance. Studi in Tema di Società per Azioni*, Cedam, Padova, 1999, 1-33, pág. 26.

⁷⁰ Os administradores respondem apenas na medida em que o património da sociedade não permita a satisfação dos créditos.

Existe responsabilidade civil sempre que estejam preenchidos os respetivos pressupostos legais (artigo 483.º CC), entre os quais figura a prática de um ato voluntário causador de danos. Por sua vez, existe responsabilidade patrimonial nas situações em que, verificados determinados requisitos, respondem os bens de determinado sujeito pelo cumprimento de obrigações alheias, independentemente de qualquer atuação da sua parte que tenha, de facto, causado um dano a ressarcir. A responsabilidade patrimonial pode, assim, ser definida como a responsabilidade de determinado património por determinadas dívidas.⁷¹

Referindo-se a um regime de responsabilidade civil a propósito da norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE, pode ver-se LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA⁷², e MENEZES LEITÃO⁷³. Por sua vez, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO⁷⁴ afirma que ao juiz não compete apreciar a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil, mas apenas dos pressupostos da insolvência culposa, interrogando-se, no entanto, noutro passo, se este efeito da qualificação da insolvência como culposa pode ser enquadrado na responsabilidade insolvencial extracontratual subjetiva, e sobre se os factos constitutivos da responsabilidade extracontratual (artigo 483.º CC) estão aqui preenchidos⁷⁵. Vejamos.

Pode, efetivamente, dar-se o caso de os factos e pressupostos que dão lugar à responsabilidade concursal coincidirem com aqueles previstos na *fattispecie* da norma do artigo 483.º CC. Estando em causa a violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios (e vimos já a opinião de autores que consideram constituírem os factos previstos no artigo 186.º, n.ºs 2 e 3 repositório relevante de deveres dos administradores⁷⁶), os mesmos podem, na verdade, originar um cúmulo de

⁷¹ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores das Sociedades por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., págs. 58-59 (nota 66).

⁷² LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., anotação ao artigo 189.º, ponto 13, pág. 696: «...a grande modificação operada pelo preceito em anotação em sede de efeitos da qualificação da insolvência respeita à imputação de responsabilidade civil aos culpados».

⁷³ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., pág. 292: «Tal responsabilização compreende-se, devido à culpa do devedor, e dos seus administradores de direito ou de facto, em relação à frustração de créditos que a insolvência provoca nos credores, o que constitui fundamento de responsabilidade civil, nos termos gerais (artigo 483.º CC)».

⁷⁴ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 140-141.

⁷⁵ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 143.

⁷⁶ Associando as situações mais graves de dolo à responsabilidade aquiliana por violação de normas de proteção de interesses de terceiro, veja-se, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «A responsabilidade dos Administradores na Insolvência», in: “ROA”, Ano 66, II, set. 2006, pp. 682-683). Citando o autor, veja-se MARIA ELISABETE GOMES RAMOS (MARIA ELISABETE RAMOS, «Insolvência da Sociedade e Efectivação da Responsabilidade Civil dos Administradores», cit., pág. 454): «ao contrário do que resultava do CPEREF, o CIRE não apresenta normas substantivas sobre a responsabilidade civil dos administradores de sociedades insolventes, o que não significa, no entanto, que o regime da insolvência culposa seja irrelevante para a compreensão da responsabilidade civil dos administradores». Noutra trabalho, afirma CARNEIRO DA FRADA (CARNEIRO DA FRADA, «A responsabilidade dos

responsabilidade concursal e societária, segundo a norma do artigo 78.º CSC, o que convoca um ulterior problema de articulação, destinado a evitar uma dupla penalização pelos mesmos factos. Cremos, não obstante, que a finalidade prosseguida pelo legislador com a criação do regime da responsabilidade concursal foi a de facilitar a responsabilização dos administradores (dispensando a prova da existência de uma efetiva lesão patrimonial), através da consagração de um regime de responsabilidade patrimonial⁷⁷.

