



Universidade do Minho
Escola de Direito

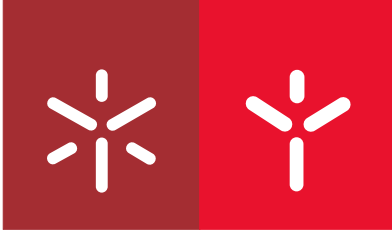
Fábio da Silva Veiga

**A Responsabilidade Civil dos
Administradores na Insolvência**

Fábio da Silva Veiga **A Responsabilidade Civil dos Administradores na Insolvência**

UMinho | 2013

outubro de 2013



Universidade do Minho
Escola de Direito

Fábio da Silva Veiga

A Responsabilidade Civil dos Administradores na Insolvência

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho realizado sob a orientação da
Professora Doutora Catarina Serra
e do
Professor Doutor Nuno Manuel Pinto Oliveira

outubro de 2013

Nome

Fábio da Silva Veiga

Endereço electrónico: fabiojus@gmail.com

Telefone: 913399353

Número do Passaporte: CZ508292 (República Federativa do Brasil)

Título:

A Responsabilidade Civil dos Administradores na Insolvência

Orientadores:

Professora Doutora Catarina Serra

Professor Doutor Nuno Manuel Pinto Oliveira

Ano de conclusão: 2013

Designação do Mestrado:

Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, 02/10/2013

Assinatura: _____

RESUMO

O objetivo proposto nesta obra foi elaborar uma pesquisa em torno das previsões normativas que expõe as condutas proibitivas dos administradores no exercício do poder de administração, e conseqüentemente, a revelação normativa no que tange às sanções pela má prática da gestão societária. Tais práticas serão analisadas na órbita do Direito da Insolvência numa análise sistemática com as regras comercialistas, fundamentando-se a responsabilidade civil dos administradores na ligação entre o comportamento exigido e o resultado de sua inobservância no âmbito do processo de insolvência.

Palavras-chave: Responsabilidade civil dos administradores; Insolvência societária; Crise da Empresa.

ABSTRACT

The proposed objective in this work was to develop a search around the normative predictions that exposes the prohibitive conduct of directors in the exercise of management, and consequently, the disclosure rules regarding penalties for bad practice of corporate management. Such practices will be analyzed in the orbit of the Insolvency Law on systematic analysis with business rules, building upon the civil liability of directors on the link between the behavior required and the result of his failure in the insolvency proceedings.

Keywords: Liability of directors, corporate insolvency, the company's crisis.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais:

Pr. Paulo Veiga
Maria Veiga

“Porque onde estiver o vosso tesouro, aí estará também o vosso coração”.

[Mateus 6:21]

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me guiado em terras dantes desconhecidas, pelo Amor e pelo cuidado, a Ele o meu maior agradecimento.

Um agradecimento especial aos meus queridos orientadores, Professora Doutora Catarina Serra e Professor Doutor Nuno Manuel Pinto Oliveira. A vossa ajuda foi essencial para a minha formação, serão o meu referencial a perseguir. O desenvolvimento e aperfeiçoamento deste trabalho só foram possíveis graças à vossa perseverança e confiança neste orientando. Muito obrigado pela gentileza no trato pessoal, nas inúmeras conversações por *e-mail*, nas reuniões, no apoio e motivação, e especialmente pela atenção direcionada à revisão pormenorizada durante todo o percurso desta obra. Dei-lhes um bocado de trabalho, muito obrigado!

Não poderia deixar de sublinhar um agradecimento à Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, com especial relevo aos bibliotecários que me auxiliaram durante os quase três anos que frequentei aquele distinto recinto.

Agradeço em igual proporção, à Escola de Direito da Universidade do Minho. Obrigado pelo aceite em fazer-me aluno desta Digníssima Escola, pois é uma honra gravar o nome desta tão nobre instituição na minha história académico-profissional.

“Obrigado mãe, a senhora foi um pilar para me manter firme nesta luta. Devo o resultado deste trabalho ao seu sacrifício e às suas orações”.

Não temos dúvidas de que o melhor da vida está nas boas pessoas que cruzam o nosso caminho, e neste sentido agradeço imensamente a Eliana Santana Lisbôa, que mesmo finalizando o seu Doutoramento em Educação disponibilizou um enorme tempo e paciência para me ajudar nos ajustes formais desta dissertação.

Certamente este Mestrado não teria sido o mesmo se eu não tivesse contado com a amizade e a companhia da Amanda Lúcia Araújo Laranjeira. Em tantos momentos e partilha de experiências a sua amizade foi fundamental no primeiro ano do curso. Muito obrigado, Amanda, estará sempre nas boas lembranças de Portugal e da Universidade do Minho.

Agradeço a todas as pessoas (e foram muitas) que de um modo ou de outro compartilharam as suas vidas neste tempo de estudo e esforçaram-se para dividir o melhor de si comigo, seja dentro ou fora da universidade. Seguramente, este trabalho tem uma parte de cada um de vocês.

ABREVIATURAS

- A. – Autor(a)
Ac. – Acórdão
AI – Administrador da Insolvência
AktG – Lei alemã sobre sociedades anónimas e em comandita por ações, de 6 de setembro de 1965
al. – alínea
apud – citado por (citação indireta)
art. / arts. – artigo / artigos
CC / CCiv. – Código Civil
Cfr. – confronto / confira
CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
Coord. – Coordenador(a)
CPC – Código de Processo Civil
CPEREF – Código dos Processos Especiais e de Recuperação da Empresa e de Falência
CRP – Constituição da República Portuguesa
CSC – Código das Sociedades Comerciais
DL – Decreto-Lei
EBOR – European Business Organization Law Review
ed. – edição
et al – e outros [autores]
IA - Insolvency Act (Direito britânico)
ibidem – mesma obra
idem – mesmo autor
InsO – Insolvenzordnung (Lei alemã da insolvência)
LC – Ley Concursal (Lei espanhola da insolvência)
LGT – Lei Geral Tributária
n.º – número
N.T. – Nossa Tradução
ob. cit. – obra citada
p. – página(s)
PER – Processo Especial de Revitalização
p. ex. – por exemplo
ss. – seguintes
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
TC – Tribunal Constitucional
últ. ob. cit. – última obra citada
v.g. – *verbi gratia*

INDICE

INTRODUÇÃO.....	13
1. OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES SOCIETÁRIOS	15
1.1. Considerações preliminares	15
1.2. Deveres dos administradores	16
1.2.1. O dever de administração	21
1.2.2. O dever de lealdade	24
1.2.3. O dever de legalidade dos administradores	27
1.3. A <i>business judgement rule</i> e o art.64.º do CSC	28
1.4. Considerações finais	31
2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES	33
2.1. Considerações preliminares	33
2.2. Análise da ilicitude e da culpa no art. 64.º	34
2.2.1. O risco empresarial.....	37
2.3. A responsabilidade dos administradores perante a sociedade no direito societário português (art. 72.º do CSC).....	39
2.4. A responsabilidade dos administradores perante os credores sociais	41
2.5. A responsabilidade dos administradores perante sócios e terceiros	47
2.6. Os titulares do direito à indemnização	48
2.7. Considerações finais	49
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES NA INSOLVÊNCIA	51
3.1. Comportamentos precedentes que fundam a responsabilização dos administradores.....	51
3.2. Do CPEREF ao CIRE: diminuição da tutela dos credores?	53
3.3. Efeitos gerais da insolvência sobre os administradores.....	55
3.4. A insolvência culposa: considerações à aplicação das novas regras	58
3.4.1. Distinção entre insuficiência patrimonial (art. 78.º do CSC) e insolvência – para a atuação dos credores sociais no processo de insolvência	62
3.5. Apuramento da responsabilidade dos administradores por via da insolvência culposa.....	65
3.6. A efetivação da responsabilidade civil dos administradores na insolvência	71
3.6.1. A insolvência culposa	73
3.6.2. Efeitos sobre os administradores	75
3.6.2.1. Inibição	75
3.6.2.2. Perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente	77
3.6.2.3. Obrigação de indemnização	77

3.7. Lacunas na lei: há outras soluções?	78
3.8. O «cuidado» com o capital social na atuação dos administradores.....	79
3.9. Considerações finais	81
4. A REVITALIZAÇÃO DA EMPRESA E A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES	83
4.1. Revisão de paradigmas	83
4.2. O dever de (re)negociação dos administradores na fase da revitalização	85
4.2.1. Processo Especial de Revitalização	86
4.2.2. Homologação de acordos extrajudiciais de recuperação dos devedores	91
4.3. Considerações finais	92
5. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES	95
5.1. Fundamentos e ligação com a responsabilidade societária	95
5.2. Encontrando a morada da desconsideração da personalidade jurídica.....	97
5.3. A descapitalização da sociedade e os casos de responsabilidade pela “desconsideração da personalidade jurídica”	101
5.4. A primazia das regras de responsabilização e a subsidiariedade da desconsideração da personalidade jurídica.....	104
5.5. A mistura patrimonial como caso de responsabilidade por desconsideração da personalidade jurídica.....	107
6. CONCLUSÕES	109
BIBLIOGRAFIA	113

INTRODUÇÃO

O trabalho proposto por nós versa eminentemente sobre o regime jurídico da responsabilidade dos administradores. Uma responsabilidade adveniente da contradição entre a lógica do sistema jurídico-empresarial que se embasa na separação do património societário em divergência ao património pessoal de seus agentes económicos. Num plano mais específico, concilia-se esta responsabilidade e seus requisitos numa aplicação à empresa em situação de crise, exteriorizada no campo jurídico pela insolvência da sociedade comercial¹.

De modo a integrar a sistemática da investigação, o estudo observará que a responsabilidade dos administradores na insolvência está alinhada a factos considerados dolosos e culpáveis que culminarão na insolvência da sociedade. Estes factos são previsíveis nas normas como aqueles que contrariam a proteção dos credores sociais.

No quadro geral dos deveres dos administradores, destacamos que na atividade típica dos administradores – a gestão societária – os mesmos tem o dever de adotar determinados comportamentos conforme o sentido das normas jurídicas. Assim sendo, discutir-se-á sobre a aplicabilidade do standard legal que define o padrão a ser seguido no curso das decisões de gestão. Os administradores deverão observar certos deveres e perfilhar o caminho juridicamente definido para sua concretização. A inobservância dessas diretrizes dará lugar à responsabilidade, tendo em conta que a violação destes deveres expõe a ilicitude e a culpa.

Foi averiguado que na insolvência os deveres dos administradores estão plasmados em condutas que põem em risco o direito creditício dos credores sociais. Assim, serão analisadas as condutas que colocam em risco a própria atividade societária, como a diminuição do património social, o desvio de património, a ocultação de informações relevantes aos credores sobre a realidade financeira societária, e, de especial modo, a decisão dos administradores em permanecer com a atividade social mesmo da ciência da crise da empresa cuja consequência é os prejuízos aos credores sociais.

Num estudo sistemático, visualizando a integração das normas jurídico-societárias de responsabilização com as normas do direito de insolvência, examinou-se que com a constatação da violação das normas de proteção dos credores sociais, no âmbito da

¹ A insolvência se apresenta neste estudo sob a sua mais simples forma conceitual, aquela atinente às sociedades como sendo suscetível de ocasionar os diversos danos que ora atingem os sócios, os trabalhadores, os credores e num sentido mais lato, os danos que tem um impacto no interesse público (na sua conceção económica). Nesse sentido, «os credores, por exemplo, não conseguem amiúde cobrar os seus créditos, pelo menos na íntegra, os sócios são confrontados com a dissolução da sociedade e a liquidação do respectivo património, vendo esfumar-se o valor das suas participações sociais, os trabalhadores perdem, em consequência da extinção da empresa, os seus postos de trabalho e, com eles o meio de sustento próprio e das suas famílias». Vide FRADA, Manuel A. Carneiro. “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, II, Lisboa, 2006, p. 654.

insolvência, abre-se a possibilidade de os interessados acionarem a responsabilidade dos causadores desta. Para isso, algumas questões se levantaram, tais como a prova da existência da insolvência culposa. A lei especifica os requisitos e as presunções. Neste peculiar, surgiram discussões sobre o momento em que se pode pedir o incidente de qualificação de insolvência, que é o pressuposto processual para se verificar a insolvência culposa e que desencadeia o dever de indemnização dos afetados.

Nesta última colocação, houve inovação trazida pela Lei 16/2012, de 20 de abril, que alterou matérias do CIRE, neste sentido estudou-se a reformulação do julgamento da responsabilidade dos afetados pelo incidente de qualificação da insolvência. A reformulação legal foi no sentido de atrair a competência sobre o julgamento da responsabilidade civil dos administradores para dentro do processo de insolvência, rejeitando-se o que fora proposto desde a conceção do CIRE, cujas lides de indemnização de dano aos credores eram julgadas em processo autónomo.

Ainda no campo da responsabilização dos administradores, tivemos a intenção de iniciar algum estudo num terreno pouco explorado, tendo em conta a inovação trazida pela Lei 16/2012, de 20 de abril: a responsabilidade dos administradores na revitalização da empresa. Neste peculiar, precisamente buscamos identificar princípios orientadores que culminam na responsabilização dos administradores em sede de pré-insolvência.

Com o propósito de conciliar estudos afins à responsabilidade dos administradores, julgamos imperioso avançar por institutos que perfilham os mesmos princípios da responsabilização, tal como o estudo referente à desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade dos administradores, porém não como uma especificidade da responsabilidade dos administradores na insolvência, mas a sua ligação com as normas contendo presunções absolutas da declaração de insolvência culposa (n.º 2, art. 186.º, do CIRE), neste sentido, a desconsideração reencontrar-se-ia com os elementos da insolvência.

1. OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES SOCIETÁRIOS

1.1. Considerações preliminares

À luz do regime jurídico de responsabilidade civil pela administração de sociedades, os administradores podem ser responsabilizados: a) pela sociedade, relativamente à violação culposa de deveres legais ou estatutários (arts. 71.º, 72.º, n.º 1); b) por credores da sociedade, pela insuficiência do património social provocada pela violação de normas legais de proteção dos credores sociais (art. 78.º, n.º 1); c) por sócios e terceiros, nos termos gerais, pelos danos que os administradores diretamente houverem causados no exercício das suas funções (art. 79.º, n.º 1), todos do CSC. O leque do regime jurídico de responsabilização dos administradores estende-se a outros riscos, em menor escala, como a aplicação de sanções penais, aplicação de coimas, demandas em razão da responsabilidade tributária subsidiária² ou até da responsabilidade financeira^{3 4}.

Entretanto, há que se referir que os deveres pelos quais os administradores hão-de observar no exercício de suas funções não podem ser especificados em *elenco legal fechado*⁵. Pois são tantas e múltiplas situações com que os administradores se deparam, são tantos e tão diversos os atos que têm de realizar, que tal elenco é, manifestamente, impossível. Há, contudo, um dever que engloba toda atividade de administração, denominado na doutrina clássica⁶ como *dever de diligência*. Dito dever impõe ao

² Na temática da responsabilidade tributária subsidiária dos administradores, *vide* reflexão publicada por nós: VEIGA, Fábio da Silva. “A responsabilidade tributária por violação dos deveres de administração”, *in Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano I, vol. 9, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 5753-5765. Dentro deste assunto, *vide* RIBEIRO, João Sérgio. “Ainda a responsabilidade tributária dos administradores, diretores e gerentes: as presunções e o exercício efetivo do cargo”, *in Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXI, n.º 329, Universidade do Minho: Braga, 2012, p. 269-274. *Vide* também SERRA, Catarina. “Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores – dois problemas no contexto da insolvência de sociedades”, *in Direito das Sociedades em Revista*, out. 2012, ano 4, vol. 8, Almedina: Coimbra, p. 75-101.

³ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. “Administradores de sociedades anónimas e o dever legal de garantir a responsabilidade”, *in Direito das Sociedades em Revista*, ano 3, vol. 5, Almedina: Coimbra, março 2011, p. 61-62.

⁴ A respeito da responsabilidade financeira, *vide* estudo de ROCHA, Joaquim Freitas da & GOMES, Noel. “Da responsabilidade financeira”, *in Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXI, n.º 329, Universidade do Minho: Braga, 2012, p. 293-323. Já na esfera da responsabilidade financeira dos gestores públicos, *vide* CARMO, João Franco do. “Responsabilização financeira efectiva por jurisdição especial”, *in Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 32, outubro-dezembro de 2007, Escola Superior de Gestão: Lisboa, p. 77-107.

⁵ Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho. “Responsabilidade Civil de Gerentes e Administradores em Portugal”, *in Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, COELHO, Fábio Ulhoa (coord.) & RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). Almedina: Coimbra, 2012, p. 133.

⁶ Cfr. VENTURA, Raúl; CORREIA, Luis Brito. “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades

administrador o uso de certo grau de diligência, quer dizer, certo grau de esforço (tensão de vontade) no sentido de descobrir os atos adequados ao fim imposto e de como deverão ser concretizados.

1.2. Deveres dos administradores

Os administradores das sociedades têm, no essencial, dois deveres ou poderes-deveres: o de gestão e o de representação. O artigo 64.º reporta-se, antes, ao modo de concretização desses dois deveres e, ainda, de todas as restantes obrigações que lhes advenham da lei ou dos estatutos⁷.

A atual versão do artigo 64.º, n.º 1, do CSC consagra os deveres fundamentais dos administradores⁸, considerando MENEZES CORDEIRO tais deveres o culminar das

anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas – estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português”, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 192, janeiro de 1970, Portugal, p. 95 e ss.

⁷ Cfr. Cordeiro, António Menezes. *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2.ª ed., p. 252.

⁸ Do Código das Sociedades Comerciais, extrai-dos artigos 72.º, n.º 1 e n.º 2; 78.º, n.º 1 e 79.º n.º 1, as previsões de responsabilidade dos administradores perante a sociedade, os credores sociais e os sócios e terceiros, respetivamente. Segundo a doutrina de MENEZES CORDEIRO (*Da responsabilidade civil dos administradores de sociedades comerciais*, LEX, Lisboa, 1997, p. 493), o primeiro dos três configura hipótese de imputação obrigacional consoante o texto: «os gerentes, administradores ou directores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa». Nesse sentido, o A. concerta que o termos “deveres contratuais ou deveres legais” estão equiparados, sobretudo, na presunção de “culpa”, o que colocam-nos na esfera de concretização do artigo 799.º do Código Civil. Percebe-se, portanto que o A. entende que os deveres adstritos nesta norma estão vinculados às obrigações dos administradores com a sociedade, num sentido autónomo à própria sociedade, cujas exigibilidades são assistidas por esta. Poder-se-á falar, neste caso, de obrigações funcionais dos administradores para com a sociedade. Retira-se a normativa dos “deveres legais” da própria lei, dando relevância ao CSC. Os deveres contratuais são discriminados habitualmente pelos estatutos sociais, contratos sociais, deliberações sociais, ou em “contratos de administração”. O vocábulo “contratual” mencionado na lei poderá ser interpretado em casos excepcionais no sentido de “privado” por oposição a legal. De momento caberia refletirmos a respeito da imputação delitual de ato cometido pelo administrador que ocasione dano à sociedade. Levando-se em consideração os termos gerais do artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil, poder-se-á considerar afirmativa a imputação delitual pelos danos advindos da administração societária, pois a imputação delitual opera sob a base dos deveres genéricos, ou seja, deveres que, apenas caso a caso, poderão ser configurados. De outro lado, a imputação obrigacional, é objeto de deveres específicos, posto que funciona perante a violação de normas específicas, ou seja, de normas que por si, orientam a conduta a adotar ou a evitar (*últ. ob., cit.*, p. 488). Por assim dizer, estaria os administradores em situação de imputação delitual nos casos em que se envolvessem com a não observação dos deveres gerais, como é o caso da boa fé e conforme a casuística poder-se-ia configurar a sua infração. Ao revés, em situações de obrigações específicas onde há vínculos jurídicos específicos entre os administradores e os sócios ou terceiros, dar-se-ia lugar à imputação obrigacional. Vale estampar que a tutela delitual (proteção do dever de não causar prejuízo a outrem) dos sócios e dos terceiros pode prevalecer-se das normas de proteção, nos termos gerais. Nesse sentido assevera MENEZES CORDEIRO que «A tutela jurídica, seja ela qual for, é, sempre, material. Daí que, perante um determinado resultado, pretendido pelo Direito, se constituam, em face de cada situação, deveres instrumentais, destinados a salvaguardar a finalidade jurídica íntima. Quando tais deveres visem o reforço das obrigações, temos deveres de protecção, derivados da boa fé» (*últ. ob. cit.*, p. 487). Para finalizar o entendimento da relevância da separação substancial entre deveres específicos e genéricos dos administradores, devemos

regras relativas à governação societária ⁹. Dessa primeira matriz da esfera da governação resulta a separação entre os deveres de cuidado e deveres de lealdade ¹⁰, que

deixar clarividente que os primeiros conferem imputações obrigacionais, e, portanto, há a exigibilidade de pelo menos um ato específico de inobservância por parte dos administradores, enquanto o segundo confere a imputação delitual atinente aos deveres genéricos de conduta, e neste caso a norma sempre exigirá a complementação de outros preceitos para apurar uma regra de conduta. É o caso do artigo 64.º do CSC que fixa o dever de cuidado, uma norma geral (ou acessória, conforme a interpretação doutrinária) e que, por conseguinte, na opinião de MENEZES CORDEIRO (*ult. ob. cit.*, p. 497) não pode servir de critério de concretização tão-só, mas depende de outras normativas, conforme a casuística, para tipificar a culpabilidade (obrigações de indemnizar).

⁹ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64 n.º1, do CSC)”. in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornada em homenagem ao professor Raúl Ventura*. Almedina: Coimbra, 2007, p. 21.

¹⁰ Antecipando a leitura, referimo-nos a citações condizentes aos deveres fundamentais dos administradores que podem reconduzir-se a três categorias nomeadamente: o “dever de cuidado”, o “dever de diligência” e o “dever de lealdade”. O dever de cuidado (*duty of care*), consagrado no art. 64.º n.º 1, alínea *a*, do CSC, e é entendido por ABREU, J. M. Coutinho de, (“Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social”, in *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, colóquios, n.º3, Almedina, Coimbra, 2007, p. 19) no sentido de que, «os administradores hão-de aplicar nas actividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza as funções, as competências específicas e as circunstâncias». Relativamente a este dever, entende ALMEIDA, António de, (*Sociedades Comerciais*, 4ª ed, Coimbra Editora: Coimbra, 2006, p. 224) que ele se inicia no momento da aceitação das funções de administração, no sentido, de que «as pessoas nomeadas para o cargo de administrador devem verificar, antes da aceitação, se reúnem a competência técnica e disponibilidade para assegurar as funções para que foram designados». Nesse sentido, salienta o mesmo Autor que uma vez aceites as funções, o administrador tem o dever de *conhecimento* dos assuntos sociais que se desdobra em duas obrigações: a primeira consiste na obrigação de acompanhar e vigiar a atividade social -, impõe o dever de instalar sistemas adequados de vigilância e controlo da informação (*monitory procedures*) e de realizar uma investigação quando tome conhecimento de factos anómalos (*duty of inquiry*); a segunda obrigação consiste em obter a informação necessária para o habilitar a tomar uma decisão ponderada (*process dure care*) -, isso significa que deverá ser avaliada, por um lado, em função da complexidade, do grau de risco da decisão e da urgência e necessidade da rapidez da decisão. O retrocitado A., associa o dever de diligência à obrigação de gestão em que o padrão de referência circunscreve-se à figura abstrata de um *gestor criterioso e ordenado* tendo em conta as importantes funções atribuídas aos administradores, está consagrado no art. 64.º, n.º 1, alínea *a*, *in fine* do CSC (*ult. ob. cit.*, p. 223). Em termos genéricos, CORDEIRO, António Menezes, (*Manual de Direito Comercial*, 2ª ed., Almedina: Coimbra, 2007, p. 405) define a lealdade como a *atuação de quem aja de acordo com uma bitola correta e previsível*. A relação de lealdade envolve uma relação de confiança assentando em dois elementos: a previsibilidade da conduta e a sua correção. No âmbito do Direito das Sociedades, a lealdade é entendida como o «conjunto de exigências relativas básicas do sistema, em cada situação concreta» (CORDEIRO, António Menezes, *ult. ob. cit.*, p. 825). Trata-se de um ponto que se concretiza perante a sociedade e perante os sócios, competindo agora verificar o seu papel em face dos administradores. A situação jurídica dos administradores é integrada por um Dever de Lealdade para com a sociedade. CORDEIRO, António Menezes (*Da boa fé do Direito Civil*, Almedina: Coimbra, 1997, p. 586-631) realça o dever de lealdade como um *dever acessório de conduta* ou na sua expressão designada “dever acessório de lealdade”. Realça que este tipo de deveres «obrigam as partes na pendência contratual absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por ela designado», sendo que tais deveres baseiam-se na boa-fé. Nesse sentido, o dever de lealdade decorre do princípio da boa fé que está consagrado no art. 762.º n.º 2 do Código Civil que consagra a boa fé objetiva entendida como a “regra imposta do exterior que as pessoas devem observar”. A doutrina permite apontar diversas situações em que, por referência à *lealdade*, surgem atuações proibidas dos administradores para

também era identificado no §93 da AktG germânica. Neste último ordenamento o conteúdo dos deveres de cuidado está explicitado com recurso à fórmula de diligência de um gestor criterioso e ordenado. Apesar de se concordar com a afirmação de que a origem dos *duties of care* é anglo-americana¹¹, notamos que no sistema societário português, no que se refere a este tema, também há forte inspiração do direito germânico.

Contudo, torna-se essencial entender, à luz do direito positivo português, a distinção dos deveres de cuidado e deveres de lealdade (constantes no art. 64.º do CSC), e, num segundo passo, verificar a natureza jurídica da responsabilidade dos administradores. Menciona-se ainda, que não será possível analisar a natureza da responsabilidade dos administradores sem a sua conjugação com a leitura do art. 64.º, n.º 1, do CSC, pois a relevância desta disposição ultrapassa a matéria de responsabilidade, mas não se obnubila que é através dela que se procede a um recorte da ilicitude pela formulação normativa da densificação de deveres que caracterizam a situação jurídica do administrador¹².

Sublinhamos que é a própria lei que recorta os deveres jurídicos, que são independentes de qualquer relação entre o administrador e a sociedade, pelo que se impõem mesmo em caso de invalidade contratual e em situações de administração de

com a sociedade. CORDEIRO, António Menezes (*Manual de Direito Comercial*, 2ª ed., Almedina: Coimbra, 2007, p.826) salienta que estas proibições encontram uma base jurídico-positiva no princípio geral da boa fé: em que o administrador encabeça um vínculo material que deve respeitar. As exigências do sistema visam o aproveitamento desse vínculo com fins alheios às situações consideradas; designadamente, os “fins pessoais do administrador ficarão sempre aquém dos da sociedade”. As proibições mais óbvias, muitas vezes, sancionadas de modo expresso, pelas leis são: a proibição da concorrência (Dever de não concorrência), proibição de não apropriação das oportunidades de negócios e a proibição de divulgar segredos societários (Dever de sigilo). *Vide* também sobre os deveres de lealdade, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora: Coimbra, 2011, p. 190-191.

¹¹ Nesse sentido LEITÃO, Adelaide Menezes. “Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais”, in *Revista de Direito das Sociedades*, ano I, n.º 3, Almedina: Coimbra, 2009, p. 660. FRADA, Manuel António Carneiro. “A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais – Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Almedina: Coimbra, 2007. p. 61-102; CORDEIRO, António Menezes. “Os deveres fundamentais dos administradores de sociedades”, in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais – Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Almedina: Coimbra, 2007. p. 22-23; VASCONCELOS, Pedro Pais. “Business judgement rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 1, vol. 2, Almedina: Coimbra, outubro de 2009, p. 50. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores – entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina: Coimbra, 2010, p. 89-100. Na p. 107 a última Autora reforça a ideia, no sentido de que «a Reforma de 2006 acrescentou a influência anglo-saxónica dos deveres de cuidado e de lealdade. O art. 64.º apresenta-se ao intérprete e aplicador do direito como um políptico de influências que suscita a diversidade de leituras e torna particularmente complexa a tarefa de harmonização dos vários elementos constituintes»; NUNES, Pedro Caetano. *Responsabilidade Civil dos Administradores Perante os Accionistas*, Almedina: Coimbra, 2001, p. 19-33.

¹² Cfr. LEITÃO, Adelaide Menezes, *ob. cit.*, p. 660.

facto^{13 14}.

Por conseguinte, seguindo os ensinamentos de MENEZES CORDEIRO é de se considerar que a posição jurídica, no seu conjunto, dos administradores, caracteriza-se com um estado (*status*)¹⁵. Esta situação jurídica é complexa e compreensiva, que abrange um conjunto de direitos e deveres. De acordo com ADELAIDE MENEZES LEITÃO¹⁶ «a gestão, a administração e a representação da sociedade dever-se-ão qualificar como poderes-deveres, com uma dimensão funcional, e não verdadeiramente como estritos deveres em sentido técnico-jurídico»¹⁷. Estes poderes-deveres são, na acepção societária, condizentes aos poderes funcionais e são potestativos, o que significa que se caracterizam como situações jurídicas absolutas, não originando quaisquer direitos corresponsivos por parte da sociedade¹⁸. Nestes termos, a Autora considera que os deveres de cuidado e de lealdade configuram aspetos de passividade e de adstrição no exercício de posições jurídicas ativas, como o são a gestão, a administração e a representação¹⁹ societárias. Estes deveres surgem desse modo, como espaços de vinculação que visam a tutela do próprio ente societário, para além de outros interesses que podem relevar enquanto interesses reflexos, v.g. os interesses dos sócios,

¹³ Maiores detalhes sobre a responsabilização dos administradores de facto, *vide* COSTA, Ricardo. “A responsabilidade civil pelo exercício da administração social no CSC e a administração de facto”, *in* *Temas Societários*, IDET, Colóquios, n.º 2, Almedina: Coimbra, 2006; RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores – entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina: Coimbra, 2010, p. 151-155.

¹⁴ LEITÃO, Adelaide Menezes (*ob. cit., passim*) defende que a ilicitude não exige sanção, uma vez que a *lex imperfecta* permite definir a ilicitude relevante para efeitos da responsabilidade, sendo normalmente essas disposições, desde que com a natureza de comandos com um carácter impositivo ou proibitivo (*Befehlsqualität*), consideradas normas de referência para o efeito da responsabilidade por normas de proteção; Para diferenças entre responsabilidade delitual (onde se encontra repousada as normas de proteção) e a responsabilidade obrigacional, reportamos a escrita de LEITÃO, Luís Menezes. *Direito das Obrigações*, vol. I, 9.ª ed., Almedina: Coimbra, 2010, p. 294: «A diferença entre a responsabilidade delitual e a responsabilidade obrigacional é que, enquanto a responsabilidade delitual surge como consequência da violação de direitos absolutos, que aparecem assim desligados de qualquer relação inter-subjetiva previamente existente entre lesante e lesado, a responsabilidade obrigacional pressupõe a existência de uma relação inter-subjetiva, que primariamente atribua ao lesado um direito à prestação, surgindo como consequência da violação de um dever emergente dessa relação específica».

¹⁵ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed., Almedina: Coimbra, 2011, p. 253 e 274.

¹⁶ *Ult. Ob. cit.*, p. 661.

¹⁷ CARNEIRO DA FRADA (*A business...ob. cit.*, p. 76) refere-se ao dever de administração social, neste sentido «o dever de administrar visa maximizar a realização do interesse social. A essa maximização podem opor-se outros interesses. O legislador manda, pelo menos, tê-los em conta e ponderá-los. Se o administrador o não fizer, pode inclusivamente incorrer em responsabilidade. Só que, aqui sim: com limites ou sem eles, a atendibilidade e a ponderação de tais outros interesses não pode sacrificar ordinariamente o interesse social. Este prepondera, mesmo que para tanto outros tenham de ficar por cumprir: não são exigências de lealdade, são interesses de terceiros implicados ou conexas com a sociedade».

¹⁸ MENEZES CORDEIRO *apud* LEITÃO, Adelaide Menezes. *ob.cit.*, p. 661.

¹⁹ Sobre os poderes de representação da sociedade, *vide* estudo de CORREIA, Luís Brito *Os administradores de sociedades anónimas*, Almedina: Coimbra, 1993, especialmente o Título III, Capítulo I – *Teoria da representação*, p. 191-201.

os dos credores, de terceiros e os de trabalhadores.

Em razão disso – proibição e imposição normativa na gestão, decorrentes dos poderes funcionais dos administradores –, é indiscutível a natureza impositiva / proibitiva do artigo 64.º, n.º 1, do CSC²⁰, na delimitação do espaço de permissão do poder de gestão e administração societários. Isto aponta para que no sistema de responsabilidade civil dos administradores os seus deveres devam ser concebidos como normas de proteção, independentemente de poderem ser dobrados por regras estatutárias ou contratuais de conteúdo idêntico. O que na opinião da retrocitada A. pode ser visualizado no artigo 64.º, n.º 1, duas marcas de identificação das normas de proteção: i) o *Befehlsqualität*, e, ii), na sua teleologia normativa, a evidência da tutela de interesses específicos, que assumem a natureza de interesses juridicamente protegidos. Aliás, haverá poucos casos em que o legislador aponta expressamente os interesses que visam proteger com a imposição de deveres de conduta, como acontece no artigo 64.º, n.º 1, do CSC. Disto, deve-se entender que a norma do artigo 64.º, n.º 1, do CSC deve ser articulada com outro dispositivo legal (pois é uma norma primária), sendo necessária a sua complementação com uma norma secundária, no caso o artigo 72.º, n.º 1 do mesmo diploma – que tem a mesma função do artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil.

Sintetizando o pensamento de ADELAIDE MENEZES LEITÃO, a Autora considera que o legislador qualificou os deveres do artigo 64.º, n.º 1, do CSC, como deveres fundamentais e, não obstante, em má técnica legislativa, ter estabelecido que os administradores “deve” observar “deveres” de cuidado e “deveres” de lealdade, a verdade é que estes deveres podem impor-se autonomamente no espaço dos poderes-deveres de administrar / gerir, bem como condicionar o exercício de outros deveres jurídicos que se especificam autonomamente noutras disposições do CSC, v.g. o dever de relatar a gestão e de apresentar as contas, que se explanam no artigo 65.^{o21}. Conclui a A., que «os deveres fundamentais podem ser vistos de forma caleidoscópica: enquanto deveres que adstringem um poder-dever dos administradores, enquanto deveres autónomos que recortam a ilicitude das suas condutas e enquanto deveres acoplados a outros deveres dispersos por outras disposições do Código das Sociedades Comerciais e restante legislação. A norma que os formula possui os requisitos de qualificação das normas de proteção, pelo que conjugada com o artigo 72.º, n.º 1 do CSC – que possui no sistema de responsabilidade civil dos administradores um papel equiparável ao artigo 483.º, n.º 1, 2ª parte, do CC –, permite realizar o exercício de escrutinar o modelo das normas de proteção no enquadramento da responsabilidade entre administrador e sociedade. Trata-se, por isso, de uma norma primária a conjugar, em termos

²⁰ LEITÃO, Adelaide Menezes .*ob. cit.*, p. 662-663.

²¹ *Idem, ibidem*, p. 663-664. A autora entende também, que o legislador, na versão reformada do artigo 64.º do CSC (atual), limita-se a densificar a operação de interpretação sistemática e de procura de outras normas primárias que definem os deveres de conduta, operação esta que incumbiria ao intérprete na sua versão original. Assim sendo, não subscreve a ideia da existência atual de um duplo patamar de ilicitude. Com efeito, considera que o padrão de diligência não autonomiza de *per se* concretos deveres de conduta, pelo que, importado do *negligence* anglo-saxónico, que imbrica a ilicitude na culpa, deve possuir uma leitura, nos sistemas continentais, no domínio da culpa.

sistemáticos, com outras normas primárias e com normas secundárias»²².