Ou seja, e conforme afirma ADELAIDE MENEZES LEITÃO⁷⁸, a norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE diz respeito à responsabilidade da pessoa coletiva no processo de insolvência pelo incumprimento e não satisfação dos créditos, tornando os administradores responsáveis em segunda linha solidariamente por esses créditos, desde que verificados os pressupostos da insolvência culposa. A autora realça o facto de a versão originária do anteprojeto do Decreto-lei n.º 53/2004 prever, na alínea e) do n.º 2 do artigo 171.º, que na sentença de qualificação constasse «a condenação das pessoas afectadas a indemnizarem os credores dos danos e prejuízos causados, determinando-se na própria sentença o montante da indemnização ou os critérios aplicáveis à sua quantificação» (a mesma expressão é utilizada no artigo 172/3 LEC). Ora, ao contrário do que constava neste anteprojeto, a versão aprovada refere-se à indemnização «no montante dos créditos não satisfeitos». Esta diferença de redação parece indicar que a versão vigente se reporta a créditos reclamados ou reconhecidos no processo de insolvência e não satisfeitos, bastando que tenha havido uma qualificação da insolvência como culposa para que os administradores se tornem responsáveis perante os credores sociais, sem

administradores perante os credores entre o Direito das Sociedades e o Direito da Insolvência», em Catarina Serra (org.), IV Congresso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, 2017, págs. 193-202, pág. 201): «A presunção de insolvência culposa associada à sua violação nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência, constante do art. 186, n.º 2, do CIRE, mostra, com efeito, que, para a ordem jurídica, tais deveres existem antes e independentemente da insolvência. É absurda a retroactividade das regras de agir. Por isso, a retroconexão que o art. 186 apresenta só se explica e funda valorativamente desde que em conformidade com o princípio da não retroactividade das *regulae agendi*, ou seja, reconhecendo-se a vigência destes deveres independentemente do processo de insolvência e antes da sua instauração».

⁷⁷ Neste sentido, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril», cit., pág. 281 e págs. 279-280. Segundo a autora,

⁷⁸ *Ibidem*. Nas palavras da autora: «O que é que justifica que os administradores respondam por dívidas da pessoa colectiva? Nos termos do n.º 1 do artigo 186.º do CIRE, para que essa responsabilidade tenha lugar é necessário que os actos dolosos ou com culpa grave dos administradores tenham criado ou agravado a situação de insolvência nos três anos anteriores ao início do respectivo processo.

O artigo 818.º CC prevê a possibilidade da execução atingir bens de terceiro, desde que haja garantia ou que tenha havido acto em prejuízo do credor. O artigo 189.º, n.º 2, alínea e) do CIRE parece apresentar a responsabilidade como uma sanção por comportamentos dolosos ou com culpa grave dos administradores, correspondendo, nesse sentido, à previsão do art. 818.º CC na parte em que se refere aos actos com prejuízo para o credor. Parece tratar-se de uma responsabilidade em que o delito é facto-pressuposto, funcionando como uma fiança legal. Assim sendo, a referida disposição diz respeito à responsabilidade da pessoa colectiva no processo de insolvência pelo incumprimento e não satisfação dos créditos, tornando os administradores responsáveis em segunda linha solidariamente por esses créditos, desde que se tenham verificados os pressupostos da insolvência culposa».

necessidade de se encontrar uma disposição legal ou contratual de proteção, ou que a respetiva violação tenha sido causa da insuficiência do património social⁷⁹.

Ainda segundo ADELAIDE MENEZES LEITÃO⁸⁰, a necessidade de os créditos terem sido reclamados ou pelo menos reconhecidos no processo de insolvência é fundamental, pois, caso contrário, esta condenação seria contrária ao princípio da igualdade de tratamento de credores⁸¹.

7. Efeito sobre as ações a que se reporta o artigo 82.º, n.º 3, alínea b) do CIRE

De acordo com a norma do artigo 185.º CIRE, a qualificação da insolvência como culposa não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais, nem das ações a que se reporta o n.º 2 do artigo 82.º CIRE (é errada a remissão para o n.º 2 do artigo 82.º, que deve entender-se ser feita para o n.º 3 do artigo 82.º)⁸². Deve considerar-se as ações a que se refere a alínea b) do n.º 3 deste artigo, pois são aquelas intentadas pelo administrador de insolvência destinadas à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores pela diminuição do património integrante da massa insolvente (como vimos, a lei atribui legitimidade exclusiva ao administrador de insolvência para intentar estas

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 278-280. No mesmo sentido, de que o montante está dissociado de um nexo de causalidade com o facto que os gerou, entre outros, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO (MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 143). A autora refere-se, no entanto, a uma situação de responsabilidade ou que pode ser de responsabilidade civil: «Apesar deste enquadramento da responsabilidade societária no processo de insolvência, há vantagens em prever uma responsabilidade insolvencial: é facilitada a atividade probatória dos vários pressupostos constitutivos da responsabilidade civil; é facilitada a prova em matéria de danos indemnizáveis, cujo montante está dissociado de um nexo de causalidade com o facto que os gerou». «Esta dissociação não nos parece, à partida, excessiva, pois a responsabilidade assenta no dolo ou culpa grave, por um lado, e por outro, está circunscrita aos factos praticados nos três anos anteriores à abertura do processo» (*ibidem*, nota 454)».

⁸⁰ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril», cit., pág. 280.

⁸¹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., pág. 288, nota 397: «Esta solução (refere-se à norma do artigo 189.º, n.º 2, al. e) CIRE), introduzida pela Lei 16/2012, de 20 de Abril, efetua um retorno ao sistema do artigo 126.º-A CPEREF, permitindo responsabilizar os administradores pelas dívidas da pessoa coletiva insolvente. Cfr. Adelaide Menezes Leitão, “Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril”, em Catarina Serra (org.), I Congresso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 269-283. Ao contrário, no entanto, do que se exigia nessa disposição, não está previsto na lei a exigência de requerimento do Ministério Público ou de qualquer credor nesse sentido. Rosário Epifânio, Manual, p. 142, e Alexandre Soveral Martins, Um curso, pp. 432-433, invocando o caso paralelo do art. 82.º, n.º 3, b) sustentam não haver lugar neste caso ao pagamento direto aos credores, uma vez que tal violaria o princípio da igualdade entre credores e o regime da graduação de créditos, ingressando antes essas quantias na massa insolvente em benefício de todos os credores.»

⁸² Chamando a atenção para isso, pode ver-se ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril», cit., pág. 273. Sobre o aspeto da não vinculatividade da qualificação da insolvência como culposa, nos termos do disposto no artigo 185.º CIRE, pode ver-se, entre outros, JOSÉ ENGRÁCIO ANTUNES, «O Âmbito Subjetivo do Incidente de Qualificação da Insolvência», cit., págs. 88-89; LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., anotação ao artigo 185.º, ponto 4, pág. 678; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 134.0

ações na pendência do processo de insolvência, garantindo assim a *par conditio creditorum*⁸³; os credores individuais não poderão intentar ou prosseguir *ações sociais de responsabilidade* na pendência do processo de insolvência). Estas ações, tal, aliás, como as previstas nas restantes alíneas do n.º 3 do artigo 82.º, correm por apenso ao processo de insolvência (artigo 82.º, n.º 6 CIRE). Resulta, assim, da norma do artigo 185.º CIRE que a eficácia da qualificação da insolvência como culposa, não só se reduz ao processo de insolvência⁸⁴, como, mesmo nele, os seus efeitos se projetam em termos limitados⁸⁵, já que a questão da qualificação não tem prejudicialidade em relação às ações do artigo 82.º, n.º 3, alínea b) CIRE⁸⁶.