1.2.1. O dever de administração

Todo administrador de sociedade comercial tem, no exercício de seu ofício, o dever intrínseco e extrínseco de levar a cabo as suas atividades sob o manto da “boa administração”. Administrar requer, portanto, certa destreza e eticidade por parte de quem administra. Por conta disso, o atual Código de Sociedades Comerciais, seguindo uma matriz histórica, definiu os requisitos objetivos que caracterizam o perfil dos profissionais da gestão. Definiu, portanto, a conduta que desenha a “boa administração” estampada (a par do dever de representação), no dever de administração. O dever de administração / gestão representa ainda, reflexo do *dever de diligência*²³, hoje trespassado no art. 64.º do CSC nas figuras do *dever de cuidado* (incluindo o dever de informação) e *dever de lealdade*.

O requisito histórico referente à conduta dos administradores se pautava na diligência de um gestor criterioso e ordenado, e ao interesse da sociedade, atendendo aos interesses de ... (outros interessados)²⁴. Após a última redação dada ao artigo 64.º do CSC (através do Decreto-Lei n.º 76-a/2006, de 19 de março), foi ampliado o leque de possibilidades pelas quais os administradores terão as suas condutas valoradas. Com o atual texto foram incrementados novos matizes aos deveres fundamentais dos administradores, de conceções, diria a doutrina nacional: anglo-americana. Estas conceções passaram, entretanto, a dar corpo ao critério comportamental do *bonus pater familias*²⁵ transmitido ao campo da gestão (gestor criterioso e ordenado)²⁶.

²² *Idem, ibidem* p. 664.

²³ JOSÉ CARLOS SOARES MACHADO, em estudo de sua época, descrevia que o *dever de diligência*, «com os contornos e o conteúdo definidos na lei, é um dever omnipresente em todos os actos (ou omissões) do administrador enquanto tal. É um dever que se sobrepõe a todos os outros na medida em que se coloca num plano superior em relação a eles. Mas é também um dever que se justapõe a eles, pois que tem de estar forçosamente presente em tudo o que o administrador faz (ou deixa de fazer), mesmo que o faça em cumprimento de um qualquer outro dever específico». Cfr. MACHADO, José Carlos Soares, *A recusa de assinatura no relatório anual nas sociedades anónimas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54, Lisboa, dez. 1994, p. 951-952.

²⁴ A versão original do artigo 64.º do CSC (antes da reforma de 2006) dispunha no n.º 1: *Os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta interesses dos sócios e trabalhadores*.

²⁵ A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça já tem considerado a autonomização do artigo 64.º para efeitos de responsabilização. Esta autonomização serve como *standard* que configura a exigência da norma, isto é, a conduta objetiva que deve ser seguida. Assim, os administradores devem atentar-se à observância do dever de diligência por questão não propriamente de aferição da culpa, mas sim porque o dever de diligência configura o modelo-padrão do gestor dotado de certas qualidades (técnicas). O padrão, neste entendimento, já não é mais a do *bonus pater familias*. No texto original do Relator SERRA BAPTISTA, Ac. do STJ no Processo n.º 242/09.3YRLSB.S1, de 31/03/2011, assim relata no sumário: *1. A responsabilidade dos gerentes, prevista no art. 72.º, n.º 1 do CSC, é uma responsabilidade contratual e subjectiva, dependente da culpa, que se presume. Tendo que existir sempre uma desconformidade entre a conduta do gerente e aquela que lhe era normativamente exigível. 2. Podendo enunciar-se como obrigação típica do gerente a observância do dever de diligência (art. 64.º do CSC), não sendo esta apreciada como a culpa em concreto, mas sim perante um padrão objectivo, que não é o do bom pai de*

A evolução normativa sucedeu naturalmente pelo facto de a sociedade comercial, ou em termos mais atuais, as empresas, corporações, etc., terem evoluído na persecução de seus fins. No direito empresarial contemporâneo a sociedade comercial atende a interesses para além dos clássicos interesses (egoísticos) dos sócios ²⁷. Portanto, o modelo sistêmico normativo caminha para a adaptação dos tempos. Dessa forma, o administrador sendo um gestor de interesses e de bens alheios, relaciona-se com a sociedade – num primeiro plano; e secundariamente e no exercício da gestão, deve ter em consideração os interesses dos sócios e trabalhadores e dos demais *stakeholders*.

Nisto, a nova gramática do artigo 64.º do CSC tem a ganhar. Com a inclusão dos deveres de cuidado (diligência), lealdade e a premissa do interesse social, incorporam-se as bases para a responsabilização. É de se dizer: os critérios de licitude e ilicitude são extraídos deste artigo ²⁸. É claro que o artigo 64.º não esgota as fontes de dever-ser às quais os administradores devem respeito. Elas são inúmeras e não é sequer possível listá-las na sua totalidade. Isso não quer dizer que o artigo 64.º perde a sua condição central na concretização da responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais.

Objetivando estes critérios de aferição da conduta dos administradores, começaríamos a falar do dever de cuidado (*duty of care*). Neste quesito, o artigo 64.º delinea *os deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando*

família, mas sim o de um gestor dotado de certas qualidades. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em fevereiro de 2013). No mesmo sentido, Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. 2542/07.8TBOER.L1-8, Relatora CARLA MENDES, de 28/06/2012 (...) «A diligência é apreciada não em função do comportamento normal do próprio gerente (culpa em concreto), mas face a um padrão objectivo, padrão esse não subsumível ao do *bonnus pater familiae*, mas sim a de um gestor dotado de certas qualidades». Disponível em www.dgsi.pt (visitado em fevereiro de 2013).

²⁶ A reforma de 2006, do CSC, manteve a bitola da diligência de um gestor criterioso e ordenado, mas por influência anglo-saxónica, mormente dos *Principles of Corporate Governance*, autonomizou-se os deveres de cuidado e de lealdade (art. 64.º) que passaram a vincular diretamente a relação entre os administradores e a sociedade. A partir de então a inobservância (autónoma) destes deveres passa a ter guarida no campo da ilicitude – o que não quer dizer que anteriormente não a circunscrevesse, porém agora a explicitidade da lei autoriza uma análise em concreto, dando azo à segurança jurídica e à responsabilização (por via do art. 72.º e ss.). Vide MAGALHÃES, Vânia Patrícia Filipe. *A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social*, in Revista de Direito das Sociedades, ano I, n.º 2, Almedina: Coimbra, 2009, p. 384-386.

²⁷ Comenta-se a discussão em torno dos interesses da sociedade comercial. Para isso surgem indagações sobre quais interesses devem ser considerados prioritariamente, de maneira que são confrontados de um lado os interesses dos *shareholders* (acionistas) ou proprietários da empresa, *versus* os interesses dos *stakeholders* (trabalhadores, credores, clientes, consumidores, comunidade, e de todo e qualquer sujeito economicamente ligado às decisões da sociedade). São assuntos dentro das teorias institucionalistas e contratualistas cruzadas nas concepções anglo-saxónicas do *shareholder value* e *stakeholder value*. Vide VEIGA, Fábio da Silva. “O interesse social: dos interesses dos *shareholders* aos interesses dos *stakeholders*”, in *Revista Âmbito Jurídico*, n.º 102, ano XV, julho 2012, Rio Grande.

²⁸ Nessa interpretação corrobora o pensamento de VANCONCELOS, Pedro Pais. “Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 1, vol. 1, Almedina: Coimbra, março de 2009, p. 19-20.

nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado. Estão incluídos expressamente alguns critérios de concretização. Dentre eles, diríamos o *know-how* técnico-empresarial: quando diz que o administrador deve revelar disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade adequado às suas funções e deve ainda usar da diligência de um gestor criterioso e ordenado. Portanto, percebe-se que um dos requisitos que amplia a esfera de licitude / ilicitude, a priori, também tem seu escopo na denominada profissionalização dos administradores ²⁹.

Em sentido normativo, a *diligência* equivale ao grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que integra o cumprimento de um dever ³⁰. MENEZES CORDEIRO a considera uma regra de conduta, ou melhor: parte de uma regra de conduta, que deve ser determinada independentemente de qualquer responsabilidade e, logo: de culpa. A violação do dever de diligência dá azo à ilicitude: não a mera medida de culpa. Afirma o supracitado Autor, que a falta de diligência pode ser dolosa e não meramente negligente. Ressalva, no mesmo sentido, de que ninguém atua diligentemente, *tout court*: há que saber de que conduta se trata para, então, fixar o grau de esforço exigido na atuação em jogo ³¹.

No entendimento de MENEZES CORDEIRO, a diligência faz o recorte da ilicitude, neste sentido, a diligência equivale ao recorte da regra de conduta, que no entender do estimado doutrinador, tal não depende da culpa (visto que na culpa está integrado a negligência), mas culmina assim, num dever absoluto. Defende a perspectiva evolutiva do sistema alemão que transcendeu a medida de culpa (negligência) para a regra de conduta (ilicitude).

²⁹ O Capitalismo patrimonial ou familiar manifesta-se no início do Séc. XIX até aos anos 1920. A empresa é considerada como o património de uma família ou de um grupo de proprietários fortemente implicados no seu desenvolvimento e gestão. Há uma forte identidade entre a propriedade e a gestão, não se colocando a questão do controlo dos administradores. A forma jurídica dominante é a sociedade em comandita, onde o administrador é pessoalmente responsável pelos resultados da empresa. Esta forma de empresa capta bem o espírito do capitalismo: o empresário assume um risco, tirando daí todas as consequências. É ao mesmo tempo proprietário e administrador. O governo das empresas é familiar, no verdadeiro sentido do termo, tem por base a fidelidade, relações de longo prazo e é caucionado pelas partes interessadas. Com o crescimento das empresas, torna-se mais difícil a um indivíduo, a uma família ou a um pequeno grupo de pessoas assumirem sozinhos todos os riscos. A gestão dessas empresas também se torna mais complexa, com o aumento da sua dimensão. Aparecem então os especialistas da gestão: os administradores. Ao mesmo tempo, o capital das empresas é aberto a elementos de fora das famílias, originando uma nova forma jurídica de empresa: a sociedade anónima. Os acionistas não são mais os empreendedores de outrora. São indivíduos anónimos que investem o seu património, fazendo com que os administradores sejam úteis. Estes são eles próprios assalariados, tecnocratas da gestão mais do que empreendedores, no sentido etimológico do termo. Daí, o chamado “capitalismo tecnocrático”, na expressão de Gomez (2003, apud Rodrigues, 2008). Vide RODRIGUES, Jorge. *Corporate governance: uma introdução*, Edições Pedagogo: Mangualde, 2008.

³⁰ Segundo FERNANDO PESSOA JORGE, apud CORDEIRO, António Menezes. “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64 n.º1, do CSC)” in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornada em homenagem ao professor Raúl Ventura*. Almedina, Coimbra, 2007, p. 28.

³¹ Vide CORDEIRO, António Menezes. “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64 n.º 1, do CSC)” in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornada em homenagem ao professor Raúl Ventura*. Almedina, Coimbra, 2007, p. 28-29.

1.2.2. O dever de lealdade

O dever de lealdade (*duty of loyalty*) refere que os administradores devem observar *os deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.* Aqui igualmente se observa elementos de concretização: a relação de lealdade tem como outro polo a sociedade e não os sócios. No que concerne aos sócios, apenas se deve «atender» aos seus interesses de longo prazo. E no que se refere ao interesse social³², devem ainda ser «ponderados» os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade, tais como os trabalhadores, clientes e credores.

Ocorre que a norma do artigo 64.º, n.º1, b, do CSC, onde analisamos o interesse social, precede de um mandamento legal específico à conduta dos administradores: o dever de lealdade. Os administradores, na sua gênese, devem perseguir o fim destinado à sociedade: referimo-nos ao lucro. Porém, não se podem atuar indiscriminadamente, e dentre as “normas princípios” a que se vinculam, encontra-se o dever de lealdade³³.

³² Tradicionalmente o interesse social é confrontado pelas chamadas teorias *contratualistas* e *institucionalistas*. Basicamente, para os *contratualistas*, o interesse da sociedade é a comunhão de interesses comuns dos sócios enquanto sujeitos com os mesmos fins (lucrar com a sociedade), os sócios são apresentados como titulares do interesse social. Ao revés, para os *institucionalistas* o interesse social vem a ser um interesse comum não com exclusividade dos sócios, mas também com relevância aos interesses dos trabalhadores, dos credores, clientes, ou aqueles que de certa maneira tem algum tipo de relacionamento econômico com a sociedade, até mesmo o interesse geral ou público pode ser considerado. Fala-se também das concepções econômicas e jurídicas dos interesses perseguidos pelas sociedades empresárias, como por exemplo, as teses *monísticas* – identificando o interesse da empresa e dos sócios; das teses *dualísticas* – uma espécie de co-gestão com participação dos trabalhadores e de seus interesses introduzidos na sociedade, bem como da tese *pluralista* – onde tenta-se inculcar na empresa o interesse público. No final da década de 80 e, sobretudo, 90 do século XX, apareceu no cenário jurídico norte-americano e depois com reflexos em vários países, a concepção dos sistemas finalísticos da maximização do lucro (*wealth maximization*), que se traduziu na vitória da teoria monística, tendo em conta que por esta teoria preconizava-se a valorização da sociedade como instrumento de interesse máximo dos acionistas (a sociedade serve aos interesses dos acionistas). Reconduziu-se, dessa forma, o interesse da sociedade aos interesses dos sócios, a concepção ficou conhecida como *shareholder value approach*. Dá para se dizer que a perspectiva monística triunfou, até porque os mercados de capitais e a globalização teoricamente (e historicamente) valorizam os detentores dos meios de produção e, pressionam para a adoção generalizada da concepção do *shareholder value*. Mesmo porque não raro, vê-se que os despedimentos em massa de grandes empresas faz seguir o aumento da cotação das ações destas na bolsa de valores. Com efeito, as teses dualísticas e pluralistas continuam a surtir efeito. Opera-se que a concepção do *shareholder value* vem perdendo terreno para a do *stakeholder value*, o que se quer dizer pela última é que outros interesses para além dos acionistas, devem ser levados em consideração³². Ministra-se disto, que, o contratualismo e o institucionalismo continuam visíveis, mas com uma nova roupagem. Vide o nosso trabalho e a sua bibliografia, cfr. VEIGA, Fábio da Silva. “O interesse social: dos interesses dos shareholders aos interesses dos stakeholders”, in: *Revista Âmbito Jurídico*, n.º 102, ano XV, julho 2012, Rio Grande, disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11747 (visitado em outubro de 2012).

³³ Para outros detalhes, vide: VEIGA, Fábio da Silva; LARANJEIRA, Amanda Lúcia Araújo. “O dever de lealdade dos administradores: consequências no dever de não concorrência e não apropriação das oportunidades de negócios – sob a perspectiva do direito português”, in *Revista Âmbito Jurídico*, ano

Mas este dever de lealdade se refere ao dever dos administradores face aos sócios ou face à sociedade? Ou ainda, é um dever para com os *stakeholders*?³⁴.

Para se reafirmar o efeito da aplicação do interesse social e suas aspirações no artigo 64.º, 1.º, alínea b, menciona-se a seguinte reflexão de CATARINA SERRA que se encaixa no que fora estudado: «segundo se pensa, o objectivo da parte final da al. b, do n.º 1 do art. 64.º do CSC é o de sensibilizar o gestor para a circunstância de a sociedade se integrar na comunidade e de lhe inculcar a ideia de que, por isso mesmo, deve estar atento aos interesses dos *stakeholders* ³⁵ e, sempre que isso não implique um prejuízo desrazoável ou desproporcionado para o interesse social, esforçar-se por realizá-los para lá dos limites (mínimos) exigidos pela lei. Em conformidade com isto, o gerente ou administrador de uma sociedade deve adquirir novas preocupações – com a legitimidade do exercício da empresa, com o profissionalismo e a competência no exercício das suas funções, com a integridade da sua conduta, com a justiça das suas decisões»³⁶.

Resta-nos a seguinte dúvida: há responsabilização por desobediência ao dever de lealdade? Como visto logo acima, a norma do artigo 64.º, n.º 1, b, do CSC português, além de serem autónomas no que concerne à concretização de condutas, tem um carácter ético-empresarial de reprovabilidade, o que representa no âmbito jurídico a ausência de

XIV, n. 87, abr 2011, Rio Grande. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9365 (visitado em junho de 2012).

³⁴ Como nos reportamos acima, o interesse social amiúde está relacionado ao interesse patrimonial dos sócios, logicamente pelo critério do risco empresarial assumido pelos investidores. Os sócios são, portanto, “proprietários” da empresa e de que são eles quem, através da sociedade, estabelece uma relação contratual com os administradores. Seguidamente, no mesmo raciocínio, não haverá dúvidas de que os administradores deverão, no exercício de suas funções, prosseguir o interesse da sociedade: diga-se, o interesse comum dos sócios. Assim, podemos ministrar da leitura da lei que o dever de lealdade dos administradores é com relação à sociedade como tal. Os gestores passarão a ter, em primeira linha, o dever de tentar adotar a solução que melhor compatibilize todos os interesses em confronto e, como esta será em princípio difícil de alcançar, subsidiariamente, o dever de ponderar bem os interesses, de forma a evitar, em última instância, que a satisfação dos interesses dos sócios (que se mantêm os interesses prevalentes) seja perseguida para lá daquilo que é razoável ou *eticamente* admissível ou, por outras palavras, «seja obtida com o sacrifício intolerável, desnecessário ou desproporcionado de algum dos interesses dos outros grupos de sujeitos» Cfr. SERRA, Catarina. “O novo Direito das Sociedades: para uma governação socialmente responsável”, *Scientia Iuris*, vol. 14, Londrina, 2010, p. 165. O interesse dos sócios – diga-se na sua forma individualizada -, não deverá ser atendível, mas sim o interesse social (interesse comum dos sócios), tampouco, vê-se, que o interesse dos *stakeholders* é garantido na norma como expressão do dever de lealdade, mas percebe-se o seu escopo residual, pautado na *eticidade* empresarial. Cfr. VEIGA, Fábio da Silva. *O interesse social...* ob. cit., p. 5-6.

³⁵ Interessante mencionar a observação de VASCONCELOS, Pedro Pais. (*ult. ob. cit.*, p. 20-21) sobre a identificação dos *stakeholders* com a sustentabilidade da sociedade. O autor explica: “de acordo com o um quase consenso geral, aquela expressão abrange, além de outras pessoas que tenham interesse relevante para a *sustentabilidade* da sociedade, também aquelas para cuja *sustentabilidade* a sociedade desempenhe um papel relevante. Quer dizer: a sustentabilidade não é unilateral, mas bilateral. Os *stakeholders* são relevantes para a sociedade, mas a sociedade também é relevante para eles. Em português, os *stakeholders* podem ser designados como «especialmente interessados»”.

³⁶ Cfr SERRA, Catarina. “O novo Direito das Sociedades: para uma governação socialmente responsável”, in *Scientia Iuris*, vol. 14, Londrina, 2010, p. 167.

sanções. COUTINHO DE ABREU chega a considerar que *as formulações desta norma contêm em grande medida, quanto aos interesses dos não sócios, expressão de retórica normativa balofa e potencialmente desresponsabilizadora* dos administradores ³⁷. Com efeito, quanto aos interesses dos trabalhadores, principalmente os respeitantes à conservação dos postos de trabalho, a remunerações satisfatórias, às condições dignas de trabalho (higiene segurança, organização do processo produtivo, etc.) bem como os ligados a organizações sociais (v.g. disponibilidade de infantários para os filhos dos trabalhadores), são amplamente considerados desde a sua matriz no direito do trabalho (não significa que basta seguir estas normas juslaborais para que o “dever de administração” seja cumprido, pois as normas trabalhistas não regulam tudo que se refere à prestação de trabalho subordinado – há um espaço de discricionariedade por parte dos administradores –, espaço este que deve ser preenchido segundo os interesses dos trabalhadores do art. 64.º, n.º 1). No entanto, por outro lado no que concerne à proteção dos interesses dos trabalhadores na participação da gestão social, não há qualquer menção normativa que considere tal questão, o que gera a inexistência de sanções eficazes. Nessa perspetiva COUTINHO DE ABREU entende que a norma do artigo 64.º, n.º 1, do CSC, é, no respeitante aos interesses dos trabalhadores, uma norma de “conteúdo positivo quase nulo” ³⁸.

Salientamos, contudo, a observação de CATARINA SERRA na seguinte afirmação: “mas, em primeiro lugar, como é sabido, a ausência de sanções não é impeditiva da vinculatividade. Um comportamento pode ser devido e a sua inobservância censurável apesar de não ser juridicamente sancionado” ³⁹. A referida A. cita a genialidade de MCBARNET, a qual assinala *«tenha-se, depois, presente que a aplicação de sanções é uma intervenção subsidiária ou de ultima ratio, que o cumprimento das normas jurídicas é, em regra e na sua essência, voluntário, que só excepcionalmente há lugar ao cumprimento forçado. Na realidade, um comportamento é devido, não porque a lei o impõe, mas, sobretudo – e antes disso –, porque é considerado como devido pela comunidade. O que equivale a dizer que o cumprimento é um acto voluntário e que há sempre possibilidade de os sujeitos se recusarem a cumprir»* ⁴⁰.

³⁷ Cfr SERRA, Catarina. “O novo Direito das Sociedades: para uma governação socialmente responsável”, in: *Scientia Iuris*, vol. 14, Londrina, 2010, p. 167.

³⁸ No mesmo sentido, ELISABETE RAMOS perfilha entendimento: «parece-nos que a norma do art. 64.º, n.º 1, b), não é expansora da ilicitude relevante para a responsabilização dos administradores perante credores, sócios, trabalhadores. O art. 64.º, n.º 1, b), não é norma de protecção dos sujeitos (terceiros) que nela se encontram mencionados. O actual art. 64.º, n.º 1, b), se não expande a responsabilidade dos administradores, pode, como já foi defendido na doutrina portuguesa, ter um limitado *efeito protector* dos administradores, porquanto permitirá, em alguns casos, o afastamento ou a limitação da responsabilidade dos administradores perante a sociedade». Vide RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores – entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, p. 118.

³⁹ Cfr. SERRA, Catarina. *últ. ob. cit.*, p. 170.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 173.

A ilicitude ⁴¹ deverá, portanto, ser consubstanciada na confrontação dos deveres do art. 64.º do CSC.

1.2.3. O dever de legalidade dos administradores

CARNEIRO DA FRADA publicou recentemente ⁴² artigo com referência ao *dever de legalidade* dos administradores (existe?). Obviamente, o A. não descarta a evidência (implícita) que tal dever se apresenta, até porque os administradores hão-de observar uma conduta conforme a lei, mesmo que dito dever não esteja codificado.

Assevera o sobredito A.: «O dever de legalidade dos administradores engloba realidades de muito diversa índole: deveres de conduta (propriamente ditos), correspondentes a normas impositivas ou prescritivas, e proibições de comportamento, resultantes de regras proibitivas; havendo de distinguir-se também entre deveres gerais, e deveres particulares ou específicos, de âmbito limitado, como diferenciar-se entre proibições gerais e proibições específicas» ⁴³.

O A. compreende que sendo a sociedade o sujeito que age no tráfico jurídico, a vinculação às normas jurídicas é precipuamente à pessoa coletiva, pois é ela a destinatária de tais normas ⁴⁴. Formula a partir disso a seguinte indagação: os administradores devem, portanto, promover ou assegurar a observância dos ditames que impendem sobre a sociedade? Recordando-se que não são eles os destinatários daquelas regras, mas antes a sociedade. Nesta lógica, o A. confere a observância a regras impositivas e proibitivas primariamente circunscritas à sociedade, e por via secundária, tendo em consideração a relação orgânica existente entre sociedade-administrador, adstringiria tal responsabilidade aos administradores. Em outras palavras, o dever de legalidade é da sociedade enquanto tal!?

Discute assim, a questão da responsabilidade dos administradores. Até que ponto responde o administrador pelas infrações da lei ou da ordem jurídica por parte da sociedade. Logo, que de acordo com o A. a lei (art. 72, n.º 1, CSC) não responde claramente a que dever quer se referir com relação à responsabilidade dos administradores. Concorda, contudo, que há responsabilização pelas infrações dos deveres legais e pelas proibições que impendem sobre a sociedade ⁴⁵.

Ressalta, no entanto, que a infração à lei (art. 72, n.º 1) é derivada de uma responsabilidade interna, em decorrência dos prejuízos ocasionados à sociedade, em

⁴¹ LEITÃO, Adelaide Menezes (*últ. ob. cit.*, p. 667) explana a seguinte afirmação: «[...] a ilicitude na versão actual do artigo 64.º /1 se recorta pela configuração dos deveres que adstringem os administradores e que visam a protecção da sociedade, numa leitura interior aos sistemas de responsabilidade civil continentais, a diligência do gestor criterioso e ordenado deve inserir-se na culpa como sistema de imputação da responsabilidade dos administradores».

⁴² FRADA, Manuel António Carneiro. “O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores?”, in *Direito das Sociedades em Revista*, outubro 2012, ano 4, vol. 8, p. 65-74.

⁴³ FRADA, Manuel António Carneiro. *últ. ob. cit.*, p. 68.

⁴⁴ Sob pena de deitar pela borda fora o sentido da atribuição de personalidade jurídica às sociedades.

Idem, ibidem, p. 72.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 70.

virtude do “desrespeito da ordem jurídica que uma conduta dos administradores ocasionou e não preveniu”. Nesse sentido, sendo a responsabilidade dos administradores de ordem interna não haverá lugar a responsabilidade externa dos administradores, perante terceiros, logo que a sociedade perpetrou uma conduta que por lei não devia (ou por não ter adotado conduta que por lei, devia). Assim, só circunstâncias ou fundamentações particulares podem justificar a responsabilização dos administradores perante terceiros.

Pelo dever de legalidade o A. denota que os administradores devem promover ou assegurar uma *conduta da sociedade* conforme a lei. A responsabilidade dos administradores operar-se-á, em regra, via responsabilidade perante a sociedade. Trocando em miúdos, o A. focaliza a responsabilidade dos administradores como uma responsabilidade da sociedade. E somente esta (própria sociedade) pode pedir indemnização pela conduta (dela própria) contrária à lei.

Merece destaque, ainda nesse estudo de CARNEIRO DA FRADA, o comentário sobre a conduta dolosa, contra o mínimo ético-jurídico, cometida pelos administradores com causação de dano a alguém, expressada como um delito próprio destes mesmos administradores, um ilícito que conduz, segundo as regras do direito comum, a responsabilidade direta e primária destes mesmos agentes perante o atingido ⁴⁶. Exemplo disso será a *insolvência fraudulenta* causada pelos administradores. A responsabilidade dos administradores surge, neste caso, como salvaguarda dos interesses da sociedade e da personificação societária.

1.3. A *business judgement rule* e o art.64.º do CSC

Começamos por considerar a *business judgement rule* como uma regra aplicada nos tribunais de origem anglo-saxónica, principalmente nos tribunais norte-americanos. Por cá tivemos a sua influência principalmente por intermédio dos princípios do *corporate governance* ⁴⁷ incorporados em certa medida pelo direito germânico que os introduziu na Europa continental a partir do novo § 93/I, 2 AktG de 2005 ⁴⁸. Ditos

⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 72.

⁴⁷ O impulso reformador dos deveres dos administradores ocorrido no início do séc. XXI – Espanha: *Ley de Transparencia*, em 2003 regulou o *deber de diligente administración, fidelidad y de lealtad*; Itália: Em 2003 o *código civile* italiano abandonou o critério de aferição de ilicitude/culpa que tinha por base a tradicional “diligenza del buon padre di famiglia” em favor da diligência pela natureza do cargo e pelas funções específicas dos administradores; Alemanha com a nova prescrição do § 93, do AktG de 2005; Portugal: reforma do CSC em 2006 – não se deve a esforços comunitários de harmonização legislativa. O interesse na reforma dos deveres dos administradores está de alguma forma, relacionado com o *corporate governance movement* e com a identificação de boas práticas de administração das sociedades. Portanto, a receção dos *duty of care* e *duty of loyalty* (e suas concretizações) faz-se, num primeiro momento, não pelos instrumentos do *hard Law* do direito continental, mas por outras vias, como sejam a investigação de académicos ou as recomendações precipitadas em instrumentos de *soft law* que, desde os anos 90, tem surgido em vários países da Europa. Vide RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro...ob. cit.*, p. 98-99; PISCITELLO, Paolo. “La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule”, in *Rivista delle Società*, anno 57.º, novembre-diciembre 2012, fascicolo 6.º, Giuffrè Editore, Milano, p. 1167-1183.

⁴⁸ Neste dispositivo legal germânico, redata-se o seguinte texto, na tradução de CORDEIRO, António

princípios tiveram a sua conotação na figura do *fiduciary duties*, designados amiúde como fiduciários. Portanto, há de se perceber que no ordenamento societário português as normas que tocam este assunto (art. 64.º ex vi art. 72.º, CSC) podem ser consideradas de cariz híbrido, mesmo que na sua essência o fundamento pressupõe valores de matriz anglo-saxónica.

Tradicionalmente a *business judgement rule* é integrada por quatro aspetos, sendo três deles condições e um a regra. Num primeiro plano, a regra só é aplicada se tiver havido uma decisão empresarial (escapam ao âmbito da aplicação os casos em que não há *decision making process*); depois, a regra só se aplica se a decisão não estiver contaminada por um interesse financeiro ou pecuniário dos administradores; num terceiro momento, deve ter sido observado um reasonable *decision making process*. Cumpridos estes aspetos, o mérito substantivo da decisão não será analisado (neste ponto concentra-se a atuação dos julgadores). Só haverá responsabilidade em caso de decisões irracionais (*egregious conduct*)⁴⁹. A *business judgement rule* constitui uma regra de origem jurisprudencial que exclui a valoração pelos tribunais do mérito das decisões dos administradores⁵⁰. Significa dizer que opera uma importante restrição da responsabilidade dos administradores.

Este instrumento de uso jurisprudencial é descrito por referência ao *duty of care*. Todavia, a sua aplicação não é restrita às situações de violação do dever de cuidado. A *business judgement rule* é igualmente aplicada a outras atuações dos administradores⁵¹. A regra é exclusivamente aplicável às condutas devidas ao dever de cuidado ou diligência, e não funciona (não protege os administradores) em casos de violação do dever de lealdade.

O requisito fundamental da *business judgement rule*, destaca-se, com efeito, no exercício consciente de uma decisão tomada pelos administradores. De outro lado, o pensamento subjacente à *business judgement rule* – preservação da discricionariedade dos administradores, insindicabilidade judicial do mérito das decisões empresariais e irresponsabilidade pelos danos resultantes de «*honest mistakes*» – saltou as fronteiras da experiência jurisprudencial norte-americana sobre o *duty of care* e alcançou os países de *civil law*. Não necessariamente através do direito legislado. Porém vai sendo incorporada na experiência jurídica dos países de *civil law* seja pela receção no «*diritto*

Menezes. *Os deveres...* ob. cit., p. 26: «não há uma violação de dever quando o membro de direcção, na base de informação adequada, devesse razoavelmente aceitar que, aquando da decisão empresarial, agia em prol da sociedade».

⁴⁹ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro...* ob. cit., p. 94-95; NUNES, Pedro Caetano. *Responsabilidade...* ob. cit., p. 24-25.

⁵⁰ Cfr. FRADA, Manuel António Carneiro da. *A business judgement rule...* ob. cit., p. 79: «segundo a fórmula usual do Delaware, por exemplo, a *business judgement rule* consagra a “presunção de que ao tomar uma decisão de negócios os administradores da sociedade actuaram informadamente, de boa fé e na honesta crença de que essa acção era no melhor interesse da sociedade».

⁵¹ Os *Principles of Corporate Governance* aplicam a *business judgement rule* a operações de controlo da sociedade e a medidas defensivas face a ofertas de aquisição da sociedade - §§ 6.01 e 6.02. Cfr. NUNES, Pedro Caetano. *Responsabilidade...* ob. cit., p. 24.

vivente», seja pela cristalização em normas gerais abstratas ⁵².

Tomadas as sucintas lições sobre a *business judgement rule*, coloca-se o seguinte caso: Um administrador que tomou decisão segundo os critérios da aludida interpretação jurisprudencial, e por decorrência desta decisão a sociedade sofreu prejuízos substanciais, indaga-se: a conduta que ocasionou o dano societário é ilícita? (violação de um dever específico ou violação de um dever genérico)⁵³ ou assenta com base na culpa? (o juízo de censura ao agente por ter adotado a conduta que adotou, quando de acordo com o comando legal estaria obrigado a adotar conduta diferente). Prosseguindo, se pelo que foi entendido a *business judgement rule* se pauta na liberdade económica e na opção de liberar ações de gestão com base no risco empresarial, não seria de concluir que dito instrumento jurisprudencial estaria a dar autorização para não imputar responsabilidade aos administradores, nem com base na culpa, tampouco na ilicitude? Poder-se-ia considerar, nesta lógica, que uma conduta dentro dos moldes da *business judgement rule* é lícita e livre de qualquer culpabilidade. Portanto, o alegado instrumento jurisprudencial não serviria como critério de antijuricidade – o que quer dizer que não seria a *business judgement rule* uma regra de exclusão ou isenção de culpabilidade –, pois a conduta dos administradores nestas condições jamais alcançaria o terreno da ilicitude e da culpa (?). Fazemos o raciocínio de *inclusão* de comportamentos permitidos, e não o de *exclusão* de condutas reprováveis.

Com efeito, é sabido e plenamente aceitável no ordenamento pátrio, a normativa do CSC da *business judgement rule*, plasmada no artigo 72.º, n.º 2, bem como a maioritária doutrina ⁵⁴, insere-a nos moldes da exclusão de antijuridicidade ⁵⁵.

⁵² Cfr. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro...ob. cit.*, p. 100.

⁵³ Dogmaticamente, a violação de um dever específico enquadra-se na denominada *responsabilidade contratual*, enquanto a violação de um dever genérico se realiza no âmbito da *responsabilidade extracontratual*.

⁵⁴ Cfr. FRADA, Manuel António Carneiro da. *A business...ob. cit.*, p. 83-85, nomeia-a como “exclusão de responsabilidade”; LEITÃO, Adelaide Menezes não nomina a *business judgement rule*. Diz que esta “configura uma regra que não visa delimitar a ilicitude, mas sim, na formulação positiva portuguesa, delimitar a responsabilidade, pelo que melhor se insere em sede de causalidade, funcionando de forma paralela à relevância negativa da causa virtual”. Cfr. *A responsabilidade dos administradores...ob. cit.*, p. 672; VÂNIA MAGALHÃES segue a doutrina: “a responsabilidade será excluída”, mencionando que *business judgement rule* se desenha como “o limite máximo de dever de cuidado dos administradores”, cfr. MAGALHÃES, Vânia Patrícia Filipe. “A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social”, *ob. cit.*, p. 394-395; CAETANO NUNES concebe a “*business judgement rule* como uma cláusula de exclusão da responsabilidade civil por violação do dever de gestão”, cfr. NUNES, Pedro Caetano. *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, 2012, p. 515; PAULO CÂMARA refere que a lei toma-a como cláusula de «exclusão de ilicitude», vide *O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, in *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, CÂMARA, Paulo [et al], p. 52, Almedina: Coimbra, 2008.

⁵⁵ Nos EUA jurisprudência do *Delaware* interpreta a *business judgement rule* como uma “presunção de licitude”. O CSC, pelo contrário, institui-a num modelo inverso, com base na “presunção de culpa” contida no art. 72.º, n.º 2. Há doutrina que entende que em Portugal há um baixo volume de litigiosidade nestes moldes e que poderia acentuar o défice de sentenças contra administradores, cfr. CÂMARA, Paulo. *últ. ob. cit.* p. 50.