⁸³ Sobre o ponto pode ver-se MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, «A insolvência da sociedade e a responsabilização no ordenamento jurídico português», cit., págs. 472-473. Segundo a autora, a circunstância de a letra da lei do artigo 82.º, n.º 3, alínea b), do CIRE referir os prejuízos causados «à generalidade dos credores da insolvência» releva no sentido de se entender que estão em causa *interesses individuais homogêneos* dos credores da insolvência. A implicar, portanto, que o objeto da acção já não se destine a ressarcir o credor singular, mas sim a incrementar o património ativo 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). Já MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO (MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores das Sociedades por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pág. 480 e segs.) salienta que «(...) na pendência de um processo de insolvência a legitimidade para o exercício judicial destas pretensões que a lei concede a credores sociais por causa da diminuição do património social (património que garante o cumprimento das obrigações do ente social) deve caber, exclusivamente, ao administrador da insolvência. A não ser assim, poderiam pender, simultaneamente, duas ações contra o gerente da mesma sociedade, com base no mesmo facto danoso e para reparação do mesmo dano, uma das quais intentada por um específico credor, a outra pela administração da massa insolvente. O objectivo do legislador, ao prescrever a exigência de exercício exclusivo dos direitos dos credores sociais referidos nessa norma pelo administrador da insolvência, durante o processo de insolvência, prende-se com a eventualidade de o próprio património do gerente responsável ser insuficiente para a satisfação de todos os créditos que não puderam ser satisfeitos pelo património da sociedade – é o de garantir um pagamento proporcional a todos os credores que àquele concorram» (ob. cit., págs. 485-486).

⁸⁴ Para RUI ESTRELA DE OLIVEIRA («Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência», cit., págs. 937-941) «esta autonomia manifesta-se a vários níveis. Desde logo, não é uma autonomia “no sentido causas penais e ações do artigo 82.º, n.ºs 2 e 3 do CIRE - incidente de qualificação da insolvência, mas no sentido incidente de qualificação da insolvência – causas penais e ações do artigo 82.º, n.ºs 2 e 3 do CIRE. Depois, a autonomia tem um “sentido factual” e um sentido “jurídico-conclusivo”, ou seja, “os factos dados por provados no incidente e que fundamentaram a decisão não têm naquelas outras causas e ações qualquer valor específico”, por um lado, e, por outro lado, “o juiz não pode estar sujeito às conclusões jurídicas, designadamente, à qualificação atribuída – se culposa se fortuita”. Assim, o legislador do CIRE pretendeu afirmar a “não prejudicialidade da questão da qualificação relativamente ao processo penal”, pelo que o juiz penal fica “impedido de suspender a prolação da decisão penal com fundamento na pendência de incidente de qualificação da insolvência» (Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 134).

⁸⁵ Criticando esta solução: JOSÉ ENGRÁCIO ANTUNES, «O Âmbito Subjetivo do Incidente de Qualificação da Insolvência», cit., págs. 88-89, nota 27; Manuel Carneiro da Frada, «A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência», cit. Nas palavras daquele autor: «Atendendo à íntima ligação funcional entre as responsabilidades jusinsolvenciais e jussocietárias no caso das sociedades comerciais insolventes, a solução limitativa da lei parece algo criticável do ponto de vista da administração da justiça».

⁸⁶ No que diz respeito concretamente ao efeito de decisões em ações penais sobre o incidente de qualificação, referem LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA: «Sem embargo do que fica exposto, e apesar do silêncio da lei nesta matéria, na eventualidade de ser proferida decisão penal condenatória, ela não pode deixar de produzir efeitos no âmbito dos incidentes de qualificação. Isso mesmo resulta implícito do art.º 300.º» (LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., anotação ao artigo 185.º, ponto 4, pág. 678).

Mas, não é tudo quanto à articulação entre os regimes de responsabilidade societária e concursal de responsabilidade. Com efeito, os factos e pressupostos que dão lugar à responsabilidade concursal podem coincidir com os factos e pressupostos que dão lugar à ação social de responsabilidade *ex* artigo 78.º CSC. Ora, os administradores não podem ser duplamente responsabilizados pelos mesmos factos, independentemente da natureza que se atribua à responsabilidade do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE. Ou seja, ainda que se entenda ter esta norma uma finalidade «sancionatória-punitiva», facto é que a mesma não deixa, ao mesmo tempo, de cumprir uma finalidade ressarcitória, ao fazer o património dos devedores responder em segunda linha, ou a título subsidiário, por dívida(s) da sociedade⁸⁷.

Note-se que não está aqui em causa a questão de saber se continua a fazer sentido a propositura de ações de responsabilidade civil societária, em face do regime do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE⁸⁸. Conforme afirma MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO⁸⁹, pode existir interesse na propositura destas ações, por ex., nos casos em que os danos sofridos pelos credores são superiores ao passivo a descoberto, ou nos casos em que os atos praticados extravasam o limite temporal dos três anos, ou ainda na hipótese de os danos resultarem de uma atuação com culpa leve. Não obstante, existindo uma coincidência entre os créditos peticionados na ação do artigo 82.º, n.º 3, alínea b) CIRE, e aqueles que foram reclamados ou reconhecidos no processo de insolvência⁹⁰ (e correspondendo o pedido ali deduzido exclusivamente ao valor destes créditos – hipótese mais comum), a condenação dos administradores ao abrigo da norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE, desde que sejam os mesmos os sujeitos passivos da ação de responsabilidade e aqueles afetados pela qualificação da insolvência

⁸⁷ No contexto do CPEREF notavam Luís Carvalho Fernandes/João Labareda que as disposições do CIRE sobre responsabilidade dos administradores só se aplicavam quando a responsabilidade dos mesmos não tivesse já sido objeto de decisão judicial anterior ou se não estivesse em curso ação dirigida ao seu apuramento. Concluíam os autores que a responsabilidade dos administradores, regulada pelo CSC, podia ser (pelo menos em alguns casos – aqueles em que não tivesse sido requerida a apensação das ações nos termos do artigo 154.º CPEREF) – efetivada em processo autónomo. Cfr. 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. 348, 351 (MARIA ELISABETE RAMOS, «Insolvência da Sociedade e Efectivação da Responsabilidade Civil dos Administradores», cit., págs. 449-489, e 451-452). Esta possibilidade não existe no quadro do atual CIRE, já que, conforme começámos por notar a lei atribuí legitimidade exclusiva ao administrador de insolvência para as ações a que se refere o artigo 82.º, n.º 3, alínea b) CIRE, que são intentadas no interesse do conjunto de credor (estão em causa, nas palavras de MARIA ELISABETE GOMES RAMOS - «A insolvência da sociedade e a responsabilização no ordenamento jurídico português», cit., págs. 472-473 -, interesses individuais homogêneos dos credores), ações estas que correm por apenso ao processo de insolvência. Sendo declarada a insolvência da sociedade devedora deve ser dentro do processo de insolvência, para garantir a *par conditio creditorum*, que a responsabilidade dos administradores perante os credores sociais deve ser fixada.

⁸⁸ Sobre o ponto: MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pág. 143.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Ou, antes, não existindo créditos peticionados na ação do artigo 82.º, n.º 3, alínea b) que não tenham sido reclamados ou reconhecidos no processo de insolvência.

como culposa, prejudica, do nosso ponto de vista, a condenação dos mesmos nos termos da ação de responsabilidade social, e vice-versa. E isto, vendo bem, independentemente dos factos que integram a causa de pedir daquela ação⁹¹. É verdade que a responsabilidade é, num caso, de primeira linha e, no outro, meramente subsidiária, com reflexos em futura ação executiva para pagamento de quantia certa. Mas nem por isso pode existir, segundo cremos, uma dupla condenação dos administradores a satisfazerem o passivo a descoberto⁹².