1.4. Considerações finais

Pode-se concluir que os deveres dos administradores societários foram incrementados nos últimos anos por forte influência das regras do Direito Corporativo, precisamente do Governo das Sociedades. De um lado, facultaram a complementação das disposições vazias que havia no CSC, dando corpo a concretizações de deveres de ordem mais abstrata (como o dever de lealdade). Desse modo, os deveres dos administradores vieram autonomizar condutas, escrever-lhes os comportamentos devidos, especificar o tipo de agente, e, sobretudo, delimitar as condicionantes da gestão, oferecendo um novo *standard* que vem caracterizar a figura dos administradores.

Agora, o comportamento médio que lhes circunscreviam (*bonus pater familias*) já não é tão claramente aceite. Com a anotação da diligência sob o manto da *competência técnica* o atual sistema jurídico-societário entra no terreno da responsabilização com base na profissionalização dos administradores, e, portanto, a exigência jurídica já não atende ao padrão comportamental anterior, mas sim, releva as qualidades técnicas exigíveis ao cargo desempenhado. Isto porque, no atual estado de competição globalizada dos mercados, exige-se dos administradores de hoje habilidades que não lhes eram exigidas há anos atrás, daí a complexidade jurídica na previsão de comportamentos adequados aos tempos atuais e a necessidade de configurar a função dos administradores consoante as melhores regras de *compliance*^{56 57}.

Da mesma maneira que os deveres escrutinam o “bom administrador”, também servem como parâmetro para especificar / concretizar a ilicitude, bem como excluí-la – sob o fundamento da business judgement rule. No último caso considerando as decisões tomadas dentro da órbita tecnicista da gestão.

⁵⁶ Na ciência da gestão, o *compliance* significa a aderência a leis e regulamentações. Refere-se tanto ao alinhamento externo (leis de governo, órgão reguladores) quanto ao alinhamento interno (normas, códigos de conduta). O *compliance* está intimamente ligado ao conceito de *gestão de riscos*, no campo da *gestão*. Cfr. ROSEMANN, Michael [et al], “Gestão de riscos de processos de negócio, compliance e controles internos: uma agenda de pesquisa”, in *EloGroup (Grupo de Produção Integrada), da Universidade Federal do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://www.elogroup.com.br/download/MR001_Gestao_de_Riscos_de_Processos_de_Negocio.pdf (visitado em fevereiro de 2013).

⁵⁷ Em definição de FRADA, Manuel António Carneiro da, “A *compliance* corresponde na verdade ao conjunto de medidas e disposições que se destinam a assegurar o respeito pelas disposições da ordem jurídica na actividade da empresa, estendendo-se, por conseguinte, a todos os seus órgãos, trabalhadores e colaboradores. É interna à sociedade. A infracção de tais medidas não gera *per se* responsabilidade – da sociedade ou dos administradores – perante terceiros. Mas o seu cumprimento – ou a sua rejeição – pode reflectir-se também na conduta externa da sociedade (e ocasionar situações de responsabilidade da sociedade perante terceiros). Cfr. FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro. “O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores?”, in *Direito das Sociedades em Revista*, outubro 2012, ano 4, vol. 8, p. 73.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES

2.1. Considerações preliminares

Num estudo versando sobre a responsabilização em sede de insolvência, não se pode negligenciar os enunciados fundamentais da responsabilidade civil dos administradores. Sendo assim, nas linhas a seguir, far-se-á uma incursão sobre a generalidade da responsabilidade civil – temática da imputação de danos mediante a obrigação de indemnizar – e depois, serão traçadas as especificações da responsabilidade no quadro do direito societário – responsabilidade dos administradores. Mais adiante, serão pormenorizadas as responsabilidades consoantes o seu vínculo (sociedade, sócios, credores, etc.), para assim se interpretar posteriormente as questões da responsabilidade dos administradores no âmbito da empresa em crise, ou, da responsabilidade dos administradores pela insolvência societária.

Aproveitando-se dos sábios ensinamentos de HEINRICH HÖSTER para o esclarecimento de certos conceitos, satisfaz-nos a seguinte lição: «para que possa haver uma responsabilidade jurídica, é necessária a verificação de certos factos danosos onde os prejuízos não são suportados por quem os sofreu (*casum sentit dominus*), mas sim são imputados a quem os causou, ou seja, ao agente segundo *determinados* critérios legais, iguais para todos. A responsabilidade pressupõe assim a existência de um dano e o dever de indemnizar este dano na medida em que vai para além do risco geral de vida que cada um deve assumir individualmente ao tomar, sempre que possível, conta das suas coisas e cuidar dos seus interesses. Deve indemnizar aquele a quem o facto danoso é imputado por lei. Daí nasce a responsabilidade civil»⁵⁸.

É de notar a relevância do *comportamento* dos administradores no que diz respeito à sua influência nas causação de prejuízos à sociedade, sócios, credores, e aos terceiros especialmente interessados com o desenvolvimento da sociedade comercial. Neste peculiar, frisa-se que a responsabilidade dos administradores societários convoca os pressupostos da responsabilidade civil, *maxime*, os pressupostos da responsabilidade civil por factos ilícitos. Nesse sentido, poderíamos ocupar-nos da clássica definição da responsabilidade civil cuja demonstração de seus cinco tradicionais pressupostos estão plasmados no artigo 483.º do Código Civil, que estabelece uma cláusula geral de *responsabilidade civil subjetiva*, e por esta a obrigação de indemnizar implica uma conduta (fato voluntário) que represente a violação de um dever imposto pela ordem jurídica (ilicitude), sendo o agente [autor do facto] censurável (culpa), a qual tenha provocado prejuízos (dano) que sejam consequência dessa conduta (nexo de causalidade entre o facto e o dano)⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. HÖSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil Português – teoria geral do direito civil*, Almedina: Coimbra, 2005, p. 71.

⁵⁹ Não pretendemos neste trabalho desenvolver os pressupostos da causalidade. Limitar-nos-emos à *ilicitude* e à *culpa*. Sobre a causalidade adequada (art. 563.º do CC) na doutrina, *vide* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Causalidade Adequada e Previsibilidade: Comentário ao artigo 7.4.4. dos princípios

Uma introdução ao estudo da responsabilidade civil deve começar por situar juridicamente o problema social do dano e da sua imputação através da obrigação de indemnizar⁶⁰. Na responsabilização dos administradores o dano centra-se no prejuízo causado à sociedade, aos socios, credores, trabalhadores e aos *stakeholders*. A questão da imputação averigua-se pelo facto dos administradores estarem legitimamente alocados na função de gestão; e através de ações (ou omissões) – precedidas da violação dos deveres de condutas [padrões de diligência pelo qual opera a responsabilidade] –, sendo apurados tais factos (ilícitos e/ou culpáveis), se apresentaria o dever de indemnizar os lesados (sociedade, sócios, credores, etc.). Em uma apertada síntese propedêutica, a responsabilidade dos administradores depende de um facto ilícito e culposo, que desrespeita, ora deveres contratuais dos administradores, ora deveres legais ou disposições de proteção, ora, diretamente, posições e interesses delitualmente protegidos. Questiona-se, deste modo, quando e em que termos os administradores devem indemnizar pelos prejuízos causados por suas condutas.

A reforma de 2006 do CSC não tocou o “sistema externo” do regime jurídico-societário de responsabilidade civil pela administração societária. Manteve-se a opção legislativa – que remonta o DL 49 381⁶¹ – de arrumar as diversas responsabilidades pela administração em torno do critério do *titular ativo da indemnização*. Responsabilidade perante a sociedade, perante os credores sociais e perante os sócios e terceiros, sendo manifestações de responsabilidade por factos ilícitos, distinguem-se mais pelo *recorte de ilicitude* relevante do que pelo “princípio imputação”. Estando afastada a imputação pelo risco, o regime jurídico-societário da responsabilidade civil pela administração repousa na *culpa* dos administradores.

2.2. Análise da ilicitude e da culpa no art. 64.º

Considerando o conteúdo do artigo 64.º do CSC de forma autonomizada⁶² numa correlação com a responsabilidade civil dos administradores, e, identificando no seu bojo pressupostos que ultrapassam as simples “normas de conduta” (não necessitando

UNIDROIT e ao artigo 9.503 dos princípios de Direito Europeu dos Contratos”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, Almedina: Coimbra, 2005, p. 797-826.

⁶⁰ Cfr. FRADA, Manuel António Carneiro. *Direito Civil, Responsabilidade Civil – o método do caso*, Almedina: Coimbra, 2006, p. 60.

⁶¹ Pelo DL 49381, de 15 de novembro de 1969 (diploma dedicado à fiscalização de sociedades anónimas), a ordem jurídica portuguesa instrui-se de um novo modelo de regulação da responsabilidade civil dos administradores, abandonando o modelo de *raiz contratual* e passando a adotar o modelo de *raiz legal*. Apenas para ilustração, é válido lembrar que no modelo de raiz contratual [inspirado pelo *Code de Commerce*] releva a figura do contrato de mandato (onde os administradores eram verdadeiros mandatários da sociedade, sendo responsáveis apenas pelo não cumprimento do mandato e dos estatutos sociais). Havia ampla liberdade e escassa responsabilidade dos administradores. Vide RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro...* ob. cit., p. 78-82.

⁶² Há autores que não conferem autonomia aos deveres. Vide CORDEIRO, António Menezes. *Da responsabilidade civil dos administradores de sociedades comerciais*, LEX: Lisboa, 1997, p. 522-523, declara que “só por si o artigo 64.º não é susceptível de violação”. O mesmo autor, em *Os deveres fundamentais...* ob. cit., p. 57, reafirma tal consideração: “sistematicamente, o art. 64.º está desligado dos preceitos relativos à responsabilidade dos administradores”.

de outras normas para que se estabeleça a responsabilidade), tentar-se-á delimitar com maior precisão as concretizações da *ilicitude* e da *culpa*. A questão é normativamente relevante, não apenas por razões de sistemática, mas também pelas consequências normativas que encerra.

Considerável doutrina examina que no art. 72.º, n.º 1, do CSC, *presume a culpa* dos administradores pelos danos causados à sociedade (com preterição dos deveres legais ou contratuais), mas não *presume a ilicitude*, como observa ELISABETE RAMOS: “contra comportamentos ilícitos pode haver legítima defesa, mas não contra comportamentos culposos”⁶³. Assim, neste entendimento, a supracitada Autora considera que o artigo 64.º, n.º 1, consagra deveres legais dos quais são extraíveis «deveres objetivos de conduta», o que cumpre dizer que uma vez violados tais preceitos, o comportamento dos administradores será *ilícito*⁶⁴. Acrescenta ainda, que este entendimento não impede o afastamento sistemático entre o artigo 64.º e 72.º, pois, o intérprete, ao convocar o elemento sistemático, deve atender às conexões entre diversas normas; portanto, o artigo 64.º releva para efeitos de ilicitude e, conjugado com os restantes pressupostos exigidos pelo artigo 72.º, determina a responsabilidade dos administradores perante a sociedade.

Desse modo, a partida, os administradores apenas serão responsabilizados se tiverem sido culposas suas ações e / ou omissões (art. 72.º, 1, do CSC). Entende-se, dessa maneira, que as ações imputadas consoantes o *risco empresarial* não serão incluídas no âmbito da responsabilidade dos administradores. Esta classe de risco deve ser suportada pela sociedade, e logo a seguir pelos sócios que podem ver os seus investimentos desvalorizar⁶⁵. Importa, no fundo, proceder a uma concretização do dever de atuar com a diligência do gestor criterioso e ordenado, e com ele, simetricamente, da ilicitude. A este juízo não interessam as capacidades individuais para o desempenho das funções de administração: quem assume essa função, tem de possuir as aptidões próprias para tal – se necessário, assegurar-se previamente de que dispõe delas – e ater-se ao que por elas é exigido enquanto investido nessas funções. Essas capacidades devem, aliás, ser medidas relativamente ao tipo de sociedade que está em causa e não em abstrato⁶⁶.

COUTINHO DE ABREU & ELISABETE RAMOS⁶⁷ enfatizam veementemente

⁶³ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro...ob. cit.*, p. 112.

⁶⁴ No mesmo sentido, FRADA, Manuel António Carneiro da. *Direito Civil, Responsabilidade Civil – o método do caso*, Almedina: Coimbra, 2006, p. 119: «Cremos que o art. 64 contém um critério, não apenas de culpa, mas, desde logo, de *ilicitude*. A diligência de um gestor criterioso e ordenado é um padrão abstracto e genérico da conduta, estabelecido por aquilo que é em média exigível de quem administra, e, por isso, independente de saber se o concreto gerente ou administrador podia em certa situação específica observá-lo, em termos de ser susceptível, se o não fez, de uma censura pessoal».

⁶⁵ Os sócios, por sua vez, podem usar-se dos instrumentos processuais cabíveis para buscar a responsabilização dos administradores, v.g., a ação de responsabilidade proposta por sócios, constante no art. 77.º do CSC.

⁶⁶ Cfr. FRADA, Manuel António Carneiro da. *Direito Civil, Responsabilidade Civil – o método do caso*, Almedina: Coimbra, 2006, p. 120.

⁶⁷ Cfr. ABREU, J. M. Coutinho de; RAMOS, Maria Elisabete Gomes. Comentário do art. 72.º do CSC, in:

no sentido de consagrar a presunção de culpa inserida na parte final do n.º 1, do art. 72.º do CSC, numa ligação direta ao padrão geral de apreciação da culpa dos administradores em decorrência da (abstrata) “diligência de um gestor criterioso e ordenado” (art. 64.º, 1, a)) do CSC. Referem-se, ainda, ao caráter obrigacional da modalidade adotada pela responsabilidade civil dos administradores, que, deflagra a presunção de culpa na inversão do ónus da prova, dispensando a sociedade-autora de provar a culpa (art. 334.º, 1, do Cciv). Para os referidos Autores a presunção prevista no art. 72.º, n.º 1, não abrange a ilicitude. Pois, se for entendido que o preceito consagra também uma presunção de ilicitude, haveria de se intensificar, por via interpretativa, o *risco de responsabilidade civil dos administradores*. Consequentemente, bastaria à sociedade alegar e provar a ação/omissão dos administradores adequada a produzir um dano e daí extrair-se-iam as presunções de culpa e de ilicitude. Em termos práticos, a consequência jurídica deslocaria o regime jurídico-societário da responsabilidade civil pela administração do universo da responsabilidade subjetiva para aproximar da responsabilidade objetiva.

Contrariando ABREU & RAMOS, MENEZES CORDEIRO concorda com a presunção de culpa do n.º 1, do art. 72.º, porém sublinha o conteúdo da presunção de ilicitude na mesma norma. Salieta que a presunção de culpa envolve a de ilicitude. Enquanto ABREU & RAMOS defendem que a presunção de ilicitude aproxima à responsabilidade subjetiva, CORDEIRO afirma que a presunção de ilicitude está embutida na presunção de culpa. É o próprio “esforço exigível” do gestor “criterioso e ordenado”, «o que é natural, uma vez que a culpa e a ilicitude são, na responsabilidade obrigacional, incindíveis»⁶⁸.

Na clássica doutrina de RAÚL VENTURA e LUÍS BRITO CORREIA⁶⁹, não é correto abordar a questão da falta de diligência no âmbito da apreciação da culpa. Assim, há que, antes de mais, ter em conta, ao falarmos de ilicitude, estamos a falar do ato concreto que não corresponde ao devido, enquanto que, quando nos referimos à culpa, estamos a iludir ao juízo de censurabilidade pela prática de um ato que não é devido. Segundo os referidos Autores, a avaliação de um determinado ato, como violador do dever de diligência determina a sua ilicitude; a culpa será analisada posteriormente. Assim, explicam, que em termos de ilicitude, e uma vez que é impossível definir exhaustivamente quais são os deveres dos gestores, o recurso ao dever de diligência possibilita estabelecer uma linha de orientação, estabelecer um padrão de atuação ao qual há de reconduzir os atos concretos. Violado que seja tal critério padrão, praticará o gestor um ato ilícito. Por outro lado, há relevo igualmente em sede de culpa. Usando do padrão da diligência de um gestor criterioso e ordenado, pode-se concluir se um determinado ato violador de certo dever, i.e., se um determinado ato ilícito será ou não culposo, na medida em que seria ou não praticado por um gerente (administrador)

Código das Sociedades Comerciais em Comentário, IDET, n.º 1, Almedina: Coimbra, 2010, p. 842.

⁶⁸ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2011, p. 279.

⁶⁹ Cfr. VENTURA, Raúl; CORREIA, Luís Brito. “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas – estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português”, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 192, janeiro de 1970, Portugal, p. 95 e ss.

critérios e ordenado ⁷⁰.

A culpa exprime a censura dirigida ao agente e constitui, justamente, um dos «princípios da imputação» convocados no nosso sistema jurídico. Outros fatores importantes para aferir a culpa dos administradores, são, nomeadamente, a posição ocupada no conselho de administração (executivo ou não executivo) ou a capacidade efetiva de acesso à informação (v.g. quanto aos pelouros de que outros administradores se encontram especialmente encarregados) ^{71 72}.

2.2.1. O risco empresarial

Como foi visto *supra*, as ações imputadas consoantes o *risco empresarial* não serão incluídas no âmbito da responsabilidade dos administradores – em geral – tendo em vista que esta classe de risco deve – regra geral – ser suportada pela sociedade, e medianamente pelos sócios, que podem ver os seus investimentos desvalorizar. CARNEIRO DA FRADA, discorrendo acerca da particular especificidade em que se submetem os administradores, explica: «os deveres de boa administração reflectem a tensão entre a necessidade de preservar a integridade do património social, ou o *acquis* do empreendimento societário, e a de corresponder com o devido dinamismo aos impulsos de evolução da vida societária e empresarial. No seu conteúdo se repercute igualmente o objectivo e o fim social, que requerem uma constante e renovada fixação de orientações, uma direcção estratégica e tática – de política de negócios, de gestão do risco, de organização interna da empresa, etc. – destinados a permitir a sua realização. No desempenho de suas funções de direcção, os administradores gozam de autonomia, dispondo de espaços amplos de livre apreciação. A responsabilidade civil respeita-o» ⁷³.

A atividade empresarial é arriscada e não implica responsabilidade pelo resultado. Porém, isso não significa que o exercício da administração não esteja circunscrito aos limites da função. Nessa esteira, a autonomia funcional, lastreada na lei e nos estatutos (e demais instrumentos de proteção), impende aos administradores o respeito ao princípio da igualdade entre sócios, a divisão de competências entre os órgãos sociais, à obtenção de informações razoavelmente exigíveis para uma decisão conscienciosa – aludindo-se à *business judgement rule*. Por conseguinte, apreciados tais considerações, a responsabilidade tende a ser insindicável no exercício da administração.

⁷⁰ VENTURA, Raúl; CORREIA, Luís Brito. “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas – estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português”, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 192, janeiro de 1970, Portugal, p. 95 e ss. Vide em CUNHA, Tânia Meireles. *Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais: a culpa nas responsabilidades civil e tributária*, p. 44.

⁷¹ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *ob. cit.*, p. 120.

⁷² Na doutrina civilista, vale recortar os ensinamentos de ALMEIDA COSTA a respeito da ilicitude e da culpa: «Pode-se dizer que a ilicitude encara o comportamento do autor do facto sob um ângulo objectivo, enquanto violação de valores defendidos pela ordem jurídica (juízo de censura sobre o próprio facto); ao passo que a culpa pondera o lado subjectivo desse comportamento, ou seja, as circunstâncias individuais concretas que o envolveram (juízo de censura sobre o agente em concreto». Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 12.ª ed., Almedina: Coimbra, 2009, p.579.

⁷³ Cfr. FRADA, Manuel António Carneiro da. *Responsabilidade civil – o método do caso*, *ob. cit.*, p. 120.

É possível, pois, pensarmos em algum método para verificar a responsabilização dos administradores com base no *risco empresarial*? Expomos o seguinte esquema:

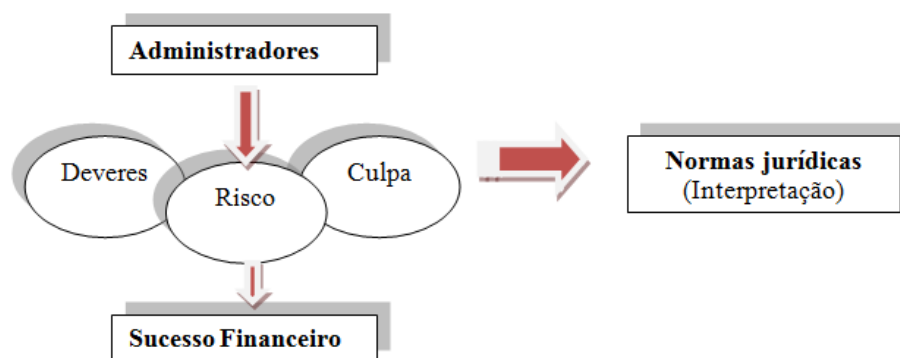


Figura 1: Esquema representativo do risco empresarial

Com base na ilustração acima colocamos as seguintes premissas:

a) o sucesso financeiro de uma organização empresarial só é alcançado mediante práticas de comportamentos arriscados; b) os administradores operacionalizam decisões com base no risco empresarial; c) na análise destas decisões (arriscadas) os administradores devem observar os deveres adstritos às suas funções; d) a culpa é a medida ultrapassada do risco empresarial permitido pela interpretação das normas jurídicas.

As ações arriscadas podem ser tomadas no contexto da observância dos deveres dos administradores – e, portanto, consideradas *lícitas*. Do mesmo modo, pode ser decidida fora destes parâmetros, ocasião em que se constata a *culpa*. No último caso tem-se o exemplo de decisões sem o devido cuidado à realidade financeira da empresa, e do resultado desta advir prejuízos à própria e conseqüentemente a terceiros. É possível que o *risco empresarial* transpassasse da organização (questões financeiras) para o decisor (negligente).

Pode-se entender em sentido semelhante, que as decisões operadas sob o *risco empresarial* são lícitas, visto que o Direito permite tais situações. E, partindo desta perspectiva, há uma excludente de ilicitude. Onde há licitude não há responsabilidade, pelo menos no domínio da responsabilidade subjetiva (e desta responsabilidade se trata). Ao contrário da responsabilidade objetiva, onde a licitude pode ensejar a responsabilidade⁷⁴.

As normas jurídicas funcionam nestes casos, não com o uso da coadunação de

⁷⁴ Sobre a diferença da aplicação da responsabilidade subjetiva e objetiva na esfera da responsabilização dos administradores, ULHOA COELHO faz comentário que esclarece basicamente o porquê da responsabilidade dos administradores ser subjetiva. Dessa maneira, destaca a diferença entre comportamentos ilícitos e lícitos. A responsabilidade subjetiva estaria na comprovação de comportamentos ilícitos, enquanto a responsabilidade objetiva necessariamente pode incorrer em virtude de comportamentos lícitos, bastando tão somente a constatação do dano. Cfr. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – direito de empresa, sociedades*, 17.^a ed., Editora Saraiva: São Paulo, 2013.

factos às regras legais (tão-só), mas antes deverão ser interpretadas no sentido de contextualizar o comportamento dos decisores (administradores) à observância dos deveres societários, e se tais decisões assentam num contexto de *equilíbrio* entre a realidade dos factos juridicamente aceitáveis ou reprováveis nas relações jurídico-empresariais. A verificação do *desequilíbrio* entre o aceitável e o reprovável marcará a medida de culpa (consequentemente, de responsabilidade).

2.3. A responsabilidade dos administradores perante a sociedade no direito societário português (art. 72.º do CSC)

Foi visto que o conteúdo do artigo 64.º do CSC estatui os deveres gerais dos administradores, na mesma esteira em que consagra os critérios de ilicitude e culpa. Prosseguindo no terreno da responsabilização por atos ilícitos, o artigo 72.º e seguintes do CSC vêm consagrar a responsabilidade civil dos administradores, valendo-se daqueles pressupostos que tipificam a *conduta desejada* no âmbito da gestão societária, nomeadamente os já estudados no referido artigo 64.º. Por agora, passar-se-á a especificar a responsabilidade dos administradores consoante o prejuízo afetado – isto é, pelo desrespeito à conduta desejada pelas relações jurídicas –, seja o dano da sociedade, dos sócios ou dos credores. Diante disso, é oportuno esclarecer que a *ação social* de responsabilidade destinada a obter o ressarcimento deste prejuízo, pode ser promovida pela sociedade, pelos sócios e pelos credores sociais, porém esta não é de finalidade do presente estudo.

Numa aproximação ao regime da responsabilidade civil dos membros do órgão de administração, resulta que o simples insucesso económico da sociedade, e porventura até a sua insolvência, não são suficientes de *per se* para responsabilizar quem a geriu. Na verdade, os sócios devem exigir que os administradores cumprissem todos os seus deveres, mas não podem requerer que os administradores obtenham necessariamente o sucesso económico. O sistema jurídico-societário de responsabilidade civil pela administração assenta, por um lado, no incumprimento de deveres que informam a função dos administradores e, por outro lado, na culpa individual⁷⁵.

No âmbito da responsabilidade dos administradores perante a sociedade, o artigo 72.º do CSC, proclama o regime jurídico da responsabilidade civil perante a sociedade por atos ou omissões ilícitos, culposos e danosos no exercício da administração.

A relação entre administradores e sociedade é de índole contratual: decorre do contrato de administração / gestão⁷⁶. O que não quer dizer que o facto de advir da lei a sua regulamentação (contrato típico), a relação jurídica societária, assim como a relação de administração estar prevista no texto legal, faça com que seja afastada a natureza

⁷⁵ Parafraseamos RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas*, p. 25.

⁷⁶ A este respeito, MENEZES CORDEIRO sublinha que os deveres contratuais referidos no artigo 72.º, n.º 1, nascem dos estatutos, das deliberações sociais, de contratos de administração, e de pactos parassociais. Cfr. CORDEIRO, António Menezes. *Da Responsabilidade civil dos administradores*, p. 494; *Vide* também a este respeito, FIGUEIREDO, Isabel Mousinho de. “O administrador delegado”, in *O direito*, ano 137.º, vol. III, 2005, p. 560-561.

contratual. Ao revés, como assinala PAIS DE VASCONCELOS: “a natureza contratual da responsabilidade civil consagrada no artigo 72.º do CSC é confirmada pelo n.º 1 do aludido artigo, ao estatuir que os gestores respondem *salvo se provarem que actuaram sem culpa*. Este regime de presunção de culpa é característico da responsabilidade contratual”⁷⁷. Desse modo, a relação que vincula o administrador e a sociedade está contemplada nos estatutos e no contrato de administração. Igualmente, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA revalida a consideração de COUTINHO DE ABREU ao afirmar que a relação dos administradores com a sociedade será uma relação obrigacional complexa – e por isso a responsabilidade dos administradores pelos danos causados à sociedade será sempre contratual ou obrigacional⁷⁸.

Pode-se concluir peremptoriamente que a regra de presunção de culpa do artigo 72.º, sendo contratual, segue-se nos mesmos moldes da presunção de culpa dos artigos 798.º e 799.º do Código Civil, o que salienta o ónus probatório de uma conduta não culposa por parte dos administradores⁷⁹. Os administradores têm de provar que *atuaram em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*, pelo simples facto de a parte contrária (sociedade) haver provado a violação de algum dos deveres de administração⁸⁰.

⁷⁷ Cfr. VANCONCELOS, Pedro Pais. *Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais*, p. 21.

⁷⁸ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “O artigo 72.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais consagra uma presunção de ilicitude?” Texto de apoio às aulas do Curso de Mestrado em Direito dos Contratos e das Empresas da Universidade do Minho, 2013/2013.

⁷⁹ Neste ponto, ELISABETE RAMOS explica que a *inversão do ónus da prova* (pela presunção de culpa conferida aos administradores), dispensa a sociedade-autora (ou quem tem legitimidade para intentar ação social de responsabilidade) de provar a culpa (art. 344.º do CCiv.), Cfr. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O Seguro...* ob. cit., p. 120-121; a mesma autora cita CUNHA, Paulo Olavo. *Direito das sociedades comerciais*, p. 719, a dizer que o referido autor também segue opinião de que a presunção de culpa é aquela que circunscreve o art. 799.º do CCiv., e não a do art. 493.º, n.º 2. Cfr. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *últ. ob. cit.*, p. 120, nota 493; Em sentido distinto, FRADA, Manuel António Carneiro da, explica que de acordo com as regras gerais de distribuição do ónus da prova, parece que cabe ao lesado – a sociedade – a prova da violação dos deveres legais ou contratuais dos administradores. Ou seja, considerando o artigo 72, n.º 1, compete-lhe a demonstração da infração, na falta de um dever específico, e algum dos deveres de “cuidado” previstos no artigo 64, n.º 1. Mas tal afigura-se muito insuficiente para uma adequada tutela do lesado. Ele não está inúmeras vezes em condições de fazer a prova plena da ilicitude assim definida, desde logo por falta ou dificuldade de acesso à informação relevante. Daí que se imponha uma facilitação judicial da prova ao lesado, com admissão de uma prova por verossimilhança (prova *prima facie*). Uma prova, portanto, que se contente com a presença de indícios suficientes da violação de tais deveres, instaurando-se de imediato o diálogo probatório e mediante a devolução ao administrador da palavra na matéria. Cfr. FRADA, Manuel António Carneiro. “A *business judgement rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores”, *ob. cit.*, p. 86-87.

⁸⁰ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, ressalta que «os casos de responsabilidade civil dos administradores são, sempre ou quase sempre, casos de responsabilidade civil por cumprimento defeituoso dos deveres de gestão», por isso considera que «estando em causa a responsabilidade civil (contratual ou obrigacional) por cumprimento defeituoso, o credor tem o ónus da alegação da prova de que há tipicidade - ou seja: de que há um “desencontro objectivo” entre aquilo que o devedor fez e aquilo que o devedor devia ter feito». De seguida, o reputado A. leva o leitor a refletir de que a *tipicidade* indicia a *ilicitude*. Nisso, para provar a tipicidade, o credor (sociedade) terá de fazer prova no sentido de que o devedor (administrador) agiu em “desencontro objetivo” entre aquilo que fez e aquilo que devia ter feito; de outro lado, para justificar a

Para distinta doutrina, opina-se que há uma presunção não só de *culpa* (do n.º 1, do art. 72.º), mas também uma presunção de ilicitude pelo n.º 2, do artigo 72.º ⁸¹. Tendo em conta que por esta última normativa é exigido do administrador a prova do cumprimento dos deveres impostos pelo n.º 1, do artigo 64.º, significando dizer, que se não for provado que o administrador agiu de acordo com o plano objetivo do dever-ser ali contido, a sua conduta será qualificada como ilícita. Resulta disso, uma exigência maior pelos atos dos administradores, posto que deverão provar a *compliance* (respeito às normas de gestão, comportamento devido) ⁸².

Posto isto, a responsabilidade para com a sociedade é responsabilidade de índole primária, resultante do contrato de administração entre administradores e sociedade, também denominada “responsabilidade interna”. A relação contratual (obrigacional) constituída direta com a sociedade repercute na efetivação da responsabilidade, cuja prova da violação dos *deveres* implica na responsabilização dos administradores.

2.4. A responsabilidade dos administradores perante os credores sociais

A forma da responsabilidade dos administradores perante os credores sociais perfilha o mesmo parâmetro da responsabilidade perante a sociedade. Contudo, neste assunto, colocam-se os deveres fundamentais dos administradores – norteados pela necessidade de proteção do interesse da sociedade – em consideração com as normas de proteção dos credores sociais. No mesmo sentido, conforme o transcrito anteriormente, os deveres de cuidado e de lealdade do artigo 64.º servirão como proteção *prima facie* da sociedade. Procuraremos defender que nas decisões societárias e no cumprimento dos deveres que adstringem os administradores, os mesmos deverão de tomar a devida atenção aos interesses dos credores, o que nos permite considerar que os referidos deveres protegem mediata ou reflexamente estes interesses. Tendo em vista que a responsabilidade civil dos administradores se funda no *incumprimento de deveres* ⁸³, consagrados em “normas legais ou contratuais destinadas a proteger os credores sociais”.

Em seu estudo, ADELAIDE MENEZES LEITÃO confirma que, na verdade, é do interesse social o cumprimento das obrigações da sociedade para com os credores sociais, admitindo-se que, neste domínio, embora possa funcionar alguma

ilicitude, o devedor (administrador) terá de fazer a prova de que o “suposto” “desencontro objetivo” entre aquilo que fez e aquilo que devia ter feito não é ilícito, conforme o alegado pelo credor (sociedade). Para o Autor, a ilicitude não é presumida. Vide OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *últ. ob. cit.*, p. 8-10.

⁸¹ Este é o entendimento de VASCONCELOS, Pedro Pais. *últ. ob. cit.*, p. 24. O mesmo autor salienta que no regime anterior à reforma de 2006, era incumbida à sociedade a prova da demonstração de ilicitude pelos administradores. O sistema era claro e clássico: a prova de ilicitude da conduta cabia à sociedade e ao gestor cabia provar que não tinha culpa.

⁸² Portanto, num pleito judicial, o administrador deve provar que não desrespeitou a *conduta desejada*, que não desrespeitou o dever de “boa administração”. Se esta prova não for possível, resta-lhe provar, para não ser condenado, que agiu sem culpa.

⁸³ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. “Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais”, *Studia Iuridica*, n.º 67, Coimbra editora: Coimbra, 2002, p. 30.

discricionariedade empresarial, não pode ser vista como permitindo aos administradores incumprirem disposições legais ou contratuais de proteção ⁸⁴.

A responsabilidade dos administradores perante os credores sociais deve ser subsidiária da responsabilidade da sociedade para com estes ⁸⁵. A jurisprudência, sem embargo, reconsidera esta subsidiariedade, afirmando que ao abrigo do disposto no artº 78º do CSC, a *direta* responsabilização dos administradores para com os credores da sociedade só surge quando se verifique a *culposa* inobservância das normas de proteção que *provoque* uma insuficiência patrimonial social para a satisfação dos respetivos créditos ⁸⁶.

Com efeito, a sociedade responde perante os credores sociais pelo incumprimento das obrigações através do modelo obrigacional dos artigos 798.º e 799.º do CC. Se o património da sociedade permite satisfazer as suas obrigações neste domínio, não há que recorrer à responsabilidade dos administradores, na medida em que não existe dano (daí a subsidiariedade). A verificação do dano dos credores encontra-se, por isso, dependente de *insuficiência* patrimonial da sociedade, que funciona como *conditio sine qua non* do recurso à responsabilidade ex artigo 78.º do CSC. Portanto, admitindo a opinião de ADELAIDE MENEZES LEITÃO⁸⁷, trata-se, assim, de uma responsabilidade de segunda linha ⁸⁸. É de se entender, portanto, que o dano não suportado pela sociedade deverá ser devido pelo administrador que atuou consoante a inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção dos credores sociais. Pois nos termos do n.º 1, do artigo 78.º do CSC, «os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade 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».

Segundo COUTINHO DE ABREU, há, nestes casos, *responsabilidade direta dos administradores para com os credores sociais*. Ainda que possa existir, em simultâneo e

⁸⁴ Cfr. LEITÃO, Adelaide Menezes. “*Responsabilidade dos administradores...*” *ob.cit.*, p. 674.

⁸⁵ Ou seja, a responsabilidade “natural” é da sociedade para com os credores sociais, tendo a subsidiariedade o seu carácter residual (nos casos em que se suscitam os fatores de culpabilidade e ilicitude por parte dos administradores, e provados os prejuízos ocasionados aos credores sociais, por conseguinte, a sociedade não puder suportar tais prejuízos – haverá a responsabilidade dos administradores).

⁸⁶ Nesse sentido, entendimento do relator RUI MOURA, em decisão do proc. 3306/08.7TBGDM.P1 no Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 11/07/2012. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em fevereiro de 2013).

⁸⁷ LEITÃO, Adelaide Menezes. *ob. Cit.*, p. 675.