Uma vez que as ações a que se reporta o artigo 82.º, n.º 3, alínea b) CIRE não se suspendem com a declaração de insolvência, pode talvez encontrar-se uma solução no instituto da inutilidade superveniente da lide, previsto no 277.º, alínea e) Código de Processo Civil *ex vi* artigo 17.º, n.º 1 CIRE⁹³.

8. Conclusão

A norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE consagra um regime de responsabilidade patrimonial, através do qual os administradores afetados pela qualificação da insolvência como culposa respondem solidária e subsidiariamente perante os credores sociais por dívidas da sociedade (*responsabilidade por dívida alheia*). Independentemente de existir responsabilidade perante os credores sociais nos termos do artigo 78.º CSC, a responsabilização dos administradores nos termos da norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE prescinde, assim, da prova de que os administradores violaram uma disposição legal de proteção, ou que a respetiva violação tenha sido causa da insuficiência do património social⁹⁴. Ou seja, os administradores respondem não pelas consequências

⁹¹ É indiferente, por ex., que esta causa diga respeito a factos praticados em período temporal anterior àquele tornado relevante pela norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea e), se o pedido nela deduzido não exceder o valor do passivo a descoberto.

⁹² Sobre este ponto pode ver-se ALBERTO ALONSO UREBA, «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal», cit., págs. 552 e segs. Entende o autor que o juiz deve impedir a penalização dupla pelos mesmos factos danosos com recurso a um princípio geral de equidade.

⁹³ Deve fazer-se uma ressalva: caso se entenda que o sentido da expressão “até à força dos respetivos créditos” utilizada na norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE é o de que a condenação não pode conduzir a uma situação de insolvência das pessoas afetadas pela qualificação (cf., sobre este aspeto, *supra*, ponto 5) pode ainda vislumbrar-se interesse no prosseguimento da ação do artigo 82.º, n.º 3, alínea b) CIRE, no sentido de obter uma condenação que não se reduza ao montante correspondente ao património daquelas pessoas.

⁹⁴ Neste sentido, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril», cit., pág. 280. CATARINA SERRA («“Decoctor Ergo Fraudator” – A Insolvência Culposa», cit., págs. 65-70) afirma, em relação às presunções das alíneas h) e i) do n.º 2, do artigo 186.º: «(...) nos casos das als. h) e i) do art. 186.º, «só muito remotamente algum dos factos pode ser considerado causa da insolvência ou mesmo do seu agravamento». Nas situações aí contempladas, «é legítimo supor que houve culpa qualificada do sujeito» «no

do facto ilícito por si praticado, mas por uma dívida de outrem (da própria sociedade), em virtude ou por causa da antijuridicidade da sua conduta. Tratando-se de um sócio controlador, administrador de facto, a norma assume assim os contornos de uma verdadeira solução desconsiderante da personalidade jurídica da sociedade⁹⁵.

Por outro lado, existe igualmente uma economia processual na medida em que tudo se passa como efeito da sentença que declara a insolvência culposa, e não como uma ação a propor pelo administrador de insolvência nos termos do artigo 82.º, n.º 3, alínea b) CIRE que corre por apenso ao processo de insolvência⁹⁶. Caso esta ação corra ao mesmo tempo que o incidente de qualificação, e dado que os administradores não podem ser duplamente responsabilizados pelo passivo a descoberto, pensamos que a ação de responsabilidade social, intentada pelo administrador de insolvência ao abrigo da norma do artigo 82.º, n.º 3, alínea b) CIRE, se deverá extinguir, por inutilidade superveniente, no caso de o pedido nela deduzido não ultrapassar o montante do passivo a descoberto⁹⁷, e de ser proferida sentença de qualificação da insolvência como culposa, com a

acto praticado ou omitido», mas «não na insolvência», como é exigido pelo n.º 1 do citado normativo. Contudo, uma vez verificada alguma das condutas discriminadas naquelas alíneas, desencadeiam-se os mesmos efeitos da insolvência culposa. ... Pois bem.. dir-se-á que, nos casos das als. h) e i) do n.º 2 do artigo 186.º, o legislador terá decidido «submete-los ao regime da insolvência culposa não porque eles pudessem ser a causa (rela ou presumível) da insolvência, mas porque a probabilidade de o sujeito ter praticado um acto ilícito gravemente censurável justificava submete-los também». (...) Afigura-se, assim, que a aplicação do regime a estas situações é determinada, fundamentalmente, pela «violação ilícita e culposa de deveres legais». Por isso, deve considerar-se que o legislador estabeleceu, quanto aos comportamentos descritos nas als. h) e i) do n.º 2 do art. 186.º, não presunções, mas «verdadeiras» ficções, equiparando «algo que era desigual, com a finalidade de aplicar o regime a situações que não são do tipo». Já CARNEIRO DA FRADA («A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência», cit., págs. 687 e segs.), a propósito das mesmas presunções afirma: «(...) a circunstância de não ser admitida a prova em contrário não é, em geral, «excessiva», justificando-se «como forma enérgica de dissuadir ou prevenir condutas indesejáveis» que, segundo as regras da experiência comum, «são susceptíveis de ocasionar insolvências e estão com elas intimamente ligadas». E o mesmo Autor remata que isso é que «justifica a declaração da insolvência como culposa sem necessidade de mostrar a ligação entre a conduta censurada e a concreta insolvência ocorrida (vedando a prova em contrário ou aceitando que a superveniência de elementos fortuitos que co-determinaram a insolvência não exclui essa insolvência culposa)» (obra cit., pág. p. 697).

⁹⁵ Neste sentido, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores das Sociedades por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., págs. 490-491, e CATARINA SERRA, «Desdramatizando o afastamento da personalidade jurídica», in *Julg. n.º 9, Set.-Dez. 2009*, Lisboa, págs. 111-130, pág. 128. Nas palavras da primeira autora: «A diferença fundamental entre as situações previstas no artigo 186.º do CIRE e aquelas apontadas pelos defensores da teoria exposta é que, enquanto a norma em análise se dirige aos “administradores, de direito ou de facto”, a doutrina que defende a consequência jurídica *Haftungsdurchgriff* se destina a comportamentos dos sócios. Simplesmente, a segunda situação está contida na primeira, desde que se entenda que a noção de administrador de facto é suficientemente lata para abranger os casos em que um sócio exerce, directa ou indirectamente, funções de gestão na sociedade, ainda que só pontualmente sejam reconhecíveis actos que o comprovem: isto, porque ao conceito de administração de facto deve estar ligada a existência de “domínio” da sociedade, situação que permite que alguém que não é administrador (por exemplo, um sócio), não o sendo, consiga fazer com que a sociedade se vincule ou actue neste ou naquele sentido, de forma regular ou esporádica».

⁹⁶ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril», cit., págs. 282-283.

⁹⁷ Sendo os mesmos os administradores réus nesta ação e aqueles afetados pela qualificação da insolvência como culposa.

consequente aplicação da norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE. Sendo certo, por identidade de razão, que a prévia condenação dos administradores no âmbito desta ação deve, com a mesma condição, vedar a condenação dos mesmos nos termos da norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) CIRE.

Bibliografia

ANTUNES, José Engrácio, «O Âmbito Subjetivo do Incidente de Qualificação da Insolvência», *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 1, 2017, Almedina, págs. 77-105.

BÁRCENA, Fernando Marín de la, *Comentário a la Ley Concursal*, Juana Pulgar Ezquerra (Dir.), Madrid, 2016, Wolters Kluwer, anotação aos artigos 163.º-175.º, págs. 1770-1872.