⁸⁸ No mesmo sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Da Responsabilidade Civil dos administradores...*, *ob.cit.*, p. 494-495, prefere designar a responsabilidade dos administradores perante a sociedade como responsabilidade de carácter delitual, pois considera que na relação entre os credores sociais e administradores não existe a pressuposição de vínculos específicos. Compreende o citado A. que a relação entre administradores e credores sociais situar-se-iam no âmbito do abuso de Direito. Seguindo a mesma opinião, *vide* NUNES, Pedro Caetano. *Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Accionistas*, p. 36-37.

pelos mesmos factos, responsabilidade para com a sociedade ⁸⁹ ⁹⁰.

Ora bem, há de se concluir que a inobservância culposa é para com os credores. Daí o *supra* referido Autor considerar tal situação como concretização da responsabilidade direta dos administradores para com os credores sociais. De facto, nesta previsão legal, denota-se que os administradores parecem agir com violação (ou inobservância culposa) ao direito de crédito dos credores, de modo direto ⁹¹. Entretanto, a inobservância culposa em si não é suficiente para admitir a responsabilização perante os credores sociais. O elemento *insuficiência* do património social é fator condicionante para subsumir a ilicitude.

A *ilicitude* ⁹², enquanto pressuposto da responsabilidade para com os credores sociais, compreende a violação, não de todo e qualquer dever impendendo sobre os administradores, mas tão-só dos deveres prescritos em disposições legais (entendidas em sentido amplo) ou (muito raramente) estatutárias de proteção dos credores sociais. Assim, a inobservância das normas de proteção ⁹³ leva à responsabilização dos

⁸⁹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho. “Diálogos com a jurisprudência, II – responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 2, vol. 4, Almedina: Coimbra, março 2010, p. 53. Vide também RAMOS, Maria Elisabete Gomes. “Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas”, *ob. cit.*, p. 187 e ss.

⁹⁰ MENEZES CORDEIRO utiliza o termo o *privilégio da irresponsabilidade* para destacar a separação clássica da responsabilidade da pessoa coletiva da de seus administradores e situações de responsabilidade direta. Descreve: «Mercê da técnica da personalidade colectiva, a sociedade responde pelos actos dos administradores: mesmo quando ilícitos. Apenas circunstâncias especiais poderão quebrar o privilégio, levando à responsabilização directa dos próprios administradores. E há razões para isso: a permanente responsabilização dos administradores iria enfraquecer qualquer iniciativa económica, além disso, impediria um recrutamento de qualidade». Cfr. CORDEIRO, António Menezes. *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2011, p. 272.

⁹¹ A grande indagação neste ponto é explicar o sentido da norma consoante o pragmatismo dos casos. Parece ser evidente que a norma intenciona responsabilizar diretamente o administrador que não observou as normas de proteção dos credores. Esta inobservância tem um sentido psicológico direto contra os devedores. De outro lado, as regras gerais da personalidade societária induzem à responsabilização subsidiária, e, portanto, haveria sempre que se recorrer ao património societário num primeiro momento.

⁹² ABREU, J. M. Coutinho de. *últ. ob. cit.*, ainda refere que entre as normas legais de proteção, importa assinalar as do artigo 6.º do CSC (delimitação da capacidade jurídica das sociedades) e do artigo 18.º do Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas – CIRE (no que tange ao dever de apresentação à insolvência).

⁹³ Nas palavras de NUNES, Pedro Caetano. *A responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas*, p. 38-39, «nem toda e qualquer ingerência ou ataque à pessoa ou ao seu património geram a obrigação de indemnizar. Os bens jurídicos gerais pessoa e património são muito extensos. É necessário delimitar os danos ressarcíveis. A tarefa de delimitação dos danos ressarcíveis é realizada através da determinação da ilicitude dos comportamentos lesivos. Nos termos do disposto no art. 483.º do Código Civil, existem duas formas ou modalidades de ilicitude, a saber: a violação de um direito de outrem e a violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios. A primeira forma de ilicitude constitui a violação de direitos absolutos, isto é, direitos protegidos *erga omnes*, tais como o direito à vida, o direito à integridade física, os diversos direitos de personalidade, os direitos reais, a propriedade industrial. A segunda forma de ilicitude constitui a violação de normas de protecção, isto é, de disposições legais que protegem determinado interesse particular, pese embora não confirmem um direito subjectivo. Exige-se que a norma de conduta esteja descrita na lei. Exige-se que a tutela dos interesses particulares

administradores perante os credores sociais desde que tal inobservância *cause* – aqui o nexo de causalidade – *uma diminuição do património social* (dano direto da sociedade) *que a torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos* (dano indireto dos credores). Esta insuficiência patrimonial traduz-se em o passivo da sociedade ser superior ao ativo dela ⁹⁴, consoante as regras contabilísticas (numa interpretação do artigo 78.º, n.º 1, do CSC); já no domínio do Direito da Insolvência, o critério de insolvência está atrelado à incapacidade de cumprimento das dívidas vencidas (art. 3.º, n.ºs 1 e 2, do CIRE) ⁹⁵.

Em comentário recente a respeito deste assunto, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA ⁹⁶ se pauta no uso dos requisitos de *dano indireto* e *dano direto* de terceiros para averiguar a medida de responsabilidade. *Grosso modo*, pelo primeiro compreendem-se aqueles danos ocorridos na esfera da sociedade, e o segundo, os danos sofridos pelos sócios ou terceiros (danos patrimoniais). Salienta-se que os danos vinculados à interpretação do art. 78.º, n.º1, são por decorrência da insuficiência patrimonial da sociedade, e como resultado desta diminuição, o seu património se tornou insuficiente para a satisfação dos créditos. A partir disso, esclarece o supracitado A.: «estando em causa um *dano directo de terceiros*, o requisito de que o património da sociedade se torne insuficiente não faz sentido algum; estando em causa um dano

figure entre os fins da norma privada, isto é, que o legislador tenha pretendido proteger os particulares, não bastando um mero efeito reflexo decorrente da protecção de outros interesses (o interesse colectivo). Exige-se ainda que a norma proteja o particular contra aquela precisa espécie de danos ou perigos, contra aquele modo de lesão. Em ambos os casos, a ilicitude pressupõe sempre a violação de uma norma de conduta. No primeiro caso, o comportamento é ilícito atento ao seu resultado, porquanto é violado um direito com eficácia *erga omnes*. No segundo caso, a ilicitude reside na maneira de agir, estando a conduta descrita (com precisão) na norma violada. Em suma, o comportamento pode ser ilícito atendendo ao seu resultado ou atendendo à maneira de agir»; RAMOS, Maria Elisabete Gomes sublinha que “a responsabilidade *autónoma* dos administradores perante os credores sociais assenta na «inobservância (...) das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção destes [dos credores sociais]» (art. 78.º, n.º 1). Esta delimitação restritiva da ilicitude mantém conexões com as «normas destinadas a proteger os interesses alheios» referidas no art. 483.º, n.º 1, do CCiv. Valorizando, justamente, a referida ligação, dir-se-á que as normas destinadas a proteger os credores sociais são caracterizadas por terem em vista a ofensa de deveres impostos por lei que, embora proteja interesses particulares, não confere qualquer direito subjectivo a tal tutela. Acrescem, ainda, os seguintes requisitos próprios: *a)* que à lesão dos interesses dos credores corresponda a ofensa de uma norma legal; *b)* que se trate de interesses dos credores sociais protegidos por essa norma e não de simples interesses reflexos ou por ela reflexamente protegidos, enquanto tutela de interesses gerais indiscriminados; *c)* que a lesão provocada pelo administrador se efective no próprio bem jurídico ou no interesse privado que a lei tutela”. Cfr. RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *O seguro...* ob. cit., p. 126-127.

⁹⁴ *Idem, ibidem*.

⁹⁵ Embora o critério do art. 3.º do CIRE seja mais amplo, pois considera a insolvência (num viés consoante à viabilidade da empresa) relativa à incapacidade de cumprir (pontualmente) as obrigações vencidas e consoantes a capacidade contabilística da mesma (passivo > ativo). Enquanto o n.º 1, do art. 78.º do CSC se fecha à insuficiência patrimonial que está estritamente atrelada à ideia de balanço contábil.

⁹⁶ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Uma proposta de coordenação entre os arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 9, Almedina: Coimbra, 2013, p. 78 e ss.

*indirecto alguns terceiros (dos credores da sociedade) o requisito de que o património da sociedade se torne insuficiente faz (pode fazer) algum sentido»*⁹⁷.

Entende-se, com isso, o porquê da diferenciação de aplicabilidade prática do artigo 78.º do CSC e do artigo 79.º. Os dois, em geral, tratam de condicionantes comportamentais e seus reflexos referentes a *terceiros* – o primeiro quando fala em credores sociais, e o segundo quando fala propriamente em terceiros. Porém, a diferenciação clássica está na conceituação dos danos: o art. 78.º diz respeito ao dano *indireto ou reflexo*, pois «*se o património da sociedade fosse suficiente, a má gestão não poderia causar danos indirectos ou danos reflexos aos credores da sociedade; se, porém, o património da sociedade não fosse suficiente, e só se o património da sociedade não fosse suficiente, a má gestão poderia causá-los*»⁹⁸. Nota-se a causação de “alguns danos” a terceiros (só aos credores sociais); enquanto o dano perpetrado na esfera do artigo 79.º não depende de insuficiência patrimonial, bem como independe da violação de disposições legais ou contratuais para a proteção de terceiros, pois sendo dano *direto* basta tão somente a insatisfação creditória dos terceiros. Mas como isso se manifesta na prática?

Pelo artigo 79.º do CSC, os administradores respondem apenas pelos danos que *diretamente* causarem a terceiros. Parece-nos que não há uma ligação entre o facto que causou o dano e o património da sociedade, mas apenas pela expressão de ato próprio do administrador enquanto representante da sociedade. O dano originado na esfera funcional há de causar um dano *direto* na esfera de terceiros, sem a pressuposição de (in) suficiência patrimonial da sociedade. Assim, na prática, os terceiros que sofreram danos por decorrência da insuficiência patrimonial da sociedade podem ser indemnizados por via da proteção do artigo 78.º, e os demais terceiros, enquanto lesados por dano independente de insuficiência patrimonial societária, poderão acionar suas indemnizações por intermédio da proteção geral do artigo 79.º do CSC.

Importa de igual modo, sublinhar a dupla diferenciação entre a responsabilidade pelos danos diretos causados à sociedade, prevista no artigo 72.º, n.º 1, do CSC, e a responsabilidade pelos danos indiretos ou reflexos, causados aos sócios, prevista no já referido artigo 78.º, ressaltando que os danos (indiretos) dos credores são sempre danos (diretos) da sociedade⁹⁹. Nesta situação, tem-se pela primeira a responsabilidade contratual decorrente do contrato de gestão entre sociedade e administrador, pela segunda opera-se a responsabilidade extracontratual¹⁰⁰.

⁹⁷ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *últ. ob. cit.*, p. 80.

⁹⁸ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *últ. ob. cit.*, p. 80, citando PAIS DE VASCONCELOS.

⁹⁹ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O ónus da prova da culpa no art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais*, Texto de apoio às aulas do Curso de Mestrado em Direito dos Contratos e das Empresas da Universidade do Minho, 2013/2013, p. 4.

¹⁰⁰ Como muito bem analisa COUTINHO DE ABREU, em citação de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA: «entre administradores e a sociedade há uma relação obrigacional com deveres primários de prestação; entre os administradores e os credores da sociedade, não haveria nenhuma relação obrigacional com deveres primários de prestação: “as relações creditórias ligam os credores à sociedade, não os administradores”». Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *últ. ob. cit.*, p. 2.

A *culpa* nos casos de responsabilidade perante os credores sociais, assenta-se na aferição da norma do artigo 64.º, n.º 1 do CSC, a), da inobservância da conduta alinhada ao *gestor criterioso e ordenado*, bem como ao resultado verificado. A *ilicitude* assenta na violação das normas de proteção dos credores sociais e na causação de uma insuficiência patrimonial. Conjuga-se a violação dos deveres de proteção com a insuficiência patrimonial. Consta-se o dano, verifica-se a causalidade ¹⁰¹. Nesta ocasião, a culpa não é presumida; têm os credores o ónus de provar a responsabilidade, que é aferida de acordo com o critério do gestor criterioso e ordenado ¹⁰².

Há, porém, requisitos bastante exigentes para que se tenha lugar a responsabilidade delitual ¹⁰³ dos administradores por violação de normas de proteção para com os credores sociais. Efetivamente, só são indemnizados os danos que se encontrem no âmbito de proteção da norma violada e, para além da necessidade de qualificar a norma em abstrato e em concreto como norma de proteção, é ainda preciso que seja provado que foi a sua violação a causa da insuficiência patrimonial da sociedade ¹⁰⁴.

A partir da constatação da insuficiência patrimonial, indaga-se: qual o limite do dano ressarcível pelos credores sociais em concorrência com a sociedade? Para a satisfação de seus créditos, podem os credores exigi-los acima da perda patrimonial da própria sociedade?

Não restam dúvidas de que a insuficiência patrimonial é um dano provocado no património da sociedade, é um dano da sociedade, e que tal prejuízo é suscetível de determinar o dano (indireto) dos credores sociais ¹⁰⁵. Nessa esteira, o dano dos credores poderá ser *superior* ao dano sofrido pela sociedade – a insuficiência patrimonial –, ou poderá ser *inferior* a este. De acordo com MENEZES CORDEIRO, em citação de ELISABETE RAMOS, «a indemnização deve equivaler à medida da insuficiência patrimonial verificada» ¹⁰⁶. Pelo que presumimos dessa assertiva é que os credores não podem fundar os seus pedidos acima da insuficiência do património lesado da sociedade, e em conta disso, não seria razoavelmente admissíveis pedidos exorbitantes a

¹⁰¹ Cfr. LEITÃO, Adelaide Menezes. *Ob. cit.*, p. 675, a *ilicitude* caracteriza-se pela violação das normas de proteção, denotada na insuficiência patrimonial, e a culpa pela aferição das regras do artigo 64.º, n.º 1 do CSC.

¹⁰² Cfr. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro...ob. cit.*, p. 135.

¹⁰³ Lembrando que a responsabilidade delitual (ou extra-obrigacional) tem a sua origem no *neminem laedere*: no dever de não causar prejuízo a outrem, de raiz jusromânica.

¹⁰⁴ 104 Cfr. LEITÃO, Adelaide Menezes. *Ob. cit.* p.675. Para entender casuisticamente, colocamos o facto do administrador “transferir”, “alienar” ou “ceder” bens da sociedade que administra para outras sociedades (tentando evadir o património social) é uma violação clara das normas de proteção dos credores sociais, e portanto, são atos ilícitos – aqui contemplamos a *ilicitude*; COUTINHO DE ABREU ademais assevera, para que os administradores possam ser responsabilizados perante os credores sociais, não basta a prova do facto ilícito (e culposo). É ainda necessário que o facto cause ou agrave a insuficiência do património social para a satisfação dos respetivos créditos. *Vide* ABREU, J.M. Coutinho de. “Diálogos da jurisprudência...” *ob. cit.*, p. 54.

¹⁰⁵ Cfr. RAMOS. Maria Elisabete Gomes, *últ. ob. cit.*, p. 132.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 132.

este dano ¹⁰⁷. Este é o entendimento sintetizado por ELISABETE RAMOS, de que o caminho mais ajustado é o de fazer corresponder o *limite máximo* da indemnização a reclamar pelos credores com o *dano provocado pelos administradores no património social*. Sendo o crédito (não cumprido) superior ao dano provocado, os credores só poderão reclamar dos administradores até ao valor do dano provocado no património social. Há, pois, de evitar o duplo ressarcimento. Assim, se, por força da ação social de responsabilidade, os administradores indemnizarem esta pelos danos provocados, já não poderão os credores sociais reclamar a indemnização ao abrigo do artigo 78.º, n.º 1, porquanto já não haverá insuficiência patrimonial ¹⁰⁸. O limite é, portanto, o dano de insuficiência patrimonial advindo à sociedade.

Para com os credores sociais, portanto, opera-se uma responsabilidade secundária (responsabilidade externa). Pois depende de outros fatores para além dos requisitos clássicos da responsabilidade civil. Desse modo, há a necessidade da existência do elemento *insuficiência* patrimonial da sociedade como gerador da violação das normas de proteção dos credores sociais. Esta componente (insuficiência) é resultado dos danos indiretos (reflexos) sofridos pelos credores, logo que o dano direto ocorreu na própria sociedade.

2.5. A responsabilidade dos administradores perante sócios e terceiros

No artigo 79.º, n.º 1, do CSC, encontra-se instituído a responsabilidade dos administradores perante os sócios e terceiros prejudicados. A letra do diploma diz no n.º 1: *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*.

Viu-se que o vínculo jurídico que liga os administradores à sociedade se confirma através do contrato de administração. O que pressupõe que tal contrato teve a anuência dos sócios. Por sua vez, os administradores devem cumprir estritamente os deveres de administração que são impostos pela função que lhes compete. De seguida, todo e qualquer dano causado pelos administradores no exercício de suas atividades empresariais, em regra, deve ser indemnizado pela sociedade (princípio da separação patrimonial).

Nessa linha, consagra-se a conceção da sociedade como um ente autónomo de os sócios, o que se concluiria que os sócios e terceiros, devem buscar suas indemnizações, primariamente, à sociedade. Com efeito, o artigo 79.º, n.º 1, refere-se aos danos causados *directamente* ¹⁰⁹ pela ação dos administradores aos sócios e terceiros. Daí a

¹⁰⁷ No mesmo sentido, *vide* ABREU, Jorge Manuel Coutinho & RAMOS, Maria Elisabete Gomes, “Responsabilidade civil de Administradores e de sócios controladores”, in: *Séries Micelâneas do IDET*, n.º 3, Almedina: Coimbra, 2004, p. 73.

¹⁰⁸ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *últ. ob. cit.*, p. 133.

¹⁰⁹ Importa ressaltar a diferença de dano *direto* e dano *indireto*. Conforme VASCONCELOS, Pedro Pais de. “Responsabilidade civil dos gestores...” *ob. cit.*, p. 29-30, «são danos indirectos aqueles que se produzem no património da sociedade e que indirectamente prejudicam os sócios ao reduzirem o valor das suas participações sociais ou terceiros, como empregados cujo emprego fica em perigo ou cujos salários

responsabilidade *delitual*, motivada pelo facto de os administradores e sócios não terem qualquer relação jurídica nas sociedades com personalidade jurídica ¹¹⁰. Entraríamos no campo da causalidade adequada. Da relação entre o facto ilícito e culposo do administrador e o dano dos sócios e terceiros de forma *directa e imediata*. Sublinha-se, entretanto, que a norma visa aqui defender não é a extensão da responsabilidade dos administradores por condutas lesivas reflexas pelos danos, mas o ponto fulcral concentra-se no dano *directo* advindo da ilicitude dos administradores contra o património dos sócios (a parte excluída do património autónomo da sociedade) e de terceiros. Ora, como explica ELISABETE RAMOS, «é possível que um mesmo facto ilícito dos administradores prejudique simultaneamente o património social (directamente) e o dos terceiros (também directamente), havendo então espaço quer para acção de responsabilidade para com a sociedade, quer para acção de responsabilidade para com os terceiros» ¹¹¹.

A responsabilidade para com os sócios e terceiros, refere-se, portanto, a uma responsabilidade directa. Decorre da ação *directa* do administrador sem a interveniência da sociedade, do modo a provocar o dano directo. Não há necessidade de o dano ser causado pela insuficiência patrimonial da sociedade, visto que a sociedade não é causa directa do dano na esfera jurídica dos sócios ou terceiros.

2.6. Os titulares do direito à indemnização

Não poderia ficar de fora o comentário a respeito dos *titulares* do direito à indemnização. Quem tem a titularidade? A sociedade, os sócios ou os credores?

Não há dúvida que a titularidade do direito à indemnização pertence à sociedade, executada por intermédio da *ação social*, também conhecida como *ação ut universi*, ou através da *ação ut singuli* (em substituição pelos sócios).

O direito é apenas um e de um só titular – a sociedade –, admitindo-se apenas a substituição processual do sócio na sua interposição caso a sociedade não se manifeste, sendo o resultado dessa ação sempre em favor da sociedade e nunca do sócio que interpôs a ação em benefício desta. Não são os sócios quem originariamente e em primeira linha são titulares de um direito de ação contra os administradores da sociedade em cujo capital participam pelos danos que aqueles causaram à sociedade; é a sociedade a única titular desse direito de natureza indemnizatória, é ela a lesada e é seu

beneficiam de menores aumentos. Estes danos indirectos dão lugar à responsabilidade perante a sociedade e os sócios e terceiros podem exercer a correspondente ação sub-rogatoriamente, se a sociedade não o fizer, com vista à recuperação pela sociedade do respectivo dano. Os danos directos são aqueles que se produzem directamente na esfera patrimonial dos sócios ou terceiros sem o serem através da sociedade. Tal sucede, por exemplo, quando os gestores dão aos sócios informações falsas em assembleia geral. Também deve responsabilizar os gestores as informações falsas prestadas ao mercados (*forecasts*) sobre evolução futura das cotações e as práticas de manipulações de cotações. (...) No fundo, a questão é denexo de causalidade, um problema comum na teoria da responsabilidade civil».

¹¹⁰ Cfr. VASCONCELOS. Pedro Pais de. “Responsabilidade civil dos gestores...” *ob. cit.*, p. 29. Tal responsabilidade delitual não ocorreria nas sociedades despersonalizadas.

¹¹¹ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Últ. ob. cit.*, p. 139.

o respetivo crédito que reverterá sempre a seu favor ¹¹².

O direito à indemnização radica na sociedade, mas, se esta omitir exercê-lo, podem-se-lhe substituir os sócios que, isoladamente ou em conjunto, detenham pelo menos o mínimo exigido legalmente do capital social ¹¹³. Trata-se então duma ação proposta por substituição processual da sociedade pelo sócio (ou sócios), que assim atua(m) em nome próprio, mas por conta da sociedade ¹¹⁴. Não se trata de um direito do sócio contra a sociedade, mas do direito do sócio a propor a ação em lugar da sociedade ¹¹⁵. O que resulta na seguinte ordem: não exercido o direito substantivo pela sociedade (seu titular), nem pelo sócio (em substituição dela), pode ainda qualquer credor *sub-rogar-se* à sociedade nesse exercício, como determina o art. 78.º, n.º 2, do CSC, em sintonia com a norma geral do art. 606.º do CC ¹¹⁶.

Em síntese, radica na sociedade, e não no sócio ou no credor, o direito à indemnização por ato ilícito (em violação do dever legal, estatutário ou contratual) praticado pelos administradores. Aqueles, portanto, têm o direito social garantido no plano processual, mas nunca de natureza substantiva.

2.7. Considerações finais

Estudados os campos da responsabilidade civil em consonância com cada parte envolvida nos destinos da sociedade (a própria sociedade, sócios, credores e terceiros), pôde-se observar que o CSC proclama o regime jurídico da responsabilidade civil por atos ilícitos e culposos que resultaram em danos a estes entes relacionados, por ocasião da prática de gestão.

Constatou-se que nas questões referentes à particularidade das relações empresariais, em determinadas situações o prejuízo não se enquadra como pressuposto base para a verificação da responsabilidade. É verdade que o dano é a regra no direito privado ¹¹⁷. Mas no âmbito do círculo das relações empresarias onde as tomadas de

¹¹² Cfr. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º 111/11.7TVLSB.L1-6, de 23/03/2012, Relatora TERESA SOARES. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em fevereiro de 2013).

¹¹³ Vide art. 77.º do CSC.

¹¹⁴ Cfr. FREITAS, José Lebre de. “Do tribunal competente para a ação de responsabilidade de gerente ou administrador de sociedade comercial”, in *Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. II, ed. especial 2011, Universidade Católica Portuguesa Editora: Lisboa, p. 305.

¹¹⁵ JOSÉ LEBRE DE FREITAS critica o caráter pouco rigoroso do legislador a despeito da figuração do “direito social”, mas conclui ser este direcionado aos sócios. No sentido processual o direito social é um direito do sócio – veículo para o exercício de um direito substantivo da sociedade. Cfr. FREITAS, José Lebre de. *últ. ob. cit.*, p. 306.

¹¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 305.

¹¹⁷ Na dogmática civilista da responsabilidade civil, o prejuízo ocupa a totalidade da condição de responsabilidade. Como discorre MENEZES LEITÃO: «conforme se referiu, a responsabilidade civil resulta na obrigação de indemnizar “os danos” sofridos pelo lesado. O dano apresenta-se por isso como condição essencial da responsabilidade. Por muito censurável que seja o comportamento do agente, se as coisas correrem bem e ninguém sair lesado, não poderá ele ser sujeito de responsabilidade». Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, vol. I, 2010, p. 343; No direito societário, especialmente no que se refere às relações empresarias, a censura jurídica não deve ser vinculada ao

decisões são baseadas geralmente no risco das relações económico-financeiras, é manifestamente aceitável uma margem de discricionariedade que faculte a liberdade empresarial (para a promoção dos negócios). Portanto, há exceção.

De outro lado, levando-se em consideração que o *prejuízo*, e, a falta de património social, constitui-se o primado principal da responsabilização, adquire-se, do mesmo modo, relevância, o estudo do comportamento dos administradores como uma função preponderante para a concretização da responsabilidade.

Assim, o *comportamento* é expresso pela conduta dependente de facto ilícito e de culpa, e estas são reflexas do desrespeito aos deveres fundamentais, contratuais, legais, às normas de proteção e aos interesses delitualmente protegidos. Exige-se, portanto, uma postura em conformidade com o *standard* que a lei define (e o *compliance* deseja), atualmente consagrado na figura do gestor criterioso e ordenado do artigo 64.º do CSC.

Observamos que o artigo 64.º tem a função, entre outras, de ser operado como norma autónoma de consagração da *ilicitude*, posto que os deveres legais ali contidos são deveres emanados de um contrato e da lei, e a exigência de sua obediência não é só abstrata ou censurável, mas sim um dever em concreto (dever de cuidado, dever lealdade, dever de informação, etc.). Independentemente de sua autonomização, para fins de responsabilidade, este artigo pode ser conjugado com o artigo 72.º, n.º 1, do CSC (onde há a presunção de *culpa*) sob o manto da interpretação sistemática.

Sob a premissa de que “toda ação culposa é ilícita, mas nem toda ação ilícita é culposa” diríamos que só as condutas culposas dos administradores podem incorrer em responsabilização. Pois há condutas ilícitas (como a violação de uma norma de proteção) que poderão ter a sua ilicitude excluída por meio da *business judgment rule*, onde se aceita o *risco empresarial*.

dano, justo porque a margem de discricionariedade confere a liberdade de o agente “cometer erros” (dentro da esfera permissiva da *gestão de riscos*), e estes “erros” se manifestam concretamente nos prejuízos.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES NA INSOLVÊNCIA

3.1. Comportamentos precedentes que fundam a responsabilização dos administradores

O comportamento dos administradores de uma sociedade na fase que precede a insolvência deve ser tratado com certa acuidade, considerando que os interesses dos credores sociais podem se contrapor a atuações levadas a cabo pelos administradores na gestão societária. Efetivamente, é mais comum no âmbito empresarial observar que aqueles que determinam o rumo da sociedade conduzem ações mais arriscadas e na constatação do insucesso, sob o ponto de vista financeiro, quem suporta o mesmo são os credores sociais (visto que o capital social [*subscrito*] que supostamente garantiria o crédito social é na grande maioria dos casos insuficiente para garantir as dívidas da sociedade).

Tendo em conta a proteção conferida pela responsabilidade limitada, que na sociedade por quotas está contida no artigo 197.º, n.º 3, do CSC, o qual determina: “*só o património social responde para com os credores pelas dívidas da sociedade*”, o sócio (e / ou seu representante – administrador) só responde, internamente, perante a sociedade, até o valor subscrito pela sua entrada. Significando em regra, que estes *nunca* serão responsáveis pelas dívidas da sociedade, a qual tem constituído um património próprio para este efeito, operando uma imputação patrimonial distinta que responde pelas suas dívidas e cujas linhas limítrofes de responsabilização esbarram-se no limite do património social ¹¹⁸. Em razão dessa proteção conferida até o limite do capital societário, os riscos para os credores sociais aumentam significadamente.

Por outro lado, os administradores levados pelo sentimento da responsabilidade à subscrição do capital societário e pela imputabilidade do património pessoal, sentem-se motivados à prática de atos que lhes permitam, pelo menos, adiar o fim da atividade empresarial, nos casos de manifesta insolvência. Sobretudo, numa gestão contrária aos fundamentos da atividade económica de uma sociedade, podem aproveitar de sua posição privilegiada e assim dilacerar o património social em proveito próprio ou de terceiros.

Presumindo um comportamento mais ético por parte dos administradores, estes podem não manifestar a apresentação à insolvência em virtude de uma suposta

¹¹⁸ A responsabilidade sem dúvida se limita ao património societário. Contudo, o CSC permite aos sócios a possibilidade de ser convencionada uma espécie de garantia *suplementar* aos credores, decorrente de estipulação no contrato social da responsabilidade direta dos sócios para com os credores sociais, conforme o art. 198.º do *Código*. RAÚL VENTURA comenta que o mencionado artigo «pressupõe que uma pessoa que aceita fundar uma sociedade por quotas nem sempre está disposta a efectuar imediatamente uma contribuição vultosa, mas admite uma eventual contribuição futura, em função das obrigações que a sociedade venha a contrair; esse é um dado da prática, motivado ou pela prudência de não arriscar demasiado sem ver o desenvolvimento da sociedade, ou por falta de meios iniciais para a efectivação de contribuição mais elevada, ou até pela esperança de que a responsabilidade assumida não venha a ser efectuada e funcione, portanto, apenas como um reforço do crédito da nova sociedade». Cfr. VENTURA, Raúl. *Sociedades por quotas*, vol. I, 2.ª reimpressão da 2.ª ed. de 1989, Almedina: Coimbra, 1999, p. 58.

conservação de sua reputação profissional, e, portanto, retardar o início de um processo insonvencional, que por sua vez prejudicaria substancialmente o direito de crédito, visto que o tempo é um fator fundamental para assegurar a liquidação dos bens societários em benefício da satisfação dos credores.

No outro lado estão os credores sociais, atentos à gestão cautelosa da sociedade devedora. O património social é para estes o único garante de seus créditos, e, portanto, a sua conservação é ainda mais importante quando se constata ou se verifica a aproximação da crise patrimonial societária. Sendo assim, que tipo de medida seria mais adequada para tutelar os direitos de crédito dos credores? Aquela em que se antecipa ou se inicia mais cedo possível o processo de insolvência visando a diminuição de risco quanto à fuga de património societário ou aquela medida que considera a preservação da sociedade e dos postos de direção (temporariamente) com vista à melhor preservação do capital societário e consequente melhor distribuição dos créditos no rateio entre os credores?

Instala-se um conflito de valores, nomeadamente no campo da decisão *temporal* sobre a permanência ou liquidação da sociedade. Observe que, se os credores adiantarem o processo de insolvência, se se precipitarem para a cobrança do crédito em processo de insolvência, correm o risco de o património societário perder valor de mercado, de a reputação da *empresa* ser depreciada e consequentemente o seu património ver-se diminuído, o que na mesma proporção diminuiria na divisão dos bens entre os credores na fase da liquidação. No mesmo sentido, com o início de um processo de insolvência, poderia haver a hipótese de *chumbar* a possibilidade de recuperação da sociedade viável, bem como a potencialização do crédito disponível, o que acarretaria, de igual modo, a diminuição no rateio entre os credores.

No entanto, de outra banda, há de se extraírem boas perspectivas. Caso os credores desejarem atuar de imediato tão logo se aperceber da verificação ou da aproximação da insolvência (critérios do *balance sheet test* e *cash flow test*)¹¹⁹, estarão salvaguardando-se de eventuais condutas “oportunistas” dos administradores, como o desvio do capital patrimonial da sociedade seguido pela impossibilidade de liquidar o dito crédito.

Visualizando-se ambas alternativas, FÁTIMA RIBEIRO sugere algumas considerações. Para a Autora a tutela dos credores deve ser assegurada sob duas condições: a *prevenção* de riscos (como os comportamentos oportunistas dos administradores); e a *previsão* de meios para a satisfação do crédito durante a fase de liquidação¹²⁰.

¹¹⁹ Uma dura crítica pela adoção dos critérios do *balance sheet test*, como base de imputação ao sócio, é levada a cabo pelo grupo de estudos inglês presidido por JONATHAN RICKFORD, cfr. J. RICKFORD (Ed.), *Reforming Capital – Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance*, in EBOR, 2004, p. 919, apud MIOLA, Massimo. “La tutela dei creditori ed Il capitale sociale: realtà e prospettive”, in *Rivista delle Società*, anno 57.º, marzo-giugno 2012, fascicolo 2.º - 3.º, Giuffrè Editore, Milano, p. 273 (nota 106).

¹²⁰ Conforme a dissertação de FÁTIMA RIBEIRO: «No âmbito das intervenções legislativas destinadas a assegurar a tutela dos credores de uma sociedade que se aproxima da insolvência, a prevenção deve ser o

No direito comparado espanhol a doutrina menciona o dever de apresentação à insolvência (*deber de solicitar el concurso*) que é típico dos administradores, correlacionado à ideia do *dever geral de diligência* perante as situações de insolvência, tendo em conta a competência dos administradores para o requerer, sob pena de responsabilidade (art. 5, 165.1 e 172 da LC) ¹²¹.

3.2. Do CPEREF ao CIRE: diminuição da tutela dos credores?

À época que vigorava o CPEREF (Código dos Processos Especiais e de Recuperação da Empresa e de Falência, aprovado pelo DL n.º 132/93, de 23 de abril) havia dispositivos que imputavam responsabilização aos administradores no seio da insolvência de forma objetiva. Os revogados artigos 126.º -A, 126.º -B e 126.º -C proporcionavam, na opinião da doutrina, “equilíbrio” ou “ajustes de contas” ¹²². Tais artigos previam consequências aos administradores (dirigentes) sociais com reflexos na situação do património destinado à satisfação dos credores sociais. O artigo 126.º -A, cuja epígrafe “Responsabilização solidária dos gerentes” estabelecia o dever de o tribunal declarar a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores pelas dívidas da falida, pelos comportamentos que tivessem *contribuído significadamente* (prática de atos no decorrer dos dois últimos anos anteriores à sentença) para a falência da sociedade em virtude das funções que exerciam (a requerimento do Ministério Público ou do credor). A sanção destinada a estes, conforme o n.º 1 desse artigo era o pagamento do passivo dessa sociedade. No n.º 2, do mesmo artigo, apresentava-se um rol de comportamentos atribuídos aos administradores societários, sendo tais considerados como de *contribuição significativa para a insolvência da sociedade* ¹²³.

objectivo prioritário, logo seguido da previsão de meios que possam assegurar a melhor satisfação possível (senão integral) dos credores na liquidação da sociedade insolvente. Por outras palavras, no ordenamento jurídico devem existir normas cujo fim seja prevenir, nesta fase, a realização de potenciais riscos que, para os credores, possam advir de comportamento “oportunistas” por parte daqueles que controlam a empresa societária. Mas se o risco se materializa, a tutela dos credores sociais passará pela existência de regras que permitam minimizar as suas perdas». A A. ainda defende a posição de que o processo de insolvência deve começar o mais cedo possível. Destaca, para o efeito de responsabilização dos administradores, a «actuação que contribua para a diminuição do património líquido da sociedade, nomeadamente atrasando a apresentação da sociedade à insolvência». Cfr. RIBEIRO, Maria de Fátima. “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência”, in *O Direito*, ano 142.º, vol. I, 2010, p. 83-84.

¹²¹ Cfr. MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando. *La Acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Marcial Pons: Madrid, Barcelona, 2005, p. 363.

¹²² RIBEIRO, Maria de Fátima. *A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência*, p. 121.