___ «Calificación concursal y responsabilidad de administradores sociales», in *Manual de Derecho concursal*, Juana Pulgar Ezquerra (Dir.), Andrés Gutiérrez Gilsanz, Fco. Javier Arias Varona e Javier Megías López (Coord.), Wolters Kluwer, Madrid, 2017, págs. 379-405.

BRANCO, José Manuel, *RDI*, n.º 1, abril 2016, págs. 22-23.

CASIMIRO, Sofia Vasconcelos de, *A responsabilidade dos gerentes e administradores e directores pelas dívidas tributárias das sociedades comerciais*, Coimbra, Almedina, 2000.

CORDEIRO, António Menezes, *Da responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex, Lisboa, 1997.

DUARTE, Rui Pinto, «Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE», em Catarina Serra (org.), *III Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2015, págs. 151-173.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 2016, 6.ª ed., Almedina.

FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª ed., Quid Juris, 2015.

FERNANDES, Luís Carvalho, «A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor», *Themis*, Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial (2005) – Novo Direito da Insolvência – págs. 81-104.

FRADA, Manuel Caneiro da, «A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência», in *ROA*, Ano 66, setembro de 2006, Tomo II, págs. 691-692.

___ «A responsabilidade dos administradores perante os credores entre o Direito das Sociedades e o Direito da Insolvência», em Catarina Serra (org.), *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2017, págs. 193-202.

- GÁNDARA, Luis Fernández de la, «La responsabilidad concursal de los Administradores de Sociedades de capital», in *Comentarios a la Ley Concursal*, Luis Fernández de la Gándara e Manuel M.^a Sánchez Álvarez (Coord.), Colección Garrigues, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2004, págs. 701-721.
- LEITÃO, Adelaide Menezes, «Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril», I Congresso de Direito da Insolvência, Catarina Serra (Coord.), 2013, Almedina, págs. 269-283.
- LEITÃO, Luís M. T. Menezes, *Direito da Insolvência*, 2018, 8.^a ed., Almedina.
- MARTINS, Alexandre Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- MONTALENTI, Paolo, «Riflessioni in tema di persona giuridica», in *Persona Giuridica, Gruppi di Società, Corporate Governance. Studi in Tema di Società per Azioni*, Cedam, Padova, 1999, 1-33.
- OLIVEIRA, Rui Estrela de, «Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência», *O Direito*, Ano 142.º (2010), V, págs. 931-987.
- PAIXÃO, José Pedro Silva, Comentário ao Acórdão da Relação de Lisboa de 22/01/2008 (Relatora: Graça Amaral), Processo n.º 10141/2007-7), *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano IX-2012, págs. 325-363.
- PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Almedina, 2013.
- RAMOS, Maria Elisabete, «Insolvência da Sociedade e Efectivação da Responsabilidade Civil dos Administradores», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, págs. 449-489.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, *A Tutela dos Credores das Sociedades por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2008.
- SERRA, Catarina «”Decoctor ergo fraudator” – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) – Anotação ao Ac. Do TRP de 7.1.2008», in *Cadernos de Direito Privado*, 2008, n.º 21, págs. 54-71.
- ___ «Desdramatizando o afastamento da personalidade jurídica», in *Julgar*, n.º 9, Set.-Dez. 2009, Lisboa, págs. 111-130.
- ___ *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010.
- SUBTIL, A. Raposo, ESTEVES, Matos, ESTEVES, Maria José e MARTINS, Luís M., *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, 2.^a edição, Porto, Vida Económica, 2006.
- UREBA, Alberto Alonso, «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal», in *Derecho Concursal, Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 e de la Ley 8/2003, para*

la reforma concursal, R. García, A. Alonso Ureba e J. Pulgar Ezquerro (Dir.), Editorial Dilex., S.L., págs. 505-564.