¹²³ O referido n.º 2, do 126.º -A, do revogado CPEREF enunciava: “Entende-se que contribuíram em termos significativos para a insolvência da sociedade ou da pessoa colectiva os gerentes, administradores, directores ou outras pessoas que, de facto, a dirigiram, sempre que tenham:”

- a) Destruído, danificado, inutilizado ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património social;
- b) Ocultado ou dissimulado o activo social;
- c) Criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, fazendo, nomeadamente, com que tenham interesse directo ou indirecto;

Se no artigo 126.º -A, do CPEREF previam-se as situações de responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores (excepcionalidade ao princípio da separação patrimonial), no artigo 126.º -B, intitulado “Depósito do passivo a descoberto” dispunha nada mais do que a “cobrança judicial” devida pelos administradores em virtude daqueles comportamentos considerados como *contribuído de modo significativo* para a falência. Além do mais, previa-se no artigo 126.º -C, a *falência pessoal* do administrador que não sanasse o dano dos credores sociais (depósito da quantia devida), sendo esta declarada no próprio apenso do processo principal de falência.

Pode-se considerar que o anterior diploma do direito da insolvência, “facilitava” a objetivação da responsabilidade civil dos administradores, porém, sobretudo, pode-se considerar que a tutela dos direitos de crédito dos credores sociais ganhava mais “corpo” eminentemente por via das previsões expressas de responsabilização daqueles sujeitos.

No novo diploma (não tão recente, já remonta o ano de 2004) – o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – CIRE, a responsabilidade civil dos administradores na insolvência está inserida indiscutivelmente no artigo 186.º deste. Ali se encontra a transposição “aperfeiçoada” dos artigos 126.º-A,B,C, do CPEREF para o novo diploma. Com efeito, agora não há mais os critérios “objetivos” de responsabilização com base em sanção típica. Parece-nos que o novo critério impescinde de articulação com a teoria da responsabilidade civil e das normas do CSC, para depois, formar o “novo corpo” de sanções reflexas dos comportamentos exigidos neste artigo (186.º). Começamos a dar razão à doutrina que considera o novo diploma insolvencial como merecedor de crítica no que diz respeito à responsabilização, principalmente no que concerne à materialização das sanções típicas ¹²⁴.

-
- d) Comprado mercadorias a crédito, revendendo-se ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação;
 - e) Disposto dos bens da pessoa colectiva em proveito pessoal ou de terceiros;
 - f) Exercido, a coberto da personalidade colectiva da empresa, uma actividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa; Feito do crédito ou dos bens da sociedade ou da pessoa colectiva uso contrário ao interesse desta, em proveito pessoal ou de terceiros, designadamente para favorecer outra empresa na qual tenham interesse directo ou indirecto;
 - g) Prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência;
 - h) Mantido uma contabilidade fictícia, ou feito desaparecer documentos contabilísticos da pessoa colectiva, ou deliberadamente omitido a organização de qualquer contabilidade.

Normas aditadas pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 315/98, de 20/10.

¹²⁴ Nesse sentido, CARNEIRO DA FRADA assinala: «comparada com o anterior direito, a solução dificulta a efectivação da responsabilidade contra os administradores, mesmo quando é perceptível um motivo para tal. Obriga à construção dos fundamentos da acção a partir de regras e doutrinas gerais numa matéria em que a lei podia ter mostrado caminhos mais fáceis e seguros para a efectivação da aludida responsabilidade: estabelecendo com maior grau de especificação as situações susceptíveis de gerar uma obrigação de indemnizar e os princípios que regulam a sua imputação aos sujeitos como forma eficaz de combate a falências culposas e incentivo a certos padrões mínimos de uma administração criteriosa e ordenada. O que de resto estava ao alcance do legislador, que por outro lado concretizou profusamente

Na tentativa de concretizar a responsabilização dos administradores o CIRE vem usar-se do clássico procedimento e de previsão comportamental. Pelo procedimento inaugurou o *incidente de qualificação da insolvência*, prescrito no Título VIII do Código. A função essencial deste procedimento é dar vazão a julgamentos concernentes aos tipos de insolvência: se esta é culposa ou fortuita. Trocando em miúdos, quer saber se há ou não causadores da insolvência. E se de facto há pelo menos indícios de *conditio sine qua non* entre a insolvência e as condutas dos administradores, e, portanto, uma insolvência “provocada”, abrindo oportunidade para a instauração do incidente no decorrer do processo de insolvência. De outro lado, a previsão comportamental irá apreciar a culpa, e por esta desencadeará o dever de reparação de danos consoante a medida de culpabilidade devida pelos administradores por razões da “má conduta”.

Antes da última reforma, podia se observar que o CIRE não contemplava nenhuma norma de imputação de danos, como ocorria no CPEREF com o regime de “responsabilização solidária de danos“. O legislador havia abolido este regime. Era de se estranhar tal supressão de comportamentos devidos, como assinala CARNEIRO DA FRADA: «era certamente de se esperar numa época marcada pelo agudizar do fenómeno da insolvência no nosso país e tendo em conta o objectivo, professado solenemente no preâmbulo do CIRE, de alcançar “uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares da empresa e dos administradores da pessoa colectiva”, que se regulasse com especial decisão a questão. Mas não se previu, no plano substantivo, esta responsabilidade. Considerou-se que o regime do código anterior não era, nem tecnicamente correcto, nem idôneo ao fim a que se destinava. Preferiu-se, por isso, criar, com outros efeitos, o “incidente de qualificação da insolvência”»¹²⁵. No entanto, o incidente de qualificação de insolvência a partir da Lei 16/2012 de 20 de abril, foi reformulado e regressa o velho conceito de imputação. Este se torna facultativo, anteriormente era aberto em todos os processos oficiosamente¹²⁶, é o atual instrumento para qualificar a responsabilidade dos administradores societários na insolvência. Destina-se a apurar se a insolvência é fortuita ou culposa.

3.3. Efeitos gerais da insolvência sobre os administradores

A matéria sobre os efeitos da insolvência é quase inesgotável, atinge uma ampla área no domínio da responsabilidade jurídica. Para além do Código da Insolvência e da

hipóteses de insolvência culposa, embora não para efeito de responsabilidade civil». Cfr. FRADA, Manuel António Carneiro. *A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, II, Lisboa, 2006, p. 671. FÁTIMA RIBEIRO considera que o novo diploma insolvencial ressentirá (para pior) na tutela dos interesses dos credores sociais. Cfr. RIBEIRO, Maria de Fátima. *Últ. ob. cit.*, p. 92.

¹²⁵ Cfr. FRADA, Manuel António Carneiro. *últ. ob. cit.*, p. 670.

¹²⁶ Antes da Lei 16/2012 o incidente era oficiosamente aberto com a declaração de insolvência (art. 36.º, i), do CIRE, ou seja, operava-se em todos os processos de insolvência, com exceção 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). Com a nova prescrição legal, dispõe o artigo 36.º, n.º 1, alínea i), que na sentença que declara a insolvência o juiz “caso disponha de elementos que justifiquem a abertura do incidente de qualificação da insolvência, declara aberto o incidente de qualificação, com carácter pleno ou limitado”.

Recuperação de Empresas – CIRE –, os efeitos estendem-se no âmbito civil e penal. Não é do propósito deste estudo alargar a investigação noutros territórios, assim, concentrar-se-á nos efeitos enquanto à pessoa do devedor ¹²⁷, representado aqui pelo comportamento dos administradores enquanto legítimos agentes causadores de prejuízos por decorrência da atividade empresarial.

A primeira regra condicionada aos administradores em caso de insolvência é aquela que diz respeito ao poder de administração do património societário, e reflexamente, ao poder de representação perante a sociedade e terceiros. No artigo 81.º do CIRE, o tópico sobre “efeitos da declaração de insolvência” evidencia a relevância da “transferência” dos poderes de administração e disposição dos bens societários. Opera-se, nesta circunstância, a mudança de titularidade na gestão do património societário. Com a declaração de insolvência, os administradores são excluídos da administração e representação da sociedade, dando lugar ao administrador de insolvência. CATARINA SERRA classifica este efeito no rol dos efeitos *necessários* ¹²⁸.

Esta classe de efeito que impende sobre os administradores societários, notadamente sobre a perda da legitimidade de levar a cabo os negócios da sociedade, é um dos tipos de pena que sempre esteve ligado à figura do representante do negócio.

Num contexto histórico, antes mesmo de existir a sociedade, a empresa e as demais formas de atividade que enseja a organização racionalizada dos negócios, sobre o devedor falido recaia as mais duras formas de punição, desde a punição pela *morte*

¹²⁷ A declaração de insolvência tem efeitos de vária ordem, aos quais é dedicado o título IV do Código. A sistematização desse título reparte-se por quatro capítulos, sendo o primeiro relativo aos efeitos sobre o devedor e outras pessoas (arts. 81.º e ss.), o segundo relativo aos efeitos processuais (arts. 85.º e ss.), o terceiro aos efeitos sobre os créditos (arts. 90.º e ss.), o quarto relativo aos efeitos sobre os negócios em curso (arts. 102.º e ss.) e o quinto relativo à resolução em benefício da massa insolvente (arts. 120.º e ss.). Em anotação, MENEZES LEITÃO assinala: «é de referir que a sistematização adoptada não parece ser a melhor, mesmo tomando em consideração os efeitos da sentença em relação ao falido e aos credores e os efeitos sobre os actos prejudiciais à massa, quer da sistematização do CPEREF, que distinguia efeitos em relação ao falido, efeitos em relação aos negócios jurídicos do falido, e efeitos em relação aos trabalhadores do falido. Na verdade, e na sequência do já defendido pelo JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falidos”, na ROA 55 (1995), PP. 641-688 (642 e ss.) e MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os efeitos substantivos da falência*, Porto, Universidade Católica, 2000, PP. 183 e ss., parece-me que se deverá distinguir entre efeitos em relação ao insolvente e efeitos em relação aos actos praticados pelo insolvente. E nestes últimos, haverá que distinguir entre actos anteriores à declaração de insolvência, actos em curso e actos futuros. Parece-nos que é esta a sistematização que deveria ter sido adoptada pelo Código e não o ser suscitam-se confusões desnecessárias». Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado*, 2.ª ed., Almedina: Coimbra, 2005, p. 102.

¹²⁸ Segundo a classificação da Autora, que classifica dentro dos “efeitos do devedor” duas subespécies de efeitos: *efeitos necessários* e *efeitos eventuais*, pelo primeiro «entende-se aqueles cuja produção é automática e não depende senão da prolação da sentença que declara a insolvência do devedor. Integram-se aqui a privação dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente (cfr. art. 81.º), os deveres de apresentação no tribunal e de colaboração com os órgãos da insolvência (cfr. art. 83.º), o dever de respeitar a residência fixada na sentença (cfr. art. 36.º, al. c)) e o dever de entrega imediata de documentos relevantes para o processo (cfr. art. 36.º, al. f))». Vide SERRA, Catarina. *O novo regime português da insolvência – uma introdução*, p. 25.

física (direito romano)¹²⁹, prisão em cárcere privado¹³⁰, cárcere público¹³¹, banimento da *cives*¹³², até a responsabilidade pela *morte civil*, num estágio mais propenso à utilização dos efeitos da falência num sentido a um *capitis deminutio* (ou seja, uma autêntica morte civil) que perdurou até a pouco tempo em nosso ordenamento jurídico¹³³.

À luz do vigente direito da insolvência, a primeira punição relaciona-se com a perda do poder de administração, já a responsabilização *personal* dos administradores pelo prejuízo causado ou agravado em razão da insolvência, depende, em primeira instância, de uma “sentença de qualificação da insolvência como *culposa*” (artigo 189, n.º 2, do CIRE¹³⁴). Ademais, esta sentença deverá identificar as pessoas afetadas por tal qualificação (artigo 189, n.º 2, a), pois só estas serão submetidas às reações previstas nas alíneas b, c, e d, do n.º 2, do artigo 189 do CIRE.

Nota-se ainda, o carácter *fragmentário* e *não automático* dos efeitos da responsabilidade – só determinadas condutas que estão previstas na lei são caracterizadoras de responsabilização, e, portanto, passíveis de sanção aos administradores. Aquelas não definidas na lei são excluídas de responsabilização. Aliás,

¹²⁹ A Lei das XII Tábuas estabelecia que, em caso de não cumprimento da obrigação, o credor poderia legitimamente apoderar-se do devedor e inclusivamente vendê-lo como escravo *trans Tiberim* ou matá-lo por esquartejamento (*partes secanto*). Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes. *Direito da Insolvência*, ob. cit., p. 23.

¹³⁰ Após a *Lex Poetelia Papiria de nexis*, em 326 a. C., mitigou-se o carácter penal do procedimento, proibindo-se o *nexun dare* (devedor oferecia-se ao credor em penhor, para conseguir libertar da obrigação através de seu trabalho, situação semelhante à escravidão) e evitar a escravatura e morte do devedor, mantendo, porém, o cárcere privado por dívidas. Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes. *últ. ob. cit.*, p. 24.

¹³¹ No ano 491 de nossa era, Zenão outorgou a extinção da prisão em cárcere privado, e a partir daí a prisão por dívidas passa a ser realizada em cadeia do Estado. Segundo UMBERTO NAVARRINI, citado por LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes. *últ. ob. cit.*, p. 25.

¹³² O *bannum perpetuum* implicava a *capitis deminutio* do falido, com a inscrição num *albo* especial, a interdição de cargos públicos e a proibição do exercício do comércio – na Idade Média. Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes. *últ. ob. cit.*, p. 30.

¹³³ Com a relação a *capitis diminutio*, o ordenamento falimentar português aceitava até a pouco tempo, a limitação à capacidade eleitoral dos falidos. V.g. artigo 3.º, al. c) do DL, n.º 319-A/79, de 3 de maio (Lei Eleitoral do Presidente da República), cfr. SERRA, Catarina. “Efeitos da declaração da falência sobre o falido”, in: *Scientia Iuridica*, n.º 274/276, separata, 1998, p. 268-269; Vide ainda FIUZA, César Augusto de Castro. “Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade”, p. 57-58, in: *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, vol. 22, Belo Horizonte, 2011.

¹³⁴ Importante relembrar a seguinte conceituação: Por intermédio da culpa, a ordem jurídica considera que a atuação do administrador merece censura ou reprovação do direito porque, atendendo às circunstâncias, ele podia ter agido de outro modo. 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. Em lição clara sobre tipicidade, ilicitude e culpa, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA expõe sabiamente: «a *tipicidade* consiste no “desencontro objectivo entre o que se deve fazer e o que na realidade se faz”; a *ilicitude*, no juízo de valor negativo que a ordem jurídica emite acerca de determinado acto; a *culpa*, no juízo de valor negativo que a ordem jurídica emite acerca de determinado *agente*, de determinada *pessoa*, por ter actuado ilicitamente (i. e.: contra o direito), embora pudesse actuar licitamente (i. e.: conforme o direito)», cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “O artigo 72.º ...”, *ob. cit.*, p. 7.

o seu carácter *não automático* provém da conceção de que é necessária uma sentença judicial de responsabilização, e não apenas a declaração de insolvência.

3.4. A insolvência culposa: considerações à aplicação das novas regras

Inserido na matéria relativa aos efeitos da sentença de insolvência, a legitimidade de determinar um *juízo prévio* da responsabilização dos administradores societários é designada ao Administrador da Insolvência (AI). O AI tem legitimidade para propor e fazer seguir as ações destinadas às indemnizações pelos prejuízos cometidos pelos administradores antes, durante ou posteriormente ao processo de insolvência, com intuito de efetivar a responsabilização dos administradores. Ou seja, à luz da alínea a) do n.º 3, do art. 82.º do CIRE, o AI tem *legitimidade exclusiva* para, *durante o processo de insolvência, propor e fazer seguir a ação social de responsabilidade*. Por exemplo, o AI ao abrigo dos artigos 72.º, n.º 1, do CSC e 82.º, n.º 3, a), do CIRE, vai intentar ou fazer seguir a ação 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 insolvente ¹³⁵.

A norma estabelece que *durante* a pendência do processo de insolvência, no art. 82.º, n.º 3, do CIRE, impõe o afastamento das regras jurídico-societárias relativas à legitimidade ativa (de terceiros) para a propositura ou seguimento da ação social de responsabilidade.

Se o regime jurídico-societário confere legitimidade ativa 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), credores da sociedade (art. 78.º, n.º 2, do CSC), sócios minoritários, por intermédio da ação *ut singuli* ¹³⁶ (art. 77.º do CSC) — o CIRE atribui

¹³⁵ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. “A insolvência...” *ob. cit.*, p. 15.

¹³⁶ A ação social *ut singuli* é um instrumento subsidiário para a proteção dos sócios minoritários. «a subsidiariedade deve reconhecer àqueles sócios que, isoladamente ou agrupados, possuam acções representativas da percentagem de capital necessária para que lhes seja reconhecida a legitimidade para a propositura desta acção o direito de requererem a introdução de assuntos na ordem do dia, bem como o direito de requererem a convocação da assembleia geral – permitindo-lhes então, por estes meios, subordinar sempre a decisão de propositura da acção de responsabilidade à vontade da maioria dos sócios, expressa através de deliberação tomada em assembleia geral». Em síntese, «cabe ao colectivo dos sócios, reunido em assembleia geral, a definição do interesse social em cada momento da vida da sociedade comercial, sempre tendo por limite a prossecução do seu fim, que é o da obtenção de lucros, a fim de serem repartidos pelos mesmos sócios.

Logo, é dever dos sócios que pretendam intentar acção social “*ut singuli*” submeterem o assunto da propositura da acção social de responsabilidade à assembleia geral de sócios, onde têm assento, permitindo assim que esse órgão possa definir concretamente o interesse social na matéria em apreço – sempre ficando acautelado o seu interesse, indirecto, de garantia do conteúdo do seu direito de participação social. Pois se a sociedade deliberar não propor a acção ou se, tendo deliberado propô-la, não a propuser no prazo de seis meses a contar dessa deliberação, sempre lhes assistirá o direito de recorrerem à ação social “*ut singuli*”». Cfr. RIBEIRO, Maria de Fátima. “A função da ação social «*ut singuli*» e a sua subsidiariedade”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 3, vol. 6, out. 2011, p. 183-184; Vide FONSECA, Tiago Soares & CORDEIRO, António Manuel Menezes. “A natureza subsidiária da acção *ut*

legitimidade exclusiva ao AI para, durante o processo de insolvência, propor ou fazer seguir a ação social de responsabilidade que legalmente couber aos interessados. Diante disso, verifica-se, que na pendência do processo de insolvência, sociedade, sócios e credores da sociedade encontram-se privados de legitimidade ativa para propor ou fazer seguir ação social de responsabilidade contra os administradores de facto ou de direito¹³⁷.

Porém, há algo de novo sobre a impulsão processual da ação de responsabilidade contra os administradores. A Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, introduziu um novo paradigma consoante este quesito. A competência para propositura da respetiva ação de responsabilidade segue sendo de legitimidade exclusiva do AI (cfr. art. 82.º do CIRE), com efeito, com a inauguração da alínea e) do n.º 2, do artigo 189.º do CIRE, o juiz tem o dever de condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor insolvente (...). Isto conduz à seguinte pergunta: continua a existir a legitimidade exclusiva do AI para a propositura de ação de responsabilidade? Qual o momento processual? Ou, a partir desta nova normativa os interessados tem legitimidade ativa para propor a ação de responsabilidade contra os sujeitos afetados pela insolvência (administradores) seguindo o mesmo padrão da ação social do art. 78.º do CSC? Quais as possibilidades de os interessados intentarem ação de responsabilidade após o início do processo de insolvência?

Da leitura da lei retira-se que a legitimidade exclusiva do AI se manteve. A diferença é que presentemente foi diminuído o impacto da *desjudicialização* que operava no CIRE desde a sua inauguração, e, portanto, agora foi concedido ao juiz um reforço de competência no que concerne à decisão da responsabilidade dos administradores sem qualquer interferência técnica do AI logo de partida, o que demonstra a intenção do legislador em conceder maior poder decisório no âmbito da insolvência. Os credores têm a partida, três momentos para demonstrarem interesse na abertura do incidente de qualificação de insolvência, que pode culminar numa decisão sobre a responsabilização dos administradores:

1. Na propositura do requerimento de pedido de insolvência;
2. Depois da assembleia de apreciação do relatório, em até 15 dias (art. 188.º, n.º 1, CIRE);
3. Em qualquer momento do processo de insolvência, mas por intervenção do AI (al. a, n.º 3, do art. 82.º, CIRE).

A opção menos complexa e presumivelmente mais comum seria a primeira, visto que aqui os interessados incluiriam no pedido inicial (art. 23.º) o conjunto de provas que demonstrasse a ligação dos atos que gerou a insolvência com a atividade da

singuli”, in *Revista de Direito das Sociedades*, ano III, n.º 2, Almedina: Coimbra, 2011, p. 369-393; Vide FRADA, Manuel Carneiro da & GONÇALVES, Diogo Costa. “A acção ut singuli (de responsabilidade civil) e a relação do Direito cooperativo com o Direito das sociedades comerciais”, in *Revista de Direito das Sociedades*, ano I, n.º 4, Almedina: Coimbra, 2009, designadamente p. 904-922.

¹³⁷ *Idem, ibidem*, p. 15.

administração, no sentido de que tal recurso facilitaria o *juízo* de apreciação do juiz e fortaleceria sua opinião para a decisão de abertura do incidente de qualificação e consequentemente, no julgamento da indemnização (art. 189.º, n.º 2, al. e)).

Com efeito, se no momento do pedido inicial do processo de insolvência os credores sociais não dispuserem de provas suficientes para convencer o juiz, há alternativas que a lei confere para o pedido de responsabilização, nomeadamente expresso no pedido de incidente de qualificação da insolvência. Pois, sabe-se que em matéria de insolvência o conteúdo probatório vai surgindo imprevisivelmente, até pela possibilidade de haver diversos credores e nem sempre ser possível conciliar as provas através dos mesmos, dado que a comunicação e o conhecimento dos factos são em muitos casos limitados. Para isso, a lei reservou a *assembleia de apreciação do relatório*, ocasião em que todos os credores sociais se comunicam e decidem a liquidação dos respetivos créditos. Se até este momento nenhum deles se opuseram à responsabilização dos administradores, com a reunião de novas provas e a ciência de novos factos, podem recorrer ao pedido de responsabilidade utilizando-se do pedido de incidente de qualificação de insolvência (art. 188.º, n.º 1, CIRE). É de se sublinhar que o pedido será feito *diretamente* ao juiz (em processo apenso) sem a intervenção do AI.

Da terceira situação *supra* colocada, extrai-se os questionamentos mais amplos. Tendo em conta que os credores não se manifestaram no início do processo de insolvência ou após a assembleia de apreciação do relatório, por razões legítimas (v.g. novas provas) podem ainda requerer a responsabilização dos administradores, mas de acordo com a leitura “seca” da lei agora o farão *obrigatoriamente* por intervenção do AI. É aqui que a *legitimidade exclusiva* do AI ganha destaque (art. 82.º, n.º 3, CIRE), justamente porque neste artigo encerra a competência do AI para casos de insolvência. Porém, o art. 78.º da CSC continua em vigor, e não há porque limitar a legitimidade dos credores sociais quando existe norma em vigor facultando a sua iniciativa. Esta é a questão mais aguçada. Ressalva-se, no entanto, que o art. 78.º do CSC não tem referência expressa aos casos de insolvência, principalmente em prejuízo do princípio da *par conditio creditorum*.

Se os credores sociais seguissem os parâmetros do art. 78.º do CSC, certamente teriam o direito à legitimidade ativa processual para propor a ação de responsabilidade contra os administradores na insolvência, pois é este o sentido daquele artigo. Sem prejuízo de anteriores citações, colaciona-se o n.º 1, do art. 78.º do CSC: “*os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade 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*”. De pronto, vê-se que os credores sociais poderiam acionar a responsabilidade daqueles agentes que lhes causaram prejuízos. Não podemos omitir que o CSC opera num plano exterior ao processo de insolvência, mas a normativa do art. 78.º deve ser reavaliada, tomando-se em consideração o sentido da expressão *insuficiência* contida nesta norma.

A condicionante “insuficiência patrimonial” é a regra para a responsabilização. No

entanto, há, pois, alguma aparência fáctica entre este pormenor (insuficiência) com a necessidade de processo de insolvência para a satisfação dos prejuízos causados aos credores conforme a estampa da al. b), n.º 3, do art. 82, do CIRE(?)

Veja a ilação do retro citado artigo: n.º 3: “Durante a pendência do processo de insolvência, o administrador da insolvência tem exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir: b) – As acções de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do próprio devedor, contra os fundadores, administradores de direito e facto, membros do órgão de fiscalização do devedor e dos sócios, associados ou membros, independentemente do acordo do devedor ou dos seus órgãos sociais, sócios, associados ou membros”. Obviamente a lei confere ao AI a representação dos interesses dos credores sociais em *qualquer momento do processo* pendente, e, portanto, através da intervenção dele os credores acionariam a responsabilização dos administradores, explanado no incidente de qualificação de insolvência (pressuposto para apurar a responsabilização).

No entanto, caso os credores não tenham interesse na intervenção do AI simplesmente porque podem a partir de recursos próprios, de maneira a melhorar a técnica de sua defesa, e seguidamente ampliar as hipóteses de liquidação da massa insolvente com a contratação de profissional habilitado que exara confiança para a defesa de seus interesses, poderiam de tal modo, utilizar-se o recurso do art. 78.º do CSC? Estamos perante uma questão que põe em tela a independência e autonomia dos legítimos interessados?

Entretanto, a independência e autonomia num processo de insolvência não são aceites de modo direto segundo as regras do concurso de credores, pois viola o princípio da *par conditio creditorum*, cujo primado é a igualdade de condições ao crédito de maneira universal (no processo) ¹³⁸.

Contudo, o que queremos expor é que a legitimidade autónoma dos credores não consubstanciará os efeitos em seu sentido estrito – este corresponde *violação* aos efeitos coletivos do processo de insolvência. A legitimidade processual poderá ser autónoma, mas os seus efeitos deverão ser solidários. A conceção adotada é de legitimidade processual autónoma dos credores (em sentido estrito) para legitimidade autónoma dos credores (em sentido solidário) – acrescentando-se à massa insolvente os “novos” créditos provenientes daquela iniciativa processual (autónoma ou não) e que no final incrementar-se-ão respetivamente a todos os credores – respeitando, portanto, o

¹³⁸ Destacamos entre outras perspetivas, que o princípio da *par conditio creditorum* tem por base o princípio de que a incapacidade do património do devedor para satisfazer os direitos de todos os credores comporta a necessidade de ser proceder à repartição dos bens segundo um critério de proporcionalidade. A condicionante do referido princípio é a igualdade entre os credores, e tal igualdade é notadamente concretizada no rateio dos respetivos créditos da massa insolvente segundo a proporcionalidade de cada credor. O princípio da *par conditio creditorum* foi uma evolução (no direito concursal) do princípio do *prior in tempore potior in iure*, típico dos processos de execução. Sobre a *par conditio creditorum*, vide notável estudo incorporado na obra de SERRA, Catarina. *A Falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito Português*, Almedina: Coimbra, 2009, p.152-162.

princípio da *par conditio creditorum*. A legitimidade conferiria solidariedade ¹³⁹.

Vejam, pois, a razão de ser do elemento “insuficiência” contemplado no art. 78.º, n.º 1, do CSC.

3.4.1. Distinção entre insuficiência patrimonial (art. 78.º do CSC) e insolvência – para a atuação dos credores sociais no processo de insolvência

Neste último requisito, o artigo 78.º, n.º 1, do CSC, considera a insuficiência patrimonial societária, para além dos factos ilícitos, causa de responsabilização dos administradores. Logicamente se pode perceber que havendo qualquer tipo de conduta ilícita por parte dos administradores, e tal se conduta não venha ocasionar insuficiência patrimonial acolhedora de dano aos credores, não haverá motivos plausíveis de os credores sociais requisitarem a responsabilidade dos administradores. Aos credores apenas interessam-lhes o ressarcimento de seus créditos. Toda e qualquer conduta ilícita ou em desconformidade com os parâmetros da *eticidade empresarial* por parte dos administradores ronda em volta dos interesses dos proprietários do capital, ou seja, são os sócios os verdadeiros interessados por este tipo de conduta.

Quanto à insuficiência patrimonial referida no artigo 78.º, n.º 1, esta se traduz na insuficiência do ativo para satisfazer o passivo social ¹⁴⁰. É um pressuposto da responsabilização dos administradores, e, portanto, inexistindo insuficiência patrimonial, não caberá lugar à responsabilização por esta via. De igual modo, é importante diferenciar o significado de insuficiência patrimonial do de insolvência. Ambas circundam a área da incapacidade de cumprimento das obrigações creditícias assumidas pela sociedade, contudo, de partida, não se confundem, mas há interpretação que as colocam com efeitos equiparados.

A *insuficiência*, como já fora referido, está atinente à ideia de o passivo da sociedade ser maior que o ativo, neste sentido a sociedade não possui fundos contabilísticos (*balance sheet*) suficientes para cumprir as suas obrigações. Isso não significa que tenha chegado ao patamar do conceito completo de insolvência. Pois para esta ser alcançada há a necessidade, como mensura o CIRE (art. 3.º, n.º 1), de verificação da impossibilidade de cumprir com as obrigações vencidas (problemas de *cash flow*).

Por sua vez, o facto de a sociedade não possuir património líquido para cumprir com as suas obrigações creditícias não quer dizer que a mesma não possa a vir angariar

¹³⁹ A solidariedade é tomada no sentido de comunhão de créditos. Oposto do que ocorre na responsabilidade solidária dos sócios, onde todos respondem na medida do capital social que detêm na sociedade, a solidariedade aqui em consonância com o princípio da *par conditio creditorum* é a de integração dos créditos, na medida em que cada credor pode intentar sozinho ou não, a iniciativa processual para buscar no património do devedor os créditos que passarão a ingressar na massa insolvente, e, posteriormente ser dividido de maneira proporcional entre todos os credores. A solidariedade é tomada na sua acepção original: “quem colabora com todos, colabora consigo próprio”.

¹⁴⁰ Nesse sentido, *vide* RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro.. ob. cit.*, p. 131, e, “A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português”, in: *Revista Prim@ Facie*, UFPB: João Pessoa, 2008, p- 12-13.; ABREU, J.M. Coutinho de. *últ. ob. cit.*, p. 54.

alguma confiança perante terceiros que a garanta perante os seus credores, pois o seu património pode possuir valores superiores às suas dívidas. Trocando em miúdos: o facto de a sociedade ter um passivo superior ao ativo (problemas de *balance sheet*) não significa que não consiga crédito e não haja incumprimento das obrigações. Tal sorte não assiste a insolvência, visto que por esta já não há, pelo menos em regra, património que garanta o crédito e não existe nenhuma perspectiva razoável de que a sua insolvência possa ser evitada. Daí a impossibilidade de cumprir com as obrigações vencidas ¹⁴¹.

Pode-se, a partir desse entendimento, perceber a diferença entre *crise financeira e crise patrimonial* ¹⁴² da empresa. A primeira está intimamente vinculada ao fluxo de caixa ¹⁴³, e a possibilidade de buscar no património societário recursos para “recarregar” a caixa em casos de insuficiência temporária, e a partir disso, garantir o crédito. Pela segunda, situa-se a crise patrimonial, tipicamente caracterizada pela impossibilidade de buscar recursos do património societário, tendo em conta a perda do domínio destes bens, que logicamente foi precedido pela insuficiência de caixa.

¹⁴¹ Entrando na investigação sobre o momento (lapso temporal) de verificação da insolvência, MENEZES LEITÃO considera que a situação de insolvência descrita no n.º 1, do artigo 3.º do CIRE, é aquela transvestida na roupagem do *cash flow*. Pois segundo este autor, “a insolvência corresponde à impossibilidade de cumprimento pontual das obrigações e não à mera insuficiência patrimonial, corresponde a uma situação líquida negativa”, com inspiração evidenciada no § 17 da *Insolvenzordnung* alemã. Contudo, o citado A. admite que o CIRE também preveja situações do *balance sheet*, sugerindo que «a insuficiência patrimonial funciona como um critério acessório de definição, aplicável às pessoas coletivas e aos ‘patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma direta ou indireta’, os quais são ainda considerados insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao ativo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis (art. 3.º, n.º 2). Estas entidades não deixam de estar igualmente sujeitos ao critério geral de definição da insolvência constante do art. 3.º, n.º 1, funcionando o critério do balanço previsto no art. 3.º, n.º 2, em alternativa, em ordem a facilitar o pedido de insolvência por parte dos credores destas entidades, que podem ser afetados pela responsabilidade limitada dos seus sócios. Assim, estas entidades podem ser declaradas insolventes em caso de o balanço demonstrar a manifesta inferioridade do passivo em relação ao ativo, independentemente da natureza do passivo ou do vencimento das obrigações». Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes. *Direito da insolvência*, 3.ª ed., 2011, p. 84-85.

¹⁴² CATARINA SERRA em estudo sobre a conceituação de *insolvência* demonstra a amplitude deste conceito, referindo que o conceito é suficientemente amplo para compreender todos aqueles fenómenos que a lei tipificou. Nesse sentido, com apoio na doutrina espanhola, propõe, em vez de *insolvência*, fale-se da conceituação de *crise económica* do devedor. Contudo, o problema sobre a amplitude da extensão do conceito continua em destaque. Cfr. SERRA, Catarina. *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, ob.cit. p. 241 e ss.

¹⁴³ De acordo com os ensinamentos de LUÍS LIMA SANTOS, há uma multiplicidade conceitual em torno do “*cash flow*”. A tradução literal da expressão “*cash flow*” significa fluxo de caixa, todavia, a maneira de apresentar a formação do “*cash flow*” tem variado e por isso também a sua definição. Menciona o Autor, que a multiplicidade conceitual tem assentado principalmente em dois pilares: o conceito tradicional de *autofinanciamento* – isto é: a soma dos resultados líquidos com as reintegrações e com a variação das provisões –, e o conceito contemporâneo de *fluxo de caixa*, isto é: o fluxo de tesouraria. Este último pode ser entendido como os fluxos de entradas e saídas de dinheiro e de equivalentes a dinheiro: é o conceito dinâmico que se contrapõe ao estático (citando HANGLIN, 1985). O Conselho Nacional de Contabilistas (CNC) define “fluxo de caixa” nos seguintes termos: «são as entradas (recebimentos) em caixa e as saídas (pagamentos) de caixa, e seus equivalentes». Cfr. SANTOS, Luís Lima. *Fluxos de caixa*, 3.ª ed., Vida Económica: Porto, 2004, p. 102-113.

Entretanto a diferenciação entre os conceitos de insuficiência patrimonial do artigo 78.º, n.º 1, com o de insolvência, do artigo 3.º, n.º 1, do CIRE não impede a existência de situações em *zonas de sobreposição*¹⁴⁴ relativamente a estes conceitos. Em síntese, para a satisfação do crédito, o artigo 78.º, n.º 1, do CSC, consagra o critério contabilístico do *balance sheet*, cujo passivo social se sobrepõe ao ativo, e pelo qual o conceito se afigura no domínio patrimonial¹⁴⁵ (bens da sociedade). Por seu turno, a insolvência, pode ser definida conceitualmente por dois vetores, sendo o primeiro no n.º 1 do artigo 3.º, do CIRE, que apresenta o critério do problema com o fluxo de caixa (*cash flow*), cujos incumprimentos “pontuais” das obrigações (vencidas) afirmam a situação de insolvência da empresa. E, por conseguinte, via secundária (e neste ponto torna-se relevante), o n.º 2, do artigo 3.º do CIRE, também prevê situações de *insuficiência* como do *balance sheet*, ao declarar que são «considerados insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao activo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis». Existe, neste sentido, claramente o critério da insuficiência patrimonial denotada no art. 78.º do CSC no âmbito do n.º 2, do art. 3.º do CIRE.

Desse modo, concordando que há o critério da *insuficiência* patrimonial no plano do art. 3.º, n.º 2, do CIRE, pode-se de igual modo concordar que em situações de insuficiência patrimonial os interessados, nomeadamente os credores sociais, poderiam utilizar-se desta *funcionalidade* para fins de proteção de seus direitos no círculo do processo de insolvência. Neste sentido, haveria a faculdade de socorrer-se ao abrigo do art. 78.º do CSC para acionar a responsabilização dos administradores no âmbito do processo de insolvência, e, assim, *inutilizar-se da imprescindibilidade do AI* para acionar a referida responsabilidade dos administradores. Seria possível, com isso, ampliar os seus recursos técnicos de prova, planear a defesa da maneira que melhor lhes convier visando à otimização da liquidação do património e à responsabilidade dos causadores.

Porém, sobretudo, há-de se compreender que o fundamental na interpretação sistemática entre o art. 78.º, do CSC, e os artigos que tipificam a insolvência no CIRE, é

¹⁴⁴ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro*, ob. cit., p. 131-132. A Autora expõe que: «por força do art. 3.º, n.º 2, do CIRE – foi recuperado o critério específico que, entre o Código das Falências e o CPEREF, vigorou para as ‘sociedades de responsabilidade limitada’ – *umenta a zona de sobreposição* entre a insuficiência patrimonial e a insolvência. O que significa que, no caso das sociedades – por quotas ou anónimas, essencialmente –, 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».

¹⁴⁵ Para a definição de “património social” *vide* TEIXEIRA. Inês. “O conceito de activo no Código das Sociedade Comerciais”, *in* *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão*, n.º 39, julho-setembro de 2009, Instituto Superior de Gestão: Lisboa, p. 68: «o património social surge, então, como o conjunto de valores utilizados pela unidade económica no exercício da sua actividade e que resulta directamente do desenvolvimento dessa actividade, constituindo a esfera de bens externos e tangíveis que lhe pertencem, a qualquer título, e outros componentes de índole aditiva e subtractiva. Esse conjunto de valores está sujeito a uma gestão e é afecto a um determinado fim, não devendo, por isso, ser considerado como pertencendo ao património social, o conjunto de valores que, embora pertencentes a uma determinada unidade económica, não esteja afecto à sua actividade».

de que o direito à impulsão processual no percurso do processo de insolvência deve ser uma opção dos credores, não por questões especificamente processuais, mas, sobretudo, por que a iniciativa processual releva os interesses finais do próprio processo, que é a efetivação e eficácia da proteção dos direitos dos credores. Aí a independência e a autonomia processual se manifestam, envolvida pela *finalidade* do processo de insolvência, o qual, do mesmo modo, tem na sua matriz legal a sublimação dos *interesses dos credores* desde o seu art. 1.º, n.º 1, onde expressa a finalidade do processo de insolvência aliado à satisfação dos interesses dos credores. O “espírito” do *Código* transmite este sentimento de relevância da autonomia privada dos credores ¹⁴⁶.

Com isto, entendemos pelo que fora exposto, que em sede de insolvência, há-de se legitimar a autonomia processual dos credores, fundamentalmente porque o art. 78.º do CSC continua em vigor e conseqüentemente, porque a autonomia e independência processual dos credores em sede de insolvência podem ser realizadas conforme a *autonomia processual solidária* ¹⁴⁷ em consonância com o princípio da *par conditio creditorum*. De modo que a legitimidade concedida aos credores na forma do art. 78.º, do CSC, tornando-se efetiva, facultaria as melhores formas de defesa aos credores sociais. Ademais, livrar-lhes-iam da dependência do AI naqueles processos que há necessidade de *especialistas* para a defesa de seus interesses, visto que nem sempre a atuação do AI se mostra favorável aos interesses dos credores. No melhor caso, o AI deveria ter a função de um *fiscal* do processo e não de um interveniente, como amiúde ocorre.

3.5. Apuramento da responsabilidade dos administradores por via da insolvência culposa

Reafirmamos a mais expressiva mudança recente no CIRE no que concerne ao nosso tema: a responsabilidade civil dos administradores. Antes da publicação da Lei 16/2012, de 20 de abril, considerava-se o seguinte aspeto neste domínio: a sentença que qualificava a insolvência como culposa ou fortuita não apreciava a responsabilidade civil dos administradores. Concluía-se essa afirmativa com o enunciado do artigo 185.º conjugado com o n.º 2, do artigo 82.º, do CIRE, bem como o que já fora explicitado no preâmbulo do DL n.º 54/2004, de 18/03, que aprovou o CIRE, especificamente no n.º 40 deste: (...) «o incidente destina-se a apurar (sem efeitos quanto ao processo penal ou à apreciação da responsabilidade civil) se a insolvência é fortuita ou culposa» (...). Portanto, a declaração de insolvência não tinha a intenção de vincular a responsabilidade civil ao processo, a preocupação centrava-se na liquidação do

¹⁴⁶ Em comentário sobre a ampliação da autonomia privada dos credores, MENEZES CORDEIRO assinala: “A reforma não se limitou a reconhecer a primazia da satisfação dos credores, como o objetivo último de todo o processo: ela consigna meios diretos para a prossecução desse encargo e, designadamente: coloca nas mãos dos credores as decisões referentes ao património do devedor e à sua liquidação”. Cfr. CORDEIRO, António Menezes. “Perspetivas evolutivas do Direito da insolvência”, in *Revista de Direito das Sociedades*, ano IV, número 3, Almedina: Coimbra, 2012, p. 584.

¹⁴⁷ Não teremos oportunidades de aprofundar maiores reflexões sobre a *autonomia processual solidária* em consonância com a *par conditio creditorum*, mas abre-se aqui possibilidades para futuras investigações neste domínio.

património do insolvente.

Nos dias de hoje, por força do artigo 189.º, n.º 2, alínea e), do CIRE (aditado pela Lei 16/2012, de 20 de abril), quando a insolvência é qualificada como culposa, na sentença o juiz deve “condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados”. Instaura-se um novo paradigma (processual) na responsabilização dos administradores no âmbito da insolvência.

Pode-se perceber que a partir de agora a responsabilidade civil – com pressuposto na insolvência culposa – é apreciada conjuntamente ao processo de insolvência¹⁴⁸. Isto quer dizer que o juiz pode logo de início fazer um juízo sobre a existência de dolo ou culpa grave¹⁴⁹.

Pelo visto, as novas regras, recuperam de alguma forma, o que já se dispunha no CPEREF (a responsabilidade pelo passivo a descoberto prevista no art. 126.º - B) e corresponde-se, finalmente, aos apelos contidos nos documentos de harmonização dos direitos da União Europeia em matéria de insolvência, alinhando-se o CIRE pela maioria das legislações de insolvência dos Estados membros¹⁵⁰.

Está muito claro no CIRE que os atos emanados de influência insolvencial¹⁵¹ praticados pelos administradores geram responsabilidade civil para estes, e como fora adiantado, segue a regra do regime de responsabilidade dos administradores previsto no CSC (e subsidiariamente ao CC), em consonância com as normas da *insolvência culposa* (art. 186.º e ss., do CIRE).

No artigo 6.º do CIRE apresenta-se o capítulo “noções de administradores e de responsáveis legais”, e para o efeito deste código são considerados administradores (entre outras especificidades), “não sendo uma pessoa singular, aqueles a quem incumba a administração [...] da sociedade [...] em causa”.

Todavia, para clarificar impressões, questiona-se: qual é o pressuposto da responsabilidade civil na insolvência? Evidentemente, o pressuposto advém da insolvência culposa. O *facto ilícito e culposo* está configurado na insolvência culposa. Como se manifesta a insolvência culposa? Esta, de *per se*, está vinculada à violação dos deveres societários, nomeadamente do dever de informação da *realidade financeira*

¹⁴⁸ CATARINA SERRA faz breve anotação sobre este assunto, referindo rapidamente: «Por último, e relativamente aos efeitos propriamente ditos, a Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, substituiu a inabilitação pela administração de patrimónios de terceiros [cfr. art. 189.º, n.º 2, al. b) e introduziu, no elenco dos efeitos, a obrigação de indemnizar os credores do insolvente no montante dos créditos não satisfeitos [cfr. art. 189.º, n.º 2, al. e)]. Cfr. SERRA, Catarina. *O regime português da insolvência*, 5.ª ed., Almedina: Coimbra, 2012, p. 75.

¹⁴⁹ Cfr. COSTEIRA, Maria José. *Ob. cit.*, p. 169.

¹⁵⁰ Cfr. SERRA, Catarina. “Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, vol. 7, Almedina: Coimbra, março 2012, p.103-104.

¹⁵¹ Desses destacamos os prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência pela diminuição do património integrante da massa insolvente, tanto anteriormente como posteriormente à declaração de insolvência (alínea b, do n.º 2, do art. 82).

desta aos credores sociais, manifestada pelo dever de apresentação à insolvência, ou ainda, em critérios gerais, pelo dever de cuidado que todo devedor em situação de crise deve observar com relação aos seus credores. O incumprimento destes deveres pode constituir a *falta de diligência* no desempenho do cargo e gerar responsabilidade civil perante a sociedade, sócios e terceiros quando exista o “dano direto”^{152 153}.

Quer dizer, como já fora exposto algures, a responsabilidade imputada aos administradores pela causação *culposa* de uma insolvência, na apreciação pelo intérprete-julgador, deverá ter por fundamento o recurso às normas e princípios *gerais*¹⁵⁴ dispostas no CSC. Contudo, a *insolvência culposa* está discriminada no CIRE, e de tal modo, há de se conjugar as normas para unir os factos (insolventiais) aos comportamentos (ilícitos e culposos).

Em regra, a doutrina vinha criticando o legislador por não ter inserido a tipificação concreta da responsabilidade civil dos administradores no CIRE¹⁵⁵.

¹⁵² Baseando-se nas lições de FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA, o âmbito de aplicação da responsabilidade pessoal dos administradores não se define somente pelos deveres legais que recaem pessoalmente sobre eles (v.g. deveres fundamentais, deveres de dissolução, etc.), entretanto, assumem também a competência de cumprir os deveres que recaem sobre a sociedade – tanto aqueles dispostos na lei (v.g. dever de apresentação à insolvência), como aqueles deveres que derivam do cuidado que todo devedor em situação de crise deve observar em relação aos seus credores, cujo conteúdo e alcance pode induzir às regras de insolvência. O incumprimento destes deveres pode constituir a falta de diligência no desempenho das funções e gerar a responsabilidade civil perante a sociedade e sócios ou terceiros quando exista “dano direto”. (N.T., com adaptações), Cfr. MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando, “Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las sociedades de capital”, in *Revista de Derecho de Sociedades (RdS)*, n.º 24, 2005-1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, p. 102.

¹⁵³ Na classificação civilista do “dano direto”, este é o resultado dos danos causados imediatamente no património do lesado. O “dano indireto”, nesta dogmática, é a consequência “imediate” que por via do dano direto tem lugar no património total (*gesamtvermögen*) do lesado: é o ganho que se perde, é um prejuízo ulterior que se acrescenta. Vide FARIA, Jorge Leite Ribeiro de. *Direito das Obrigações*, vol. I, Almedina: Coimbra, 1990, p. 487; Transportando para o direito societário, entendemos que, sendo a sociedade a lesada em primeira mão, logo o dano direto é o dano referente ao património social. Os credores são atingidos *indirectamente*, pois os prejuízos tiveram consequências imediatas nos respetivos patrimónios.

¹⁵⁴ CARNEIRO DA FRADA considera as normas do CSC como de conteúdo *geral* quando da sua aplicação junto ao CIRE, Cfr. FRADA, Manuel António Carneiro. “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, II, Lisboa, 2006, p. 671 e ss. Nós consideramos as normas do CSC de cunho especializado, mesmo quando a referência se tange ao conteúdo do CIRE. Entendemos que o CSC possui um corpo de normas jurídico-empresariais, e, portanto, sempre que as relações jurídicas no âmbito empresarial tiverem certa correlação entre si, há que se dar lugar e / ou preferência a um ordenamento *especializado* no tema da interpretação de previsões que lhe são competidas.

¹⁵⁵ Em argumentação paralela ao CPEREF, CARNEIRO DA FRADA afirma: «comparada com o anterior direito, a solução dificulta a efectivação da responsabilidade contra os administradores, mesmo quando é perceptível um motivo para tal. Obriga à construção dos fundamentos da acção a partir de regras e doutrinas gerais numa matéria em que a lei podia ter mostrado caminhos mais fáceis e seguros para a efectivação da aludida responsabilidade: estabelecendo com maior grau de especialização as situações susceptíveis de gerar uma obrigação de indemnizar e os princípios que regulam a sua imputação aos sujeitos como forma eficaz de combate a falências culposas e incentivo a certos padrões mínimos de administração criteriosa e ordenada. (...) No entanto, sem embargo de tantas vezes termos de condenar os

Defendia que se houvesse tal previsão facilitaria a vida do julgador. Não podemos concordar no todo. Em certo aspeto discordamos. Pensamos que sendo a responsabilidade por danos discutida no plano das regras gerais, principalmente pelo CSC, faz com que a discussão em torno da responsabilização ganhe espaço num ordenamento jurídico *especializado* para tal, principalmente o CSC que possui uma estrutura mais sólida para definir os parâmetros da responsabilização. Em nossa opinião, não há o que se criticar neste sentido, pelo contrário, poder-se-á louvar a iniciativa do legislador¹⁵⁶. Facto que não passa com a Lei Geral Tributária (principalmente com a alteração do art. 24.º com redação dada após a Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro), por exemplo, que especifica a conduta considerada ilícita no plano fiscal e que se fosse julgada no plano jus-societário abriria mais possibilidades para aplicar os critérios de responsabilização de forma mais razoável, com equidade e proporcionalidade¹⁵⁷. Mas, neste último caso, o legislador tributário manteve os requisitos da “mão de ferro” do Estado e não atualizou a norma de acordo com as condicionantes do sistema jurídico empresarial. Neste ordenamento, em específico a alínea b do artigo 24.º da LGT, as

desvarios de prolixidade da lei, depara-se aqui uma situação em que a sua excessiva parcimónia dificulta a eficácia do combate às insolvências culposas e às suas consequências». Cfr. FRADA, Manuel António Carneiro da. *últ. ob. cit.*, p. 671-672; FÁTIMA RIBEIRO caminha no mesmo sentido: «as recentes alterações ao nosso direito da insolvência, com o abandono da consagração expressa da responsabilidade dos administradores de direito e de facto pelas dívidas da sociedade insolvente (quando estes tenham adoptado comportamentos que tenham contribuído para a situação de insolvência da sociedade em causa), vieram debilitar todo o regime de tutela dos credores sociais e, conseqüentemente, reabilitar a função de garantia que possa desempenhar o capital social, por duvidosa que seja a sua eficácia», Cfr. RIBEIRO, Maria de Fátima. *últ. ob. cit.*, p. 122.

¹⁵⁶ Analisando os efeitos da insolvência, RUI PINTO DUARTE pondera: «o que justifica, no plano do Direito Privado, o instituto da falência é o saneamento das relações económicas. Esse saneamento é tanto conseguido quanto mais precoce for o reconhecimento da insolvência e essa precocidade só se pode atingir se, por regra, a iniciativa da insolvência couber ao devedor. (...). Para que, não fiquem dúvidas sobre o que defendo, permito-me acrescentar que já há muitos anos propus a introdução de uma norma similar à que resulta dos n.ºs 1 e 3 do art. 18 do CIRE. Acho imperioso o saneamento das empresas que incumprem obrigações». De seguida, PINTO DUARTE sublinha um ponto chave na interpretação das regras da insolvência no que concerne à figura dos administradores. Vejamos: «permito-me afirmar que o legislador não atentou em que, actualmente, a par dos tipos de falidos oitocentistas, há um outro tipo – que é o da empresa gerida por profissionais que nada têm a ver com as causas da falência. O legislador continua a partir do princípio de que o gestor é o dono da empresa, o que actualmente não corresponde muitas vezes à realidade. A legislação falencial nasceu quando os agentes económicos eram ou comerciantes em nome individual ou sociedades em nome colectivo e, por isso, assentou na ideia de que o dono e o gestor eram uma só pessoa. Quando acontecia uma falência havia um ilícito, ainda que atribuível a infelicidade. Hoje não há que pensar assim. Há muitos casos de falência que nada têm a ver com infelicidade ou com conduta reprovável. Uma legislação que supõe que o gestor é incapaz ou pouco sério tem o efeito de afastar os bons gestores profissionais das empresas em situação de risco – o que é francamente indesejável». Cfr. DUARTE, Rui Pinto. “Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor”, in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Almedina: Coimbra, 2005, p. 143-144.

¹⁵⁷ Em ocasião oportuna defendemos a interpretação do CSC aplicado às normas da LGT, no que concerne à responsabilidade tributária subsidiária, especialmente o referido na alínea b) do artigo 24.º que consagra a presunção de culpa. Vide, VEIGA, Fábio da Silva. “A responsabilidade tributária por violação dos deveres de administração”, in: *RIDB – Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Universidade de Lisboa: Lisboa, ano 1, n.º 9, 2012, especificamente p. 5761-5763.

normas de responsabilização funcionam como uma *diabolica probatio*.

No que toca ao apuramento da insolvência culposa e à instrumentalidade do processo, CATARINA SERRA comenta que os efeitos que a lei portuguesa associa à insolvência culposa têm (ou devem ter), não uma função instrumental do processo, como alguns dos efeitos anteriormente referidos, mas uma função eminentemente punitiva, funcionando como uma espécie de “penas civis”. Aplicam-se ao devedor [...] – e aos administradores do devedor – [...] cfr. art. 6.º, n.º 1, e 189.º, n.º 2, al. a), do CIRE quando se apure que a insolvência foi criada ou agravada em consequência da sua atuação dolosa ou com culpa grave nos três anos anteriores ao processo de insolvência [cfr. art. 186.º, n.º 1, e 189.º, n.º 2. a) fl CIRE] ¹⁵⁸.

Já relativamente à relação fiduciária ¹⁵⁹ que existe entre administrador e sociedade, CARNEIRO DA FRADA sobrevaloriza esta condição nas situações de insolvência culposa. Para o Autor, esta relação «envolve a atribuição de poderes alargados sobre ela [sociedade] e seu património», e explica que «esses poderes podem ser mal usados, sendo por outro lado que não é fácil aos sócios exercerem, sobretudo preventivamente, um controlo adequado do modo como eles são exercidos». O fundamento, para o retrocitado Autor, se encontra no *dever de fidelidade* ¹⁶⁰, especialmente nas situações de insolvência culposa pelo artigo 186.º do CIRE corresponde a especificações deste dever, «e sua violação tem consequências no plano da responsabilidade» ¹⁶¹.

Em síntese sobre o tema, CARNEIRO DA FRADA conclui que o artigo 186.º do CIRE corresponde a uma disposição de proteção cuja violação por parte dos administradores de uma sociedade desencadeia responsabilidade civil pela insolvência: articulada com a norma do artigo 78.º, n.º 1, do CSC, e, fora do alcance desta norma,

¹⁵⁸ Cfr. SERRA, Catarina. *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, ob. cit., p. 371.

¹⁵⁹ No direito comparado norte-americano, a partir do momento em que a sociedade está insolvente, segundo alguma opinião, quando se encontra numa situação de «proximidade à insolvência», as relações variam. A falta de uma regulação específica, a doutrina científica e jurisprudencial tem reconhecido que a partir desse momento surgem deveres fiduciários dos administradores perante os credores sociais, derivados do *Common Law*, e cujo incumprimento pode gerar a responsabilidade civil em determinadas circunstâncias. (N.T.) Cfr. MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando. “Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las sociedades de capital”, ob. cit., p. 94.

¹⁶⁰ Descreve o Autor: «as violações do dever de fidelidade são invocáveis por uma multiplicidade de sujeitos. Tal obriga a uma observação. O dever de fidelidade dos administradores é constitutivamente relativo: vincula-os, em primeira linha, perante a sociedade e, em certos termos, perante os sócios. Deste modo, no campo de eficácia desse dever para com outros sujeitos- terceiros (relativamente aos quais os administradores não tinham nenhuma ligação específica) – desponta com clareza uma natureza distinta: já não se nos depara uma adstrição meramente relacional (principalmente com a sociedade), mas *erga omnes*, de feição delitual. Isto, directamente por foca da norma de protecção de interesses alheios que o art. 186.º n.º 2 consubstancia (mas também à semelhança, em geral, dos deveres no tráfico aquilianos)». Cfr. FRADA, Manuel António Carneiro da. “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, ob. cit., p. 695.

¹⁶¹ Cfr. FRADA, Manuel António Carneiro da. “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, ob. cit., p. 680.

por fora da diretriz mais geral contida no artigo 483.º, n.º 1, do CC.

Noutro estudo comparando os mesmos artigos, NUNO PINTO OLIVEIRA ressalta o critério da *ilicitude qualificada* e *culpa qualificada*. Para o Autor, o «confronto do art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais com os arts. 186.º, n.º 1, e 189.º, n.º 2 e 4, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, na redacção da Lei 16/2012, de 20 de Abril, (só) pode confirmar a *tendência* para aproximar os casos de *ilicitude qualificada* e de *culpa qualificada*». O Autor frisa que os artigos 186.º e 189.º do CIRE atendem a uma *culpa qualificada*, pois o artigo 186.º n.º 1 define a insolvência culposa como aquela que haja sido “criada ou agravada em consequência da 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 insolvência” e o artigo 189.º, n.º 2, al. e), «dispõe que “[n]a sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve [...] [c]ondenar [os administradores, de direito ou de facto] a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios”»¹⁶².

O apuramento da responsabilidade dos administradores pela insolvência culposa pode ser analisado sob os seguintes fundamentos: Primeiro, a responsabilidade dos administradores é reconhecida, entre outros fatores, pela *preterição dos deveres legais ou contratuais*, o que em outras palavras se reconhece pelo *incumprimento* dos deveres de administração / gestão (no âmbito do CSC). Segundo, o CIRE contempla para fins de configuração da insolvência culposa, *requisitos e presunções*¹⁶³. Os requisitos constam no art. 186.º, n.º 1, do CIRE; as presunções – art. 186.º, n.º 2 e 3, do CIRE.

Os *requisitos* para a declaração da insolvência culposa estão relacionados com a atuação *dolosa* ou com *culpa grave* que tenha dado causa ou originado a insolvência societária. Logo, a partir do conhecimento dos requisitos essenciais para a constatação da insolvência culposa, o *Código* materializa os conceitos de dolo e culpa grave nos números 2 e 3 do art. 186.º. Neste peculiar, verificam-se *as presunções da insolvência culposa*, que são divididas em presunções *jure et de jure* e *juris tantum*.

Pela primeira temos a presunções absolutas do n.º 2, do art. 186.º, com os tipos clássicos de causas de insolvência e cuja tipografia legal permite verificar a insolvência de plano, bastando os factos se coadunarem à lei, como o exemplo da al. a) do n.º 2, do art. 186.º, que prevê se os administradores tiverem *destruído, danificado, inutilizado, ocultado, ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património do devedor*, a insolvência será qualificada como culposa, e responderão civilmente os prejuízos causados pelas ações previstas neste dispositivo. Tem-se, portanto, nestes dispositivos, a condicionante *dolosa* da responsabilidade.

¹⁶² Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Uma proposta de coordenação entre os arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais”, *ob. cit.*, p. 89.

¹⁶³ A jurisprudência já sublinhou a referência do *nexo causal* à presunção *juris tantum*, incorporadas no n.º 1 e 3 do art. 186.º do CIRE. Nos casos específicos do n.º 2, do art. 186.º, a presunção será *jure et de jure*, e portanto, não necessita da causalidade, posto que a insolvência será sempre culposa. Cfr. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, Relator LUÍS ESPÍRITO SANTO, Proc. n.º 1023/07.4TBBNV-C.L1-7, de 17/01/2012. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em março de 2013).

A seguir, no n.º 3, do art. 186.º, verificam-se as presunções *relativas* da insolvência, atreladas a condutas negligenciadas pelos administradores, principalmente no tocante à informação da realidade financeira e patrimonial da sociedade aos interessados. É o caso da transgressão ao *dever de apresentação à insolvência* quanto se tiver a ciência do estado de crise da empresa (art. 18.º, CIRE) que culmina na inobservância do *dever de requerer a declaração de insolvência* (al. *a*), n.º 3, art. 186.º)¹⁶⁴. Acresce o dever de elaborar as contas anuais e da submissão à fiscalização (al. *b*), n.º 3, 186.º). Nestes casos a insolvência é declarada culposa, mas em razão da presunção *juris tantum* a mesma pode ser elidida consoante as provas do processo. Aqui, reside a culpa grave, aludindo-se à culpa no quadrante da responsabilidade.

Em terceiro plano, não observada a exigência comportamental desejada, o processo insolvencial se apresenta com uma *função punitiva e ressarcitória*¹⁶⁵ tendo em conta o mau comportamento dos administradores.

3.6. A efetivação da responsabilidade civil dos administradores na insolvência

Pelo exposto consoante à responsabilização dos administradores sob a égide do CSC, e pelo que foi visto segundo a interpretação do CIRE, para a *efetivação* da responsabilidade dos administradores pela decorrência da insolvência, será necessário aguçar a reflexão. Desse modo, cabe-nos parafrasear a pergunta de ELISABETE GOMES¹⁶⁶: Considerando *a priori* de que a responsabilidade civil é da sociedade, em quais situações de insolvência esta responsabilidade é imputada aos administradores?

A primeira observação a sublinhar e que não é demasiado reforçar, é de que a responsabilidade dos administradores em sede do direito insolvencial está intimamente ligada à decretação judicial da insolvência culposa.

O regime dos efeitos da qualificação da insolvência como culposa é sintomático da vontade legal em *punir os culpados* de forma *exclusiva, absoluta e mais severa*: *exclusiva* quando se retiram os efeitos da parte geral e se consegue a isenção automática dos inocentes; *absoluta* quando se põe fim à possibilidade de isenção de culpados; *mais severamente* quando se leva a cabo uma ação generalizada de agravamento dos efeitos sobre os culpados e se concebem efeitos novos, mais gravosos, como a inabilitação. O objetivo é sem dúvida, moralizar o sistema¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Nesse sentido, a precocidade do dever de apresentação à insolvência é um fator que afere o comportamento desejável dos administradores, resultando numa conduta esperada, em conformidade com os deveres do “bom” administrador – numa analogia ao *standard* do administrador criterioso e ordenado contemplado no CSC pela alínea *a*) do n.º 1, do artigo 64.º.

¹⁶⁵ Importante sublinhar a diferença teleológica dos efeitos da responsabilidade nos sistemas do *civil law* e *common law*. O elemento *punitivo-sancionatório* é base fundamental para o último, enquanto nos sistemas latinos (de predominância *civil law*), o elemento *ressarcitório* tem significativa (e quase total) relevância na responsabilização.

¹⁶⁶ Vide RAMOS, Maria Elisabete Gomes. “A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português”, in: *Revista Prim@ Facie*, Universidade Federal da Paraíba (UFPB): João Pessoa, 2008.

¹⁶⁷ Cfr. SERRA, Catarina. “As novas tendências do Direito Português da Insolvência – Comentário ao

Afigura-se que, constatada a situação de insolvência, a mesma pode ser declarada por impulso do próprio devedor (sócios e/ou administradores), do credor, do Ministério Público ou outros legitimados (cfr. artigos 18.º e 20.º, do CIRE), através da abertura do processo de insolvência, e como regra básica da imparcialidade do tribunal, este não pode decretá-la de *ofício*. O princípio do inquisitório consagrado no artigo 11.º do CIRE apenas confere ao juiz a decisão sobre factos não alegados pelas partes, e não a sua substituição.

Sabe-se que o espírito do CIRE baseia-se no *processo-liquidação* e não no *processo-saneamento* operacionalizado pelo extinto CPEREF¹⁶⁸. Nesse sentido, é possível interpretar que as normas relativas à responsabilização dos administradores tem como efeito teleológico a execução primária do património social, visando o ressarcimento dos danos pela responsabilidade direta (da sociedade) e secundariamente por via da responsabilidade indireta (dos administradores).

O CIRE, ademais, operou uma *desjudicialização* do processo de insolvência (art. 1.º)¹⁶⁹, o que significa uma verdadeira transposição dos poderes de decisão sobre a destinação do património societário insolvente, que a partir de então estará sob o destino conferido pelos credores. O juiz “lava as mãos” no que diz respeito ao destino da empresa. Isso representa, para fins de ação de responsabilidade contra os administradores fator de certo desequilíbrio em desfavor destes, pois, a finalidade do processo de insolvência visa primariamente a satisfação dos interesses dos credores¹⁷⁰.

regime dos efeitos da insolvência sobre o devedor no projecto de Código da Insolvência”, Separata – Estudos em comemoração do 10.º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho, 2004, p. 220. Vide ainda, da mesma autora, *O novo regime português da insolvência – uma introdução*, Almedina: Coimbra, 2004, p. 24-25.

¹⁶⁸ «No âmbito do CPEREF, toda a empresa em situação económica difícil ou situação de insolvência pode (e deve) ser objecto de uma ou mais medidas de recuperação ou ser declarada em regime de falência. Assim, só quando resultarem frustradas todas as medidas tomadas no sentido da recuperação, e for verificado que a situação de penúria é irreversível, não sendo, de todo em todo, possível a recuperação financeira da empresa, é que a falência pode ser (*finalmente*) decretada. Com a aprovação do CIRE assiste-se a uma nova e radical mudança no paradigma do processo de falência. Desta feita, o legislador alterou o vector em que assentava o regime anterior, passando de novo a privilegiar a liquidação do património e a satisfação dos credores, em vez da recuperação da empresa, ainda que economicamente viável». Cfr. PIDWELL, Pedro. *O processo de insolvência e a recuperação da sociedade comercial de responsabilidade limitada*, Coimbra Editora: Coimbra, 2011, p. 15-16.

¹⁶⁹ Com a sexta reforma do CIRE, reflexo da Lei 16/2012, de 20 de abril, o sistema insolvencial português passou a ser mais flexível, nomeadamente em matéria de reestruturação da empresa. Contudo, não podemos estar seguros em afirmar que se tenha ultrapassado a conceção de sistema *processo-liquidação* e voltado ao *processo-saneamento* preconizado pelo extinto CPEREF. Pretendeu-se com a nova reforma dar um alívio à revitalização do sistema económico, e seguir a determinação dos credores do Estado – a chamada *troika* (constituída pelo Banco Central Europeu [BCE], Comissão Europeia [CE] e o Fundo Monetário Internacional [FMI]).

¹⁷⁰ Do mesmo modo que o CIRE exalta o carácter de *processo-liquidação*, também deixa a opção do *saneamento*, por intermédio de um *plano de insolvência*. Contudo, é patente que este plano só será executado se for de encontro aos interesses dos credores. Concordando com tal interpretação, MARIA JOSÉ COSTEIRA salienta: «a lei não dá qualquer primazia ou relevância ao plano de insolvência, tratando-o antes como um meio alternativo de satisfação dos interesses dos credores, sendo certo que, ao mesmo

Relativamente ao já mencionado critério *temporal* de apresentação à insolvência, nota-se que o mesmo é descrito eminentemente para a figura dos administradores. Pois a não apresentação atempada é sempre imputada àqueles que detêm o poder de representação da sociedade (cfr. art. 6.º do CIRE). Neste ponto a norma demonstra coerência, pois são os responsáveis diretos pela não apresentação da sociedade que devem impender os efeitos da declaração de insolvência, notadamente pela declaração de insolvência culposa pelo não cumprimento do prazo legal de apresentação. É compreensível que sejam eles os titulares do poder de decisão de apresentação da sociedade à insolvência ¹⁷¹.

3.6.1. A insolvência culposa

Ainda no terreno da efetivação da responsabilidade civil dos administradores, há que voltar a salientar que a insolvência culposa é de imediato o primeiro reflexo da responsabilização em matéria dos sujeitos afetados pela insolvência, nomeadamente os administradores. Desse modo, entre outros elementos, a insolvência é considerada culposa quando o devedor, ou os seus administradores de facto ou de direito, tiverem praticado, nos três anos que antecedem o início do processo de insolvência, de forma dolosa ou com culpa grave, atos que criaram ou agravaram a situação de insolvência do devedor – cfr. art. 186.º, n.º 1, do CIRE, ex vi os atos discriminados nos n.ºs seguintes do mesmo artigo. Diríamos, em outra expressão: quando há insolvência *provocada*.

Percebe-se outra vez o critério da temporalidade com relação aos três anos de comportamentos que contrariaram a boa prática da *gestão desejável* (criteriosa e ordenada) ¹⁷². Sobretudo, urge conceituar neste domínio os atos dolosos ou com culpa grave. Pergunta-se, para o direito da insolvência, ou melhor, para o CIRE, o que é considerado atos dolosos ou com culpa grave?

MENEZES LEITÃO comenta que para qualificar a insolvência como culposa, exige-se não apenas uma *conduta dolosa ou com culpa grave do devedor e seus administradores*, mas também um *nexo de causalidade entre essa conduta e a situação de insolvência*, consistente na contribuição desse comportamento para a criação ou agravamento da situação de insolvência ¹⁷³. O mesmo Autor interpreta os atos dolosos

tempo, configura a liquidação do ativo e subsequente partilha como o modelo supletivo. Daí que hoje o plano de insolvência possa não incidir sobre um modo concreto de recuperação do devedor mas apenas sobre o modo de pagamento do passivo (art. 192.º)», cfr. COSTEIRA, Maria José. “A insolvência de pessoas coletivas – efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores”, in *Revista Julgar*, n.º 18, set-dez., 2012, Coimbra Editora: Coimbra, p. 163.

¹⁷¹ Conforme opinião de COSTEIRA, Maria José. *últ. ob. cit.*, p. 163.

¹⁷² Embora a conceituação historicamente em vigor no âmbito societário luso (e a qual consideramos apta) referente ao critério de conduta exigível aos administradores se pauta na *diligência* do gestor criterioso e ordenado, referimos a opção pela *gestão desejável*, sendo esta executada de maneira criteriosa e ordenada. Fazemos esta opção porque o termo permite refletir tal conduta no âmbito específico das relações de administração, mais inclinada aos termos da gestão e do *compliance*.

¹⁷³ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*, 4.ª ed., Almedina: Coimbra, 2012, p. 274; Comentando sobre a Proposta de Lei n.º 39/XII de 30 de dezembro de 2011 (antes da promulgação da Lei 16/2012, de 20 de abril, que viria a concretizar a alteração no CIRE), CATARINA

no domínio das presunções do art. 186.º, n.º 2, alíneas de a) a i), a qual se opera a presunção *juris et de jure*. Enquanto os atos resultantes de culpa grave são aqueles descritos no n.º 3, do art.186.º, e, portanto, tem o status de presunção *juris tantum*.

A doutrina portuguesa já havia opinado sobre a necessidade de se atender ao grau de culpa e de se adotar um critério para a determinação, em concreto, do período de produção de alguns dos efeitos da insolvência¹⁷⁴, o que veio a ser reforçado atualmente com a incursão dos novos dispositivos inseridos no CIRE (pela Lei 16/2012, de 20 de abril).

Passando a prever-se que o juiz pode logo de início fazer um juízo sobre a existência de dolo ou culpa grave¹⁷⁵, e atendendo ao novo efeito ora consagrado (responsabilidade civil dos administradores – art. 189.º, al. e), pode dar-se o caso de, logo na primeira fase do processo, as partes quererem fazer prova respeitante aos indícios relevantes para efeitos de qualificação da insolvência: o requerente vai-se esforçar para demonstrar que estes existem e o devedor que não existem¹⁷⁶.

MARIA JOSÉ COSTEIRA ressalta que o facto de haver a junção do processo de responsabilidade civil no âmbito do processo de insolvência, fará com que o juiz se pronuncie antes e tenha tomado uma posição num momento anterior à sentença. Do mesmo modo, sublinha que não cabe ao juiz tomar a iniciativa sobre esta apreciação, pois o juiz é decisor e não é a si que compete impulsionar um incidente do processo, «sendo pouco curial que quem decide seja quem, já em momento anterior tomou posição sobre a questão decidenda»¹⁷⁷.

A responsabilidade civil dos administradores será efetivada, portanto, pela violação das normas de proteção dos credores, o que em outras palavras, são confirmadas pelo *incumprimento dos deveres*. Por sua vez, estes deveres são contextualizados no plano *interno* da organização (deveres contratuais e legais), assim como no plano *externo* (dever de respeitar as normas de proteção dos credores sociais) não dissipando o património social e sua possível *liquidação* ou *recuperação*. As normas de proteção, entre outras disposições, estão claramente alocadas no art. 18.º do

SERRA assinala que a insolvência culposa não deveria ficar circunscrita somente à atuação dolosa e com culpa grave do devedor e de seus administradores, mas também deveria relacionar-se com a atuação dos técnicos oficiais de contas e dos revisores oficiais de contas. De acordo com a A., sem esta harmonização não se compreende com que base os técnicos oficiais de contas e os revisores oficiais de contas são suscetíveis de ser afetados pela qualificação. Cfr. SERRA, Catarina. “Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões”, *ob. cit.*, p. 100-101.

¹⁷⁴ Nesse sentido, *vide* FERNANDES, Luís Carvalho. “A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor”, in *Revista Themis*, edição especial, 2005, p. 102-104.

¹⁷⁵ A jurisprudência tem se manifestado pelo entendimento de que a insolvência culposa (por culpa grave) não será decretada pela simples inobservância ao dever de apresentação à insolvência no prazo legal, *ex vi* art. 186.º, n.º3, do CIRE. Há, pois, a necessidade da verificação do nexos causal entre a omissão de apresentação e o prejuízo causado aos credores. Neste sentido, *vide* decisão do relator EDUARDO JOSÉ OLIVEIRA AZEVEDO. Proc. 172/08.6TBGMR-B.G1, Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 24/04/2012. Disponível em <http://www.dgsi.pt> (visitado em fevereiro de 2013).

¹⁷⁶ Cfr. COSTEIRA, Maria José. *Ob. cit.*, p. 169.

¹⁷⁷ Cfr. COSTEIRA, Maria José. *Ob. cit.*, p. 169.

CIRE, cujo *dever de apresentação à insolvência* faz a ligação da violação do preceito à concretização da *insolvência culposa* (art. 186.º e ss.) são condições-chaves para efetivar a responsabilidade civil dos administradores.

Sistematicamente, a ligação do elemento *dano* à insolvência culposa contida no CIRE, se perfaz pela conduta que compromete a satisfação dos direitos de crédito dos credores, nomeadamente aquelas descritas no n.º 2, do art. 186.º, tais como a “destruição, inutilização, ocultação, desaparecimento (todo ou parte) do património social, criação ou agravamento de prejuízos, com celebração de negócios ruidosos em proveito próprio ou de terceiros, etc., etc.”.

3.6.2. Efeitos sobre os administradores

Outro ponto que se deve esclarecer (e retomar) é concernente aos efeitos da declaração de insolvência sobre os administradores. Primeiramente porque a decisão que declara a insolvência confere uma série de efeitos, porém particularmente alguns são estendidos na órbita jurídica dos administradores.

À sentença que decreta a insolvência, dogmaticamente são classificados dois tipos de efeitos: os *efeitos necessários* e os *efeitos eventuais*.

No primeiro caso considera-se que tais efeitos são de ordem *obrigatória*, dependendo simplesmente da decisão judicial. Por exemplo, aquele que consagra a perda do poder de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente (art. 81.º, n.º 1); a proibição de cessão de rendimentos e de alienação de bens futuros (art. 81.º, n.º 2); perda do direito de representação (art. 81.º, n.º 4); fixação de residência dos administradores (art. 36.º, alínea *c*); obrigação de entrega de documentos (art. 36.º, alíneas *f* e *g*); a manutenção da qualidade de administradores, com perda de retribuição (art. 82.º - podendo renunciar aos cargos imediatamente); 82.º, n.º 3, – obrigação de indemnização; obrigação de prestação de informações e de colaboração (art. 83.º), etc., todos do CIRE.

No segundo caso, encontram-se os efeitos mais gravosos e que particularmente impendem sobre os administradores, designadamente denominados *efeitos eventuais* por serem derivados da decisão que decreta a qualificação de *insolvência culposa*.

Com a Lei 16/2012 de 20 de abril, que alterou dispositivos do CIRE, o incidente de qualificação de insolvência que era obrigatório, como adiantamos, passou a ser facultativo. Antes, em todos os processos de insolvência o juiz deveria dar a abertura do incidente de qualificação para fazer constatar se a insolvência se constituía como *fortuita* ou *culposa*. Atualmente, o juiz tem a faculdade de determinar se instaura ou não o incidente tão logo emita a decisão que declara a insolvência (art. 36.º, n.º 1, al. *i*). Nesse sentido, a instauração do incidente de qualificação de insolvência se coloca como um pressuposto para *investigar* a responsabilidade dos administradores.

3.6.2.1. Inibição

De entre os efeitos compreendidos pela Lei 16/2012, de 20 de abril, inaugurou-se

uma nova nomenclatura referente à limitação do poder de representação dos administradores. A partir de agora a sentença que qualifica a insolvência como culposa deverá identificar as pessoas afetadas pela qualificação e decretar a sua *inibição* para administrar patrimónios de terceiros por um período de dois a dez anos (cfr. art. 189.º, n.º 2, alíneas *a* e *b*). Trocou-se o anterior termo *inabilitação* pelo atual *inibição*, com o certo intuito de corrigir as falhas de interpretação que o primeiro levava, sendo acertadamente corrigido pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 173/2009, de 2 de abril (fundamentado na violação dos artigos 26.º e 18.º, n.º 2, da CRP ¹⁷⁸), em termos de instrumentalização da capacidade. Contudo, a doutrina já sinaliza crítica relativamente à *utilidade* e *eficácia* do instituto no que concerne à aptidão de sancionar condutas, que seja capaz de desempenhar plenamente as funções preventiva e sancionatória ou punitiva das sanções civis, de produzir um efeito simultaneamente inibidor e repressivo dos comportamentos em causa (causadores da insolvência ou de seu agravamento)¹⁷⁹.

Em seu apontamento, CATARINA SERRA ressalta que quando o sujeito afetado é o próprio insolvente, ele já está privado da administração de bens do menor, do interdito e do inabilitado. Quando, como sucede mais frequentemente, o insolvente é uma sociedade comercial e o sujeito afetado é o administrador, ele já está privado da administração dos bens da sociedade por força do disposto no n.º 1 do art. 81.º do CIRE. Acresce que em ambos os casos existe uma inibição para o exercício do comércio e para a ocupação de certos cargos [cfr. al. *c*) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE] e a consequente impossibilidade de administrar os bens de sociedades comerciais ou civis, associações ou fundações privadas de atividades económicas públicas e cooperativas.

¹⁷⁸ O referido acórdão é de força obrigatória geral. MARIA JOSÉ COSTEIRA observa: «A inabilitação era uma medida que não fazia sentido como “sanção” aplicável aos afetados pela insolvência. A inabilitação é um instituto de direito civil que tem como objetivo a proteção de interesses do incapaz e que consiste, essencialmente, na impossibilidade de o inabilitado poder, sem autorização do curador nomeado, praticar atos de disposição de bens entre vivos (artigo 153.º, n.º 1, do CC) e eventualmente, de administrar o seu património [caso em que há lugar à constituição do conselho de família e à designação do vogal que exerce as funções que na tutela cabem ao protutor (art. 154.º, do CC). Com o instituto da inabilitação pretende-se, pois, salvaguardar os interesses daquele que, não sendo de todo incapazes de governar a sua pessoa e bens (ou seja, não sendo interditos – artigo 138.º CC), se encontram diminuídos por uma debilidade que os torna incapazes de reger convenientemente o seu património. Ora, o objetivo da inabilitação que estaca prevista no CIRE não era este. A inabilitação consagrada no CIRE tinha em vista o interesse dos credores e do tráfico jurídico em geral, assumindo essencialmente um caráter sancionatório de natureza preventiva, sendo totalmente alheio ao escopo do instituto a salvaguarda do inabilitado. Não fazia, pois, sentido a inabilitação como sanção a aplicar aos responsáveis pela situação de insolvência». Cfr. COSTEIRA, Maria José, *últ. ob. cit.*, p. 170-171. Em continuação, CATARINA SERRA salienta: «no entanto, se é verdade que a inabilitação em sentido próprio (incapacidade geral que priva o incapaz da possibilidade de administrar livremente os seus bens) não é adequada ao intuito de sancionar condutas, nem por isso bastava substituí-la por outra qualquer que pudesse sê-lo. Deveria ter-se escolhido uma que fosse *útil* e *eficaz* na função de sancionar as condutas em causa (causadoras de insolvência ou do seu agravamento) e, sobretudo, de desempenhar a função pedagógica ou preventiva típica das sanções (*i.e.* inibidora das referidas condutas)». Cfr. SERRA, Catarina. *O regime português da insolvência*, 5.ª ed., Almedina: Coimbra, 2012, p. 76.

¹⁷⁹ Cfr. SERRA, Catarina. “Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência após a alteração da lei n.º 16/2012 ao código da insolvência”, in *Revista Julgar*, n.º 18, 2012, p. 183. Vide SERRA, Catarina. *O regime português da insolvência*, 2012, p. 76.

Perante tudo isto, discursa a A., a inibição geral para a administração de bens de terceiros fica quase desprovida de objeto e tem escassíssima utilidade. Assim, ela dificilmente poderá funcionar como argumento para convencer os sujeitos a adotarem o comportamento devido – como uma medida dissuasora ¹⁸⁰.

3.6.2.2. Perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente

A sentença que qualifica a insolvência como culposa deve finalmente determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detido pelas pessoas afetadas pela qualificação bem como a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos (cfr. artigo 189.º, n.º 2, al. c).

Num olhar crítico-percetivo sobre o assunto, MARIA JOSÉ COSTEIRA adverte: «esta sanção, estabelecida de forma completamente abstrata, indiferente ao grau de culpa dos afetados, ao valor, origem e natureza dos seus créditos, pode, na prática, ser desproporcionada». E continua, «não estabelecendo o código qualquer limite temporal, até onde vai esta obrigação de restituição? Poderá um administrador ser obrigado a restituir o que recebeu já dez anos atrás?» ¹⁸¹. Em sua opinião a A. entende que neste caso deve dar lugar a uma interpretação restritiva da norma e ser fixada na sentença uma data limite, data essa que deverá reportar-se aos três anos que antecederam o início do processo, já que só podem considerar-se afetados pela qualificação os administradores que exerceram funções nesses mesmos três anos e por atos que praticaram no mesmo período, conforme o art. 186.º do CIRE ¹⁸².

3.6.2.3. Obrigação de indemnização

Ponto fundamental aditado pela Lei 16/2012, de 20 de abril, foi a incorporação do elemento *indemnizatório* na sentença de qualificação da insolvência.

Como já referimos, antes desta última reforma no CIRE não se constava requisitos concretos para aferir a responsabilização dos afetados dentro do processo de insolvência. O objetivo fulcral do CIRE estava ligado à satisfação do crédito num *processo-liquidação*. E isto, incluía o desinteresse com questões de responsabilização dos administradores, pois, como se viu, o maior interesse na responsabilização dos administradores sempre foi o da própria sociedade, logo que era ela (sociedade) a prejudicada (diretamente) pela atuação ilícita dos administradores.

Não obstante, a al. e) do n.º 2, do art. 189.º do CIRE, recém aditada pela *supra* citada lei ampliou a proteção dos credores sociais. Sendo assim, o Juiz deve na sentença de qualificação da insolvência “condenar as pessoas afetadas a *indemnizarem* os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados”, conforme. al. b), n.º 2, art. 189.º.

¹⁸⁰ Cfr. SERRA, Catarina, “Os efeitos patrimoniais...” *últ. ob. cit.*, p. 183-184.

¹⁸¹ Cfr. COSTEIRA, Maria José. “A insolvência de pessoas coletivas...”, *ob. cit.*, p. 172.

¹⁸² *Idem, ibidem*, p. 172.

Sublinha-se que os *afetados* são aqueles que causaram prejuízos aos credores sociais, neste caso, inclui-se os ocupantes de cargos de direção (administradores) da sociedade, e são, entretanto, *os afetados pela qualificação da insolvência culposa*¹⁸³. E como regra geral, a Lei observa a regra da subsidiariedade da responsabilidade, operando em segundo plano a cobrança indemnizatória (apenas os créditos não satisfeitos pela insolvência / massa insolvente).

Com esta nova disposição, a inserção no corpo do *Código da imputação* aos afetados pelos danos causados, haverá de se relevar certos critérios de acuidade com relação à sentença que qualifica a insolvência como culposa. Ora, a partir de agora toda sentença de qualificação de insolvência culposa *deverá* (quando for o caso) fazer-se constar não só da censura de culpa, mas ainda, da medida de responsabilidade de cada um consoante o prejuízo causado. Parece-nos que a normativa anterior resguardava interesses mais proporcionais aos afetados, visto que permitia mecanismos específicos, valorizando todos os meios de prova e de defesa de modo *particular* num processo autónomo.

De outro lado, os credores sociais ganharam um reforço na satisfação de seus respetivos créditos. Com a opção legal de condenar os afetados logo no momento da qualificação da insolvência, permite-se certa *celeridade* na proteção dos direitos de créditos, por conseguinte, realça o fator da temporalidade como requisito relevante para a salvaguarda destes direitos.

3.7. Lacunas na lei: há outras soluções?

Tendo em consideração que a legislação insolvencial, comercial e civil não preenche todos os espaços previsíveis do mundo *fenomenológico* das relações atinentes às sociedades, e, conseqüentemente o aparecimento de lacunas que necessitam de interpretação pelos operadores do direito posto, neste domínio, o que fazer e quais medidas atuais há para “cobrir” interpretativamente esta ausência legal?

CATARINA SERRA¹⁸⁴ apresenta algumas soluções que o direito anglo-saxónico desenvolveu nesta matéria. Descreve que, para regular situação de lacuna na lei (mas não só) a jurisprudência norte-americana desenvolveu o conceito de “*deepening insolvency*” (agravamento da insolvência), que é usado desde os anos oitenta para responsabilizar os gestores que prolongam a vida da empresa para lá daquilo que seria aconselhável, agravando com isso a insolvência dela e lesando os direitos dos credores. O seu equivalente funcional no Direito inglês é o *wrongful trading*, referido na *Section 214 do Insolvency Act (IA)*. Aí se estabelece que os administradores que permitiram a continuidade da empresa, sabendo que ela estava insolvente, com isso causando o

¹⁸³ Não podemos confundir o termo *afetados*. Numa situação normal seria possível interpretar “afetados” àquelas pessoas “prejudicadas”, o que levaria o leitor menos atento a uma ligação com os *lesados* (sociedade, credores, sócios e terceiros), porém, a letra da Lei se refere aos “afetados” pela qualificação de insolvência culposa, denotando tal expressão aos causadores deste tipo de insolvência (administradores e sócios com poder de direção).

¹⁸⁴ Cfr. SERRA, Catarina. *O regime português da insolvência*, p. 84 (nota 135).

agravamento da situação dos credores, podem ser responsabilizados pessoalmente bem como inibidos para o exercício de certos cargos durante o período determinado (*desqualification order*). Ambos os institutos visam eliminar ou compensar o dano provocado pelos administradores no contexto da insolvência da empresa. Todavia, enquanto o *wrongful trading* parece implicar apenas a omissão da tomada de providências para minimizar a perda dos credores, a *deepening insolvency* pressupõe, em regra, a violação de um dever jurídico, em suma: uma conduta ilícita (*wrongful conduct*).

3.8. O «cuidado» com o capital social na atuação dos administradores

Compreende-se que o dano em situações de insolvência é reflexo da insuficiência do património social, bem como do incumprimento (pontual) das dívidas societárias, resultado pragmático da incapacidade de garantir o crédito¹⁸⁵. O dano, portanto, sempre será uma diminuição na esfera jurídica do direito dos credores¹⁸⁶.

Neste sentido, a insolvência (culposa ou fortuita) pode ser considerada um pressuposto direto de *imputação* pelos prejuízos causados na esfera jurídica de terceiros, numa referência à clássica teoria da responsabilidade civil.

Por outro lado, conforme a opinião de ELISABETE RAMOS, no universo do CSC, as normas que jurídico-positivamente acolheram a função de garantia do *capital social* podem ser apontadas como normas destinadas a proteger os credores sociais. Expõe a A., de que 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 sociedade¹⁸⁷.

Assim, *a priori*, o capital social instrumentaliza a garantia dos credores. A insolvência, por sua vez, impossibilita (ou diminui consideravelmente) as possibilidades de ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos mesmos. Os administradores, com isso, tem o dever de *não comprometer* o capital social, pois o comprometimento¹⁸⁸ – que

¹⁸⁵ O conceito de dano é definido num sentido simultaneamente fáctico e normativo por MENEZES LEITÃO como *a frustração de uma utilidade que era objeto de tutela jurídica*. Cfr. LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, v. I, p. 343.

¹⁸⁶ Na doutrina italiana é interessante a reflexão de PAOLO PISCITELLO quando diz sobre o ponto de equilíbrio entre o respeito aos princípios da responsabilidade civil e da tutela do crédito: «in definitiva, i vistosi mutament giurisprudenziali in tema di calcolo dell'obbligazione risarcitoria a carico degli amministratori rappresentano il punto di approdo di un percorso che risponde ad un riesame critico delle proprie decisioni da parte della stessa giurisprudenza. E tale itinerario ha condotto al superamento delle posizioni, che, in linea di principio, tendevano a ribaltare sugli amministratori l'esposizione complessiva dell'impresa insolvente, accogliendo soluzioni che, sul piano della sintassi degli interessi, rappresentano il logico punto di equilibrio tra il rispetto dei principi della responsabilità civile e le esigenze di tutela dei creditori». Cfr. PISCITELLO, Paolo. *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule*, in *Rivista delle Società*, anno 57.º, novembre-diciembre 2012, fascicolo 6.º, Giuffrè Editore, Milano, p. 1179.

¹⁸⁷ Cfr. RAMOS, Maria Elisbete Gomes. “A insolvência...”, *ob. cit.*, p. 11-12.

¹⁸⁸ Atribuímos à palavra *comprometimento*, nas situações de gestão, àquelas situações ligadas ao risco

poderá advir de atos previsíveis de insolvência – acarretaria dano no círculo jurídico do direito de crédito, conseqüentemente e em *ultima ratio*, a desproteção dos direitos dos credores.

É preciso não esquecer que nas sociedades de capitais se consagra a limitação da responsabilidade dos sócios por dívidas sociais, o que origina um efeito económico não negligenciável, qual seja o de transferir para terceiros uma parte do risco inerente à atividade empresarial. Efetivamente, nas sociedades de capitais, os sócios limitam legalmente a sua responsabilidade à entrada que realizam, pelo que a responsabilidade conjunta de todos eles não excederá o valor do capital social. Ou seja, o valor deste manifesta o risco que os sócios assumem – ou, dito de outro modo, as perdas a que se sujeitam – no exercício da atividade empresarial ¹⁸⁹.

Percebe-se, com isso, que a limitação de responsabilidade gera na ocasião de uma insolvência, a assunção dos danos por parte dos credores. Como assinala PAULO DE TARSO DOMINGUES: «conseqüentemente, o risco inerente à actividade empresarial que exceda aquele limite [capital social] transfere-se, por força deste regime legal, para os terceiros que lidam com a sociedade: fornecedores, trabalhadores, bancos e em geral todos os que, por qualquer motivo, dela sejam credores. I, é, em caso de insolvência da sociedade, os sócios perdem, em princípio apenas o valor das suas entradas: é o limite da sua responsabilidade. Normalmente, no entanto, os credores sociais não conseguem receber – seja na totalidade seja parcialmente – os seus créditos, o que significa que são eles, na exacta medida desse não recebimento, que acabam por suportar o risco da actividade empresarial das sociedades de capitais» ¹⁹⁰.

O capital social, portanto, pressupõe um carácter “garantidor”, e no fundo representa a última garantia dos credores. Os administradores, entre outros deveres gerais, tem igualmente o dever de cuidado sobre o capital social (que representa o mínimo patrimonial ^{191 192}). O cuidado com o capital social, é, nesse sentido, medida de imputação de danos, e conseqüentemente, de responsabilidade.

aventureiro do administrador, que no sentido jurídico está relacionado ao “cuidado” com os negócios da empresa (dever de cuidado, explícito no artigo 64.º do CSC). No dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, a palavra *comprometer* tem dois sentidos que gostaríamos de sublinhar: no n. 3, *t.d. e pron.* “expor(-se) a risco, embaraço ou prejuízo <comprometeu o negócio ao aceitar um sócio inidóneo> <aventurou-se de mais e acabou por se c.>”, 4. “causar dano a”. Cfr. DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, p. 1011, Temas e Debates, Lisboa: 2003.

¹⁸⁹ Cfr. DOMINGUES, Paulo de Tarso. “O novo regime do capital social nas sociedades por quotas”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 3, vol. 6, outubro de 2011, Almedina: Coimbra, p. 100.

¹⁹⁰ DOMINGUES, Paulo de Tarso. *últ. ob. cit.*, p. 100-101.

¹⁹¹ Com relação a conceção do capital social, no plano formal, representa uma fração ideal do património da sociedade e corresponde à quantidade ou ao montante de bens de que a sociedade não pode dispor em favor dos sócios, por estar «vinculado» a cobrir o capital social formal. Cfr. CARVALHO, Maria Miguel. “O novo regime jurídico do capital social das sociedades por quotas”, in *Capital social livre e ações sem valor nominal*, Coord. Paulo de Tarso Domingues & Maria Miguel Carvalho, Almedina: Coimbra, 2011, p.10.

¹⁹² No preâmbulo do DL n.º 33/2011, de 7 de março, que instituiu o novo regime do capital social mínimo (livre fixação pelos sócios), é afirmado que “actualmente, o capital social não representa uma verdadeira garantia para os credores e, em geral, para quem se relaciona com a sociedade”.

3.9. Considerações finais

Analisaram-se os principais aspetos do regime da qualificação de insolvência como culposa, sendo que, do resultado desta poderá subsistir a responsabilidade civil dos sujeitos afetados (pela qualificação), ou seja, daqueles agentes que *provocaram* a insolvência, *in casu*, os administradores societários.

Verificou-se, do mesmo modo, que a insolvência (culposa / provocada) pode iniciar-se por comportamentos dissipadores do património social, os denominados *comportamentos precedentes à insolvência*, exteriorizados pelos comportamentos “oportunistas” dos administradores que se seguiram após a verificação da insolvência. Neste particular, o remédio para proteção do direito de crédito, encontrar-se-ia por intermédio de instrumentos de *prevenção* destes comportamentos e de *previsão* de meios para a satisfação do crédito durante a fase de liquidação.

Pelo estudo investigado, podem-se pôr em tela algumas diferenças básicas entre o extinto CPEREF e o atual CIRE, no que tange à responsabilidade dos administradores. No revogado diploma havia certa *objetivação dos factos previsíveis da insolvência*, no sentido de que se visualizavam vários critérios objetivos de situações de insolvência que poderiam ser levados a cabo pelos administradores. Somava-se a isto o critério da *contribuição significativa* para a insolvência. No atual diploma, é utilizado um instrumento específico para constatar a ilicitude e a culpa: o *incidente* de qualificação da insolvência (arts. 185.º ss., CIRE). Contudo, o CIRE deve, *obrigatoriamente*, utilizar-se de outros diplomas para aferir a responsabilidade, nomeadamente o CSC e o CC. Em nossa opinião, o atual modelo de apreciação da responsabilidade oferece mais recursos para verificar os critérios concretos da responsabilidade, e em consequência, mostra-se mais aberto às normativas especiais, ao contrário do extinto CPEREF.

Observou-se que, além da qualificação da insolvência como culposa (art. 189.º, n.º 2, CIRE), para a concretização da responsabilidade civil dos administradores dependerá ainda, do nexu causal entre a insolvência culposa e a conduta ilícita e culpável, isto é, a conduta violadora das normas de proteção, dos deveres fundamentais, legais e contratuais.

No plano processual, houve novidade com relação à *impulsão processual* da ação de responsabilidade contra os administradores no âmbito do processo de insolvência. Antes da Lei 16/2012, de 20 de abril, a *legitimidade exclusiva* do Administrador da Insolvência para propor a ação de responsabilidade era proposta em separado, fora do processo de insolvência. Agora, pela *retro* citada lei, o juiz *deve* condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor insolvente (al. e, n.º 2, art. 189.º, CIRE). Entendemos, *pela bibliografia até aqui alcançada*, que tal inovação faz parte da tentativa do legislador de diminuir a *desjudicialização* do processo de insolvência, que foi marcada desde a instituição do CIRE. Compreendemos, com isso, que o legislador conferiu um *poder-dever* ao juiz de julgar a responsabilidade dos administradores dentro do processo de insolvência, e consequentemente, dar *celeridade* à liquidação do direito dos credores. De facto, esta novidade da lei não obsta os poderes do Administrador da Insolvência no que concerne a sua *legitimidade ativa* para propor a

ação de responsabilidade, o mesmo não ocorre com os credores, a sociedade, os sócios e terceiros, pois estes seguem sem a referida legitimidade processual.

4. A REVITALIZAÇÃO DA EMPRESA E A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

4.1. Revisão de paradigmas

A então proposta de Lei n.º 39/XII, de iniciativa do Governo português, previu a alteração de vários dispositivos do CIRE, que culminou com a aprovação e promulgação da Lei 16/2012 de 20 de abril, que entre outras alterações passou a prever um novo tipo legal que vê a organização empresarial num prisma que possibilita melhores práticas de resgate económico: a revitalização da empresa.

Com esse novo paradigma legal, em questões relacionadas à insolvência de sociedades comerciais, buscou-se em um primeiro plano, reorientar o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas para a promoção da recuperação, privilegiando-se sempre que possível a manutenção do devedor no giro comercial, relegando-se para segundo plano a liquidação do seu património sempre que se mostre viável a sua recuperação.

Vê-se, portanto, uma mudança paradigmática no estado atual do direito da insolvência português, que normativamente vinha adotando a orientação de liquidação do património do devedor em crise económico-financeira. Assim já defendia a autorização legislativa dada outrora pela Lei n.º 39/2003, de 22 de agosto (que orientou o atual CIRE) e segundo esta: «O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas vem regular um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de devedores insolventes e a repartição do produto obtido pelos credores ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência que, nomeadamente, se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente» – cfr. art.º 1.º, n.º 2, da referida Lei – *sendo o objetivo precípua de qualquer processo de insolvência a satisfação, pela forma mais eficiente, dos direitos dos credores* (cfr. ponto 3 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março)

Contudo, seguindo a referência do segmento preambular do Decreto Lei n.53/2004, que instituiu o CIRE, podemos extrair também de sua conceção, vestígios da valorização (pelo menos do ponto de vista ideológico) do *princípio da não interrupção da atividade da empresa*, e, por conseguinte, a concessão de oportunidades para a reorganização da empresa. Referimo-nos citações do dito preâmbulo: *Ao direito da insolvência compete a tarefa de regular juridicamente a eliminação ou a reorganização financeira de uma empresa segundo uma lógica de mercado, devolvendo o papel central aos credores convertidos, por força da insolvência, em proprietários da empresa* (cfr. o ponto 3 *in fine*).

Não valerá, portanto, afirmar que no novo *Código* é dada primazia exclusiva à liquidação do património do insolvente. A primazia que efetivamente existe, não é demais reiterá-lo, é a da vontade dos credores, enquanto titulares do principal interesse que o direito concursal visa acautelar: o pagamento dos respetivos créditos, em condições de igualdade quanto ao prejuízo decorrente de o património do devedor não ser, à partida e na generalidade dos casos, suficiente para satisfazer os seus direitos de

forma integral (cfr. O ponto 6 *in fine*).

No entanto, a partir de 20 de maio de 2012, [30 dias de *vacatio legis*] a Lei 16/2012 fez irradiar a valorização do princípio da continuidade da atividade da empresa, através da instituição do *processo especial de revitalização* da empresa (PER) ou do devedor, como prefere o CIRE¹⁹³. Assim menciona o novo n.º 2, do artigo 1.º do CIRE: “*Estando em situação económica difícil, ou em situação de insolvência meramente iminente, o devedor pode requerer ao tribunal a instauração de processo especial de revitalização, de acordo com o previsto nos artigos 17.º -A a 17.º -F*”. O processo visa propiciar a revitalização do devedor em dificuldade, naturalmente que sem pôr em causa os respetivas obrigações legais, designadamente para regularização de dívidas no âmbito das relações com a administração fiscal e a segurança social¹⁹⁴.

Para se mensurar o impacto da nova conceção e valorização da empresa no direito de insolvência português, basta-nos referir o acréscimo dado à Finalidade do Processo de Insolvência, do Título I, Capítulo I, do CIRE, no seu artigo 1.º, n.º1. Vejamos a integralidade do texto atual:

«O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, *ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores*». Esta parte final foi adicionada pela Lei 16/2012 e tem como escopo a diminuição de processos de insolvência. Sem embargo, a sua missão fulcral é constatar que no estágio político-económico atual a liquidação do património societário não é considerada como objetivo primário, mas eleva-a para um segundo plano. O plano da recuperação, aqui melhor dizendo, da revitalização da empresa.

Percebemos ademais, que a função primordial da alteração normativa foi proporcionar uma “válvula de escape” ao sistema económico. Pois a atual conjuntura económica impescinde de mecanismos que blindem o círculo económico e a proteção das atividades dos agentes económicos é fundamental para a manutenção e oxigenação da economia, tais como os postos de trabalhos e a circulação de bens e serviços. Com a possibilidade de um procedimento simples e *negocial* entre devedor e credores, há a opção de igual modo, de um procedimento simplificado atingir eficazmente acordos que prevejam a viabilidade da atividade empresarial, contribuindo, assim (ainda que intencionalmente) para a preservação da empresa e de uma economia salutar.

O processo especial de revitalização pretende assumir-se como um mecanismo célere e eficaz que possibilite a revitalização dos devedores que se encontrem em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que

¹⁹³ Preferimos o termo “revitalização da empresa” à “revitalização do devedor” por questão de raciocínio lógico-jurídico, visto que o CIRE se refere à Recuperação de Empresas e, portanto, consideramos melhor adequada a nomenclatura que concilie o termo “revitalização” às empresas. Até porque o processo de revitalização é uma abreviação do Processo de Recuperação de Empresa.

¹⁹⁴ Citado pela Proposta de Lei n.º 39/XII de 30 de dezembro de 2011, p. 2.

ainda não tenham entrado em situação de insolvência atual. A presente situação económica obriga, com efeito, a gizar soluções que sejam em si mesmas, eficazes e eficientes no combate ao “desaparecimento” de agentes económicos, visto que cada agente que desaparece representa um custo apreciável para a economia, contribuindo para o empobrecimento do tecido económico português, uma vez que gera desemprego e extingue oportunidades comerciais que, dificilmente, se podem recuperar pelo surgimento de novas empresas.

Este processo especial permite ainda a rápida homologação de acordos conducentes à recuperação de devedores em situação económica difícil celebrados extrajudicialmente, num momento de pré-insolvência, de tal modo que os referidos acordos passem a vincular também os credores que aos mesmos não se vincularam, desde que respeitada a legislação aplicável à regularização de dívidas à administração fiscal e à segurança social e observadas determinadas condições que asseguram a salvaguarda dos interesses dos credores minoritários.

Pretendeu a Lei 16/2012, além da revisão insolvencial, atingir outros objetivos, designadamente, o reforço da responsabilidade civil dos devedores, bem como aos seus administradores de direito ou de facto no caso de estes terem sido causadores da situação de insolvência com culpa, a simplificação de procedimentos, o ajustamento de prazos que, em muitos casos, se mostravam demasiadamente alargados, a possibilidade de adaptação do processo ao caso concreto, e sublinha-se o reforço das competências do juiz em termos de gestão processual.

Uma palavra ainda para referir (adiante analisada) que não se esquece da necessidade de responsabilizar os devedores e os seus administradores de direito ou de facto, quando estejamos perante pessoas coletivas, quando a sua conduta seja suscetível de causar prejuízos aos credores durante o processo negocial, por prestação de informação incompleta, falsa ou pouco clara. Dessa forma, no âmbito do processo especial de revitalização, aqueles que assim atuarem durante este processo especial, podem por tais factos, ser responsabilizados, sendo tal responsabilidade solidária. Conforme o novo texto aditado à Lei no artigo 17.º, alínea *d* do CIRE.

Podemos perceber, portanto, que a nova conceção do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, em Portugal, inspirou uma diretriz consoante o seu atual momento económico e social. Desse modo, levando-se em consideração a conjuntura económica, abriu-se a visão no plano jurídico e conseqüentemente seus novos preceitos (que passarão também a sofrer mutações num plano interpretativo) irradiar-se-ão consoante as casuísticas apresentadas.

4.2. O dever de (re)negociação dos administradores na fase da revitalização

A adoção de estratégias de negócios pressupõe por parte dos administradores, a capacitação, o domínio, a técnica de determinados assuntos pertinentes ao meio empresarial que conduzam conseqüentemente a resultados esperados. Todavia, o ofício desenvolvido pelos administradores constitui uma atividade de meio e não de resultado, o que se faz crer que se os objetivos traçados pela organização não forem atingidos não

há que se exigir resultado (v.g. lucro), pelo menos de *per se* aos administradores. Ou seja, os administradores não têm o dever jurídico de atingir o resultado esperado no plano empresarial. Não obstante, como foi estudado, existe um dever jurídico de conduta, atinente ao comportamento desejável e esperado, alinhado à exigência da junção de fatores técnicos (especialidade ou experiência) à execução de atos conforme o *standard* do gestor criterioso e ordenado (art. 64.º do CSC).

Nisto, quando falamos de sociedades em situação de crise financeira ¹⁹⁵, temos de presumir a importância de um “bom” administrador – sob o ponto de vista da técnica – na liderança de determinada empresa, e a influência que tal liderança exercerá no futuro sustentável desta. Nesse sentido, coloca-se em questão, pelo menos sob a perspectiva da gestão, a importância de um administrador dotado de competências técnicas para levar a cabo a recuperação da empresa. Já sob o ponto de vista jurídico, o Direito considera outros fatores para além da técnica da gestão. Importa-se com aquelas questões que sublinham os interesses juridicamente tutelados, como a proteção patrimonial.

4.2.1. Processo Especial de Revitalização

No âmbito da implementação do PER – Processo Especial de Revitalização –, incorporado entre os artigos 17.º -A a 17.º -H, do CIRE, foi aberta a possibilidade de os administradores recorrerem a um instrumento de pré-insolvência ¹⁹⁶, o que na prática habilita os devedores a obterem um plano de recuperação sem serem declarados insolventes baseados no primado da recuperação face à liquidação e repartição ¹⁹⁷.

O PER é uma espécie dos hybrid procedures – processos combinando uma fase extrajudicial (negocial) a uma fase judicial, cuja finalidade visa a celeridade e a execução de procedimentos ágeis (*streamlined procedures*) sem a rigidez dos processos judiciais. Pode-se dizer que são instrumentos de informal workouts (inspirados na denominada *London Approach*) ¹⁹⁸, aplicados no estrangeiro desde há tempo.

¹⁹⁵ Sobre a crise da empresa e casos da opção pela recuperação, *vide* na doutrina italiana: TARZIA, Giorgio. *La revocatoria fallimentare nell'alternativa fra liquidazione e conservazione dell'impresa in crisi*, in *Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, annata LXXXVII, n.º 2, Marzo-Aprile 2012, CEDAM: Padova, p. 242-249.

¹⁹⁶ «Simplesmente, o PER é um processo pré-insolvencial, cuja maior vantagem é a possibilidade de o devedor [qualquer devedor] obter um plano de recuperação sem ser declarado insolvente. O maior risco é o de, depois de tudo, o devedor não conseguir evitar a declaração de insolvência». Cfr. SERRA, Catarina. “Processo Especial de Revitalização – contributos para uma ‘rectificação’”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, n.ºs II/III, abril-setembro, 2012, Lisboa, p. 716.

¹⁹⁷ A última inspiração trazida pela Lei 16/2012, de 20 de abril, incorpora no PER a inversão da lógica que fora até aqui adotada pelo CIRE. Privilegia-se a recuperação. Cfr. a Exposição de Motivos (Proposta de Lei n.º 39/XII) “as alterações que se propõem no art. 1.º visam por um lado, sublinhar que a recuperação dos devedores é, sempre que possível, primacial face à sua liquidação”.

¹⁹⁸ Na exposição de CATARINA SERRA, a Autora explica que «A *London Approach* é um conjunto de princípios não vinculativos que servem para orientar a reestruturação extrajudicial das dívidas das empresas em dificuldades com vista a sua possível recuperação. Os princípios foram inicialmente concebidos pelo Banco de Inglaterra na década de setenta e actualizados na década de noventa». Acresce ainda, que «a *London Approach* foi usada principalmente nos países da Ásia Oriental (Tailândia, Indonésia, Malásia, Coreia do Sul e ainda em Hong Kong, Filipinas, Singapura e Taiwan, onde, na altura

Na opinião de CATARINA SERRA «não servem, porém, todos os casos de insolvência porque não cobrem todas as necessidades que emergem numa situação [...] de responsabilização do devedor pela criação ou agravamento da insolvência, de resolução dos actos suspeitos e outras que o regime dos efeitos da declaração de insolvência visa satisfazer»¹⁹⁹. Porém, devemos sublinhar a relevância complementar que este tipo de solução procedimental pode vir a operar, alinhando os esforços negociais das partes às resoluções das pretensões creditícias entre devedor e credor.

Ainda, obviamente a lei deve disponibilizar os tradicionais processos formais de recuperação de empresas e de liquidação patrimonial (como o plano de insolvência do CIRE, art. 192.º e ss.). O regime do plano de insolvência passa a funcionar como objeto de remissão em benefício do processo especial de revitalização²⁰⁰.

Os (novos) artigos 17.º -A a 17.º -H, interpretados com os (novos) n.ºs 1 e 2, do artigo 1.º do CIRE, denotam claramente a intenção do legislador em regular *hybrides procedures* com vista à recuperação do devedor (empresa), destacando a distinção marcante para a sua aplicação, nomeadamente no que se refere às condições mínimas da demonstração da viabilidade da empresa cuja intervenção dos administradores será fundamental para a aprovação de um plano de revitalização. Tal revitalização tem por base a menção ao *devedor em situação difícil*²⁰¹ e pela situação de *insolvência meramente iminente*²⁰² (art. 17.º -A). Em contraponto à situação típica de insolvência do art. 3.º do CIRE.

Valorizando o carácter negocial do PER, há a necessidade de declaração escrita por pelo menos um dos credores (art. 17.º -C, n.º 1) para a efetivação do processo de revitalização.

da *crise asiática* (1997) não havia regimes legais ou vinculativos aplicáveis à situação de insolvência e nem era possível concebê-los com suficiente rapidez». No mesmo sentido, menciona que «tudo indica que a *London Approach* inspirou os *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts*, aprovados pelo INSOL internacional em 2000 (*INSOL Principles*)». Cfr. SERRA, Catarina. “*Emendas (à lei da insolvência)...*” *ob. cit.*, p. 122 (nota 58).

¹⁹⁹ Cfr. SERRA, Catarina. “*Emendas (à lei da insolvência)...*” *ob. cit.*, p. 118-119.

²⁰⁰ Cfr. SERRA, Catarina. *últ. ob. cit.*, p. 122.

²⁰¹ O art. 17.º -B traz a noção de “devedor em situação difícil”: *Para efeitos do presente Código, encontra-se em situação económica difícil o devedor que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito*. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA confronta o conceito de “situação económica difícil” da revitalização às aplicações de *culposa* e *fortuita* da insolvência, no sentido de questionar se existe um dever de negociação dos credores para com os devedores. Compreende o Autor, que se a “situação económica difícil” for “culposa” (por analogia), não há qualquer dever de negociação. Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Entre o código da insolvência e “princípios orientadores”: um dever de negociação?” in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72.º, n.º II/III, abril-setembro 2012, Lisboa, p. 677-678.

²⁰² A noção de *insolvência iminente* não vem definida na lei. Caberá à doutrina e à jurisprudência defini-la. *Grosso modo*, CATARINA SERRA diz, com alguma segurança, que «a insolvência iminente é a situação em que já o devedor já antevê que estará impossibilitado de cumprir as suas obrigações quando elas se vencerem, no futuro próximo». Cfr. SERRA, Catarina. *O regime português da insolvência*, *ob. cit.*, p. 176-177.

Evidentemente, repercute no PER o dever de negociação com base nas regras gerais de boa fé, pois «cabe afirmar que todo dever de negociar leva implícito para a sua efetiva aplicação o dever de negociar com boa fé»²⁰³. O princípio da boa fé aplica-se plenamente às relações entre o devedor em “situação económica difícil” ou em “situação de insolvência meramente iminente” e os seus credores (art. 762.º, n.º 2, do Código Civil), resultado concretizado pelos *princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores*, que fora aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 23 de outubro^{204 205}. Para além, poderíamos citar neste terreno, os comportamentos substancialmente conformes às normas jurídicas que se concretizariam nos *deveres de cooperação*, de *esclarecimento* e de *informação*; e o dever de não adotar comportamentos que lhes sejam substancialmente desconformes, concretizado nos *deveres de lealdade*²⁰⁶.

No mesmo sentido, analogicamente se prescreve que na aplicação do princípio da boa fé ao caso concreto há-de considerar-se, designadamente, “o objetivo que as partes visam atingir negocialmente” [art. 16.º, al. b) da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais]. Sendo assim, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA compreende que «a *afirmação* de que o princípio da boa fé deve aplicar-se atendendo “[a] o objetivo que as partes visam atingir negocialmente” implica a constatação de que o princípio da boa fé deve concretizar-se em *deveres acessórios de cooperação*: *Cada uma das partes deve colaborar com a outra para que o cumprimento das obrigações corresponda à realização dos fins prosseguidos com o contrato*»²⁰⁷.

É possível, pois, compreender que as *negociações* levadas a cabo pelos administradores (do devedor) e os credores tem na sua origem a relação pré-contratual? Ora, a relação pré-contratual constitui-se como a assunção de negociações para a conclusão de um contrato: as partes saem do círculo dos *deveres gerais* para entrarem no círculo dos *deveres especiais* (entre sujeitos determinados)²⁰⁸. Nesse sentido a doutrina explica que «os deveres compreendidos na relação pré-contratual fundam-se no princípio da boa fé – logo, são *deveres de conduta ou deveres laterais*»²⁰⁹. Poderíamos,

²⁰³ Cfr. SÁNCHEZ TORRES, Esther. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, CES, Madrid: 1999, p. 53. (N.T).

²⁰⁴ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Entre o código da insolvência e ‘princípios orientadores’...”, *ob. cit.*, p. 680. O mesmo Autor, na mesma obra (p. 685), assinala os princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores como um contributo para a concretização do princípio (geral) da boa fé. Considera esta solução interpretativa a solução (mais) razoável.

²⁰⁵ No mesmo sentido, *vide* PEREIRA, João Aveiro. “A revitalização económica dos devedores”, in: *O Direito*, ano 145.º, 2013, I/II, Almedina: Coimbra, p. 13.

²⁰⁶ O dever de lealdade já foi estudado no interesse social, aqui se aplica este dever na relação administradores-empresa-credores. Nos demais princípios-deveres seguirão a seguir a orientação de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, *ob. cit.*, p. 182 e ss.

²⁰⁷ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *últ. ob. cit.*, p. 183.

²⁰⁸ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “O dogma da tipicidade dos vícios da vontade e o contributo do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, para a sua superação”, in: *Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. III, ed. especial 2011, Universidade Católica Portuguesa Editora: Lisboa, p. 67.

²⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 67.

assim, parafrasear o retrocitado A. no sentido a se compreender que [o princípio] de que a assunção de negociações para a conclusão de um contrato [aqui, a revitalização] engendra uma relação obrigacional em sentido amplo sem deveres primários de prestação concretiza-se em normas sobre a *validade* ou a *invalidade* do contrato e em normas sobre a *responsabilidade dos contraentes*. Desse modo, existindo uma alteração anormal das circunstâncias que constituem a base do negócio e das bases contratuais (art.s 252.º e 437.º, n.º 1, respetivamente do Código Civil), os deveres de cooperação concretizam-se, neste caso, no dever de renegociação do contrato ²¹⁰, e isso é possivelmente visível na empresa em *situação económica difícil* e *situação de insolvência meramente iminente*, logo que estas se apresentam, *a priori*, pela manifestação de uma alteração anormal das circunstâncias negociais (incluindo contratuais) ²¹¹.

Certo é que a definição empresa (devedor) em situação económica difícil ou de insolvência meramente iminente é um tanto vaga, e só poderá ser aplicada consoante o caso concreto. A lei a considera quando o devedor enfrentar dificuldade séria em cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por falta de liquidez ou por não conseguir crédito junto da banca (art. 17.º -B). A iminência de o devedor ficar insolvente tem de ser antecipada e analisada por ele próprio, que é quem está em melhores condições para fazer o diagnóstico, com base na informação privilegiada de que dispõe no seio da empresa. Portanto, confrontando os compromissos que assumiu, e não cumpriu, com as suas disponibilidades de tesouraria ou de crédito a que possa ou não possa recorrer, o devedor é que terá de concluir ou antever de forma ponderada e responsável o momento certo em que, a curto prazo, irá entrar na insolvência, ficando até lá na iminência dessa situação.

Segundo a opinião de JOÃO AVEIRO PEREIRA, «Para aferir a oportunidade ou o acerto desta avaliação, e determinar se a situação é economicamente difícil ou de insolvência apenas iminente, importa recorrer ao critério do homem médio colocado na real situação do devedor» ²¹². Em nossa opinião, como viemos defendendo até aqui, o critério para aferição da conduta dos administradores se coloca na figura do administrador criterioso e ordenado, o qual atualmente se coaduna à figura dos administradores detentores de considerável *competência técnica*, o que representa um *standard* acima do critério do homem médio (*bonus pater familias*). Neste sentido, nos acordos de revitalização, a transparência, a boa fé, a cooperação, o zelo, a lealdade, o respeito aos interesses da contraparte, devem ser suscetíveis a criar um clima de

²¹⁰ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Entre o código da insolvência e ‘princípios orientadores’...”, *ob. cit.*, p. 682.

²¹¹ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA utiliza-se deste argumento para enfatizar as questões referentes às “propostas razoáveis” (ou *cláusula do razoável*) perpetradas entre credores e devedores: «O devedor há-de apresentar aos seus credores propostas razoáveis de adaptação ou de modificação do conteúdo das relações obrigacionais e de responder razoavelmente às propostas, ou às contra-propostas, que lhes sejam apresentadas; os credores não-de responder razoavelmente às propostas que lhes sejam apresentadas pelo devedor». Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *últ. ob. cit.*, p. 682-683.

²¹² Cfr. PEREIRA, João Aveiro. “A revitalização económica dos devedores”, in: *O Direito*, ano 145.º, 2013, I/II, Almedina: Coimbra, p. 35.

confiança necessário à justa harmonização dos interesses em confronto.

Com efeito, os deveres de cooperação entre credor e devedor surgem frequentemente sob a forma de *deveres de esclarecimento e deveres de informação*. Pelo primeiro, entende-se o dever de comunicar espontaneamente à(s) contraparte(s) elementos não solicitados; pelo segundo, o dever de comunicar os elementos solicitados, respondendo às perguntas que a(s) contraparte(s) faça(m) ²¹³.

No recente n.º 11, do art. 17.º -D, do CIRE, há evidências claras da intenção do legislador em consagrar a responsabilidade civil dos administradores por inobservância dos princípios em comento. O texto prescreve: *O devedor, bem como os seus administradores de direito ou de facto, no caso de aquele ser uma pessoa coletiva, são solidária e civilmente responsáveis pelos prejuízos causados aos seus credores em virtude de falta ou incorreção das comunicações ou informações a estes prestadas, correndo autonomamente ao presente processo a ação intentada para apurar as aludidas responsabilidades* ²¹⁴.

No mais, por referência ao dever de informação nas relações intersubjetivas, a lei o prevê no artigo 573.º do Código Civil. Desse modo, quanto aos deveres de informação resultantes de lei estrita, a disposição do art. 573º do CC, estabelece em termos genéricos uma obrigação de informação sempre que o titular de um direito tenha dúvida fundada acerca da sua existência e conteúdo e outrem esteja em condições de prestar as informações necessárias ²¹⁵.

O dever de informação, portanto, está alinhado à “confiança razoável” suscitada em pessoas que atuam diligentemente. Ora, é possível afirmar que os credores não autorizariam a *revitalização* se tivessem o conhecimento de que a sociedade estava em situação de *insolvência atual*, e não em *situação económica difícil* ou em *situação de insolvência meramente iminente*. Nisto, o dever de informação é a expressão objetiva do dever de cuidado, sendo que recai sobre a pessoa jurídica e deriva da boa fé ²¹⁶, e como consequência do não conhecimento por parte dos credores da informação devida, o resultado lesivo – pela decisão de aceitar uma negociação de revitalização quando não se tinha conhecido a real situação de insolvência – funda a responsabilização dos administradores por violação de um dever concretamente exigível.

Assim, o referenciado no n.º 11, do art. 17.º -D, leva a crer que se determinada informação de índole interna – sob o domínio dos administradores – for ocultada ou até mesmo incorreta, e se evidentemente for prejudicial à execução do plano de revitalização advindo maiores prejuízos aos credores, tal conduta perpetrada

²¹³ Esta é a contextualização de OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de direito dos contratos*, ob. cit., p. 188.

²¹⁴ No n.º 6, do art. 17.º -D, do mesmo diploma, já se previa o dever de informação por parte dos responsáveis.

²¹⁵ Cfr. VEIGA, Fábio da Silva; LARANJEIRA, Amanda Lúcia Araújo. “O dever de informação dos atos bancários na fase pré-contratual e a ‘culpa in contrahendo’”, in: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, n.º 15, UNIBRASIL: Curitiba, 2011, p.587.

²¹⁶ Parafrazeando MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando. “Deberes y responsabilidad...” ob. cit., p. 114.

(nomeadamente a falta ou incorreção das informações) será objeto de processo autónomo de responsabilização ²¹⁷.

Portanto, no âmbito das negociações os administradores tem o dever atuar em conformidade com os deveres de cooperação (incluindo os deveres de informação e de esclarecimento), cooperando de boa fé com os credores, com o fito a uma execução transparente do “plano” (re)negociado à revitalização da empresa. Há, assim, interesses recíprocos em jogo. Por parte dos credores há o interesse na reestruturação da empresa, que resultará na busca à aproximação *justa* da satisfação de seus créditos. Por parte da empresa, a permanência e a sustentabilidade da empresa, sem dúvida, é o maior propósito. Porém, neste caminho há implicitamente o dever de os administradores aperfeiçoarem a confiança ²¹⁸, rever os bons comportamentos, demonstrar ações que evidenciem a aposta dos credores (costumeiramente os “garantes” do negócio, e na revitalização, ainda mais). A lei, entretanto, está a prever este tipo de relação, e a incitar melhores comportamentos por parte de quem se socorre ao abrigo do PER – os devedores.

4.2.2. Homologação de acordos extrajudiciais de recuperação dos devedores

Outro instrumento disponibilizado pela Lei 16/2012, de 20 de abril, e que acentua o caráter privatístico de *(re)negociações* com vista à revitalização empresarial, é o da *homologação de acordos extrajudiciais de recuperação dos devedores* com base em negociação direta com os seus credores (art. 17.º -I).

A diferença básica entre o PER (arts. 17.º -A a -H) e a *homologação* de acordo extrajudicial de recuperação dos devedores (art. 17.º -I) pode ser sintetizada na própria nomenclatura: o primeiro é “processo” e o segundo “acordo”. Resultando no plano

²¹⁷ O texto do art. 17.º -D, n.º 11, do CIRE deve ser objeto de *interpretação extensiva*, para que se aplique à violação de todos os deveres acessórios de conduta contidos na relação jurídica de negociação ou de renegociação do conteúdo do contrato. Entre a violação de deveres de esclarecimento e de informação e a violação de deveres de cooperação ou de deveres de lealdade, não há nenhuma diferença fundamental, capaz de explicar e/ou de justificar que o devedor *responda* pela violação de deveres de esclarecimento ou de informação e *não responda* pela violação de deveres de cooperação ou de deveres de lealdade. Independentemente da interpretação extensiva do texto do art. 17.º -D, n.º 11, do CIRE, a responsabilidade civil do devedor resultaria sempre do art. 762.º, n.º 2, do Código Civil. Conforme explanação de OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Entre código da insolvência e ‘princípios orientadores?...’”, *ob. cit.*, p. 687. É, portanto, em razão destes argumentos que o Autor encara a “situação económica difícil” e a “insolvência meramente iminente” quando violados os deveres de cooperação, deveres de esclarecimento ou de informação, ou dos deveres de lealdade consignados nos *Princípios orientadores da recuperação extrajudicial dos devedores*, como de insolvência culposa. Portanto, de responsabilidade civil.

²¹⁸ No n.º 8, do art. 17.º -D, salienta-se o princípio da autonomia contratual, da liberdade de convenção entre as partes negociantes: *As negociações encetadas entre o devedor e os seus credores regem -se pelos termos convencionados entre todos os intervenientes (...)*. Sublinhamos, porém, que a confiança nos administradores (e na empresa) só será revalidada após a demonstração de atos que exteriorizem boas práticas de conduta, para além do convencionado pelas partes. O sentimento de desconfiança por parte dos credores é notório nesta fase de crise económico-financeira da empresa, por isso, qualquer desvio de conduta deve ser rigidamente reprimido. O legislador merece aplausos a este respeito.

prático em algumas distinções. A começar pela intervenção judicial. Na *homologação de acordo extrajudicial* há maior liberdade contratual, logo que o “acordo extrajudicial” se dá inteiramente fora da órbita judicial. Já no PER, o acordo, embora sendo “privado” se encontra “judicializado”, pois a declaração de vontade das partes se concretiza após a comunicação do plano de recuperação dirigida ao tribunal, ou seja, somente depois de dizer ao juiz que se *pretende iniciar negociações* (art. 17.º -C, a)).

No que diz respeito às negociações, no PER estas são intermediadas ou fiscalizadas pelo tribunal, através do administrador judicial (art.17.º -D, n.º 6) – que terá a função de tornar o processo transparente e equitativo – sendo caracterizadas pelo restrito prazo das negociações (art. 17.º -D, n.º 5 – dois meses, prorrogável por mais um mês); enquanto que na *homologação de acordo extrajudicial* não há este prazo, visto que as partes podem iniciar as negociações discricionariamente, e a partir do consenso submeter o pedido à apreciação e eventual homologação judicial.

Assim como o PER, a *homologação de acordo extrajudicial* também teve a receção dos princípios orientadores do “*Global statement of Principles for Multi-Creditor Workouts*”, os denominados *Insol Principles* existentes há mais de uma década²¹⁹. Por esses princípios, cumpre em primeiro grau o fator da (re)negociação entre as partes, objetivando o estrito cumprimento dos deveres de cooperação, dos deveres de esclarecimento e de informação e ainda dos deveres de lealdade²²⁰.

4.3. Considerações finais

É perfeitamente possível perceber a influência do contexto político-económico nas questões jurídicas societárias. Depois, já num quadro legal, o Direito da Insolvência Português que vinha adotando o critério da primazia do interesse dos credores, mormente o da *liquidação* da massa insolvente, passa a reorientar-se por conceções que vigoravam antes do atual *Código* de insolvência, cujo primado da recuperação da empresa já foi tratado com mais sensibilidade. Com a assunção do Processo Especial de Revitalização, procedente da Lei 16/2012 de 20 de abril, que aditou os artigos 17.º -A a H, do CIRE, as empresas e seu representantes (administradores) são novamente tratados com novas possibilidades de recomeçarem os seus empreendimentos, a partir então da iniciativa privada de negociações. Agora, é salientado uma vez mais os deveres fundamentais dos administradores (gestão, lealdade, cooperação, informação, etc.) – princípios originários da boa fé – sobretudo numa linha relacionada à aposta dos credores na confiança da empresa em situação económica difícil. Contudo, a realidade da empresa exige um elevado padrão de conduta dos beneficiários desta “nova” oportunidade, e o respeito aos princípios fundamentais do *standard* do gestor criterioso e ordenado é causa suprema para a concretização *negocial* finalizada na revitalização da empresa. A inobservância dos fundamentos do processo de *revitalização* gera no

²¹⁹ Cfr. SERRA, Catarina. *O regime Português da Insolvência*, ob. cit., p. 190; e em “Emendas à (lei da insolvência portuguesa – primeiras impressões”, ob. cit., p. 131 (nota 72).

²²⁰ Cfr. SERRA, Catarina. *O regime...* ob. cit., p. 190; Sobre os deveres de cooperação, deveres de esclarecimento e de informação e os deveres gerais de lealdade, vide OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*, ob. cit., respetivamente, p. 182-191.

mínimo duas consequências: a) a insolvência societária; b) o dever de indemnização. Reitera-se que confiança nestes agentes é reconsiderada, e o cuidado para o devido cumprimento realça os critérios de responsabilização.

5. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

5.1. Fundamentos e ligação com a responsabilidade societária

Em questões terminológicas, o termo originário que configura os pressupostos da *desconsideração da personalidade jurídica* ²²¹ assenta na ideia do *disregard of corporateness* (desconsideração da personalidade) ou *disregard of the legal entity*, bem como no *piercing the corporate veil*, do Direito Anglo-saxónico, mais especificamente no direito norte-americano. No Direito Alemão, elegeu-se a fórmula *Durchgriff* ou

²²¹ Vide ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 4.^a ed., Almedina: Coimbra, 2011, p. 180-187, e “Diálogos com a jurisprudência, II – responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 2, vol. 4, Almedina: Coimbra, março 2010, p. 49-64, onde conceitua a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades como a «derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjectiva e/ou patrimonial das sociedades em face dos respectivos sócis» (p. 55); ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Comercial – vol. IV – Sociedades Comerciais . Parte Geral*, Lisboa, 2000, p. 74-90, na p. 75 prescreve que «sob a referência do *disregard of legal entity*, as sociedades eram *incorporated*, e portanto personificadas, por um acto individual de concessão por parte do poder político. A personalidade era tendencialmente vista como uma ficção. Compreendia-se assim que, quando se afastassem dos limites daquela concessão, os sócios pudessem ser responsabilizados pessoalmente. Fala-se então em desconsideração ou levantamento da personalidade colectiva: “afasta-se o véu da personalidade»; RIBEIRO, Maria de Fátima. “Desconsideração da personalidade jurídica e a ‘descapitalização’ da sociedade”, in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LII, n.º 3-4, julho-dezembro, 2011, Almedina: Coimbra, p. 173-213; CORDEIRO, Pedro. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, 2.^a ed., Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2005. p. 56: «a desconsideração consiste, assim, na correção de uma primeira imputação, ou, dito de outro modo, na correção das consequências jurídicas decorrentes de um princípio jurídico de carácter geral. O ponto de partida da desconsideração é, portanto, a constatação de que a pessoa colectiva foi *abusivamente* utilizada pelos seus membros, sendo, contudo, controversos os seus pressupostos a partir dos quais se deverá considerar abusiva certa utilização»; Ao contrário dos autores retrocitados, CORDEIRO, António Menezes, preferindo o termo “levantamento da personalidade coletiva”, defende razões terminológicas da língua portuguesa, conforme seu ensaio *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*, Almedina:Coimbra, 2000, p. 103; Na doutrina espanhola também se segue a nomenclatura do “levantamento del velo”, cfr. BOLDÓ RODA, Carmen. “Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español”, in: *Revista Derecho de Sociedades*, n.º 5, Editorial Aranzadi: Cizur Menor, 2000; ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 4.^a ed., Civitas, Madrid, 1997, e cuja síntese memorável descreve “el levantamiento”: é o «desentendimiento de personalidad jurídica (*disregard of legal entity*), esto es, la técnica judicial consistente en prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, a partir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma, “levantar el velo” y así examinar los reales intereses que existen o laten en su interior. En suma, adentrarse en el seno de la persona jurídica (su *substractum*, como dicen nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia), para de ese modo poner coto a los fraudes y abusos que por medio del “manto protector” de la persona jurídica se pueden cometer» (p. 44); SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel. “Utilización abusiva y fraudulenta de las personas jurídicas en el Derecho: algunas notas”, in *Revista Julgar*, n.º 9, Editora Coimbra, set-dez., 2009, p. 191-202; VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo blanch: Valencia, 1998, p. 195-196 ; cfr. SERRA, Catarina. “Desdramatizando o afastamento da personalidade jurídica (e da autonomia patrimonial)”, in: *Revista Julgar*, n.º 9, set-dez., 2009, p. 111-130, a Autora utiliza-se do termo “afastamento da personalidade jurídica”. TRIUNFANTE, Armando Manuel & TRIUNFANTE, Luís de Lemos. “Desconsideração da Personalidade Jurídica – Sinopse doutrinária e Jurisprudencial”, in *Revista Julgar*, n.º 9, set-dez. 2009, p. 131-146.

Durchgriff bei juristischer Personen: significando “penetração” ou “penetração nas pessoas coletivas”.

De partida, importa salientar que a existência de pessoas coletivas (ou jurídicas, conforme a defesa teórica)²²², permite limitar a responsabilidade patrimonial e isentar a responsabilidade dos administradores e agentes económicos das consequências dos atos imputáveis à pessoa coletiva. Desse modo, a *desconsideração da personalidade jurídica* aparece como instrumento de “superação”²²³ do património coletivo, afastando²²⁴ os limites do princípio da separação patrimonial (*Trennungsprinzip*) imanente às sociedades empresariais, e, entretanto, “tocando” no património pessoal dos sócios / administradores²²⁵, o que constitui por decorrência, na consumação da responsabilidade ilimitada.

O que se analisa diante deste instrumento jurídico, são os fatores que contribuem para a separação do património resultante da atividade económica da sociedade de o património pessoal dos sujeitos ligados a esta sociedade, de forma a buscar o *afastamento* da entidade em causa e atingir os sujeitos que compõem o seu substrato. E em conformidade com isto, caberia lugar a “desconsideração” sempre que, por fora de circunstâncias imprevisíveis, ou excepcionais, fosse necessário “subverter” as características essenciais naturais ou típicas destas entidades²²⁶.

Certo é que o assunto tratado entrará sob o âmago da autonomia da personalidade jurídica, cujo pressuposto básico é de que no direito societário as sociedades comerciais gozam do princípio da autonomia patrimonial, o que representa a distinção da sociedade (que possui autonomia) da de seus sócios. Sem embargo, indaga-se: Caberá a relativização do princípio fundamental da autonomia patrimonial da pessoa jurídica?

Em teorização CATARINA SERRA defende uma “perspetiva não absolutizadora” ou uma “conceção substancialista” da personalidade das sociedades comerciais e outras pessoas coletivas ou jurídicas, e, portanto, deve-se relativizar a noção de pessoa jurídica

²²² Sobre os fundamentos da terminologia “pessoa coletiva” em Portugal, vide “Capítulo I – A personalidade Colectiva”, p. 17-21, de CORDEIRO. António Menezes. *O levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina: Coimbra, 2000.

²²³ Nomenclatura adotada por GALVÃO TELLES, mas não difundida em Portugal, apud CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina: Coimbra, 2000, p. 39.

²²⁴ Cfr. SERRA, Catarina. “Desdramatizando o afastamento da personalidade jurídica (e da autonomia patrimonial)”, in: *Revista Julgar*, n.º 9, set-dez., 2009, preferiu adotar o termo “afastamento da personalidade jurídica”; no entanto, em Portugal o termo “desconsideração” da personalidade jurídica é amplamente aceito e utilizado, motivado pela influência do Direito Brasileiro que por lá adota este termo com base na tradução literal do *disregard*.

²²⁵ Nas palavras de SERRA, Catarina. *últ. ob. cit.* p. 128: «em primeiro lugar – e acima de tudo –, os sujeitos afectados são os gerentes ou administradores, de direito ou de facto, das sociedades e não os sócios (ou pelo menos, não nesta qualidade), faltando, pois, aquilo que é típico do afastamento: o intuito de punir os sujeitos que constituem o substrato pessoal da sociedade, que formam e manifestam os interesses e a vontade da sociedade (o “homem oculto” atrás do ente societário)».

²²⁶ Nesse sentido, SERRA, Catarina. *últ. ob. cit.*, p. 129.

ou coletiva. Fundamenta-se a A., para lá das vertentes jurídicas apontadas ²²⁷, na noção de que a sociedade é sempre resultado da vontade dos sócios (desde a sua constituição e durante o seu funcionamento).

Sabe-se que, historicamente, os motivos que levaram a consecução da desconsideração da personalidade jurídica se pautavam na responsabilização pessoal dos sócios por realização de interesses alheios àqueles que são peculiares ao ente societário, e funcionava como um *safety valve* (válvula de segurança) do sistema para combater ou sancionar certos comportamentos tidos como antijurídicos, v.g. fraude à lei, ofensa à boa fé, iniquidade, fraude contra credores, fraude a obrigação contratual, (corrente norte-americana desde a segunda metade do séc. XIX); e no contexto continental, com a tese de SERICK ²²⁸, de 1955, foi apresentado o critério fundamental da desconsideração da personalidade jurídica pelo *abuso de forma jurídica* (ou abuso da pessoa jurídica).

É de se destacar que a figura da *desconsideração da personalidade jurídica* não está normatizada no sentido legislativo em Portugal, tem, contudo, seu respaldo na doutrina e jurisprudência nacional ²²⁹, sendo por isso, um instrumento utilizado com certa parcimónia.

Entretanto, o seu conteúdo é merecedor de estudos e de referências no campo da responsabilidade dos administradores, e, não obstante, é objeto de comparação com os institutos da responsabilidade direta dos administradores, elencados no CSC. Tal motivo leva-nos a estudá-lo tendo em conta o complexo campo da responsabilização dos administradores, e ainda, como meio de identificação dos institutos no que concerne à pedagogia jurídica.

5.2. Encontrando a morada da desconsideração da personalidade jurídica

Pretendendo “desmistificar”, ou em melhor colocação quiçá facilitar a identificação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, procuraremos nas linhas a seguir um “endereço” em que se possa localizar, ou pelo menos, encontrar pistas que nos levem a perseguir os passos deste instituto (trataremos por instituto,

²²⁷ Sobre as vertentes que pressupõe a personalidade jurídica das sociedades comerciais, CATARINA SERRA enumera duas: a responsabilidade exclusiva do patrimônio social pelas obrigações sociais e a responsabilidade do patrimônio social exclusivamente pelas obrigações sociais. Cfr. SERRA, Catarina. *Destramatizando...ult. ob. cit.*, p. 112.

²²⁸ ROLF SERICK, em seu livro intitulado *Rechtsform und Realität juristischer Person* (na tradução: Forma jurídica e realidade das pessoas coletivas), segundo, CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento... ob. cit.*, p. 110.

²²⁹ A primeira decisão que pode ser considerada com fundamento específico na desconsideração da personalidade jurídica pelos tribunais portugueses, foi obra do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13.05.1993 – Relator FERNANDES DE MAGALHÃES, aplicando-se o disposto no art. 877.º do CC ao trespasse de um estabelecimento comercial feito pelos réus a uma sociedade por quotas constituída por dois dos seus filhos. Já dentro do espaço ibérico, antes, em 1984, a jurisprudência espanhola pronunciava na “Sala Primera de 28 de mayo de 1984” o caso *EMAYA*, sendo o primeiro caso em que se utilizavam expressamente as palavras *levantamiento del velo*. Cfr. ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*, p. 66.

embora não possua autonomia legal em Portugal) no extenso campo das interpretações e normatizações jurídicas²³⁰.

Desse modo, desde os primórdios do advento da desconsideração, a doutrina buscou precisar os casos de caracterização de desconsideração da personalidade jurídica na tentativa de sistematizar a sua classificação, e de certo modo, conseguiu dar mais “cientificidade” ao instituto. Evidentemente que por razões de determinados casos de inoperabilidade processual, a desconsideração pode ser taxada como instrumento que se marginaliza nos campos da insegurança jurídica. Porém, vencidas estas questões, é muito clara a importância da sistematização de seus casos para a aplicabilidade do conceito perante a casuística, a qual se menciona as mais referenciadas pela doutrina.

Nesta senda, a doutrina germânica classificou a desconsideração sob dois grupos de casos: os casos de imputação (*Zurechnungsdurchgriff*) e os casos de responsabilidade (*Haftungsdurchgriff* ou *Durchgriffshaftung*). No primeiro grupo entram os casos em que determinados conhecimentos, qualidades ou comportamentos dos sócios são imputados à sociedade e vice-versa²³¹. Com efeito, o que nos interessa são os casos de responsabilidade, o segundo grupo, pelo qual a ruptura da regra da limitação da responsabilidade ou desconsideração da personalidade jurídica é considerada para fins de responsabilidade. Na doutrina de COUTINHO DE ABREU, acompanhado por FÁTIMA RIBEIRO e CATARINA SERRA²³², elenca-se neste segundo grupo, entre outros, os casos de *a*) atos de confusão ou mistura patrimonial; *b*) subcapitalização²³³;

²³⁰ Embora o subtítulo seja sugestivo, no sentido de encontrarmos um “lugar seguro” para repousar a desconsideração, reconhecemos o difícil trabalho enfrentado pela doutrina continental no que concerne à definição da essência deste instituto. Sabe-se que na jurisprudência anglo-saxônica há “mais facilidade” de enfrentar o tema, pois o manuseio dos critérios objetivos atinentes à *boa fé, conveniência e equidade, etc.* aplicam-se com certa instrumentalidade no abuso de direito dentro do sistema *common law*. Sobre o abuso da pessoa jurídica e as exceções no direito anglo-saxônico, *vide* BOLDÓ RODA, Carmen. “Levantamiento del velo...” *ob., cit.*, p. 51-53.

²³¹ COUTINHO DE ABREU exemplifica o seguinte caso de imputação: «uma pessoa que, por efeito de um trespassse, fica *obrigada* (explícita e implicitamente) a não *concorrer* durante certo tempo com o trespassário viola tal obrigação quando constitui uma sociedade unipessoal com objeto idêntico ou similar ao do estabelecimento alienado, ou quando entra em sociedade concorrente do trespassário, nela passando a exercer funções de administração ou ficando a deter posição majoritária (afastada a máscara pessoal-societário, vê-se o sócio a concorrer com o trespassário), entre outros exemplos». Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho. *Curso...ob, cit.*, p. 179-180.

²³² *Vide* ABREU, J.M. Coutinho de. *Curso de Direito Comercial, Vol. II*, p. 180-187, e *Diálogos...ob. cit.*, p. 55-63. RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela... ob. cit.*, p. 188 ss., e “Desconsideração da personalidade jurídica e ‘descapitalização’ de sociedade”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano LII, n. 3-4, jul-dez, 2011, p. 189. SERRA, Catarina. “Desdramatizando...” *ob. cit.*, p. 114-115.

²³³ A subcapitalização tem sentido na desproporção anormal entre o capital social e o volume de negócios da sociedade. Na classificação de COUTINHO DE ABREU, há a *subcapitalização material*: sociedade que não dispõe de capitais próprios suficientes para o exercício da respetiva atividade, e esta insuficiência nem sequer é suprida por empréstimos dos sócios; Divide-se a subcapitalização material (qualificada) em *originária* e *superveniente*. Pela primeira, a desproporção anormal entre o capital social e as exigências da atividade que os sócios se propõem desenvolver por meio da sociedade é evidente logo quando esta nasce –, pela segunda – a falta de capitais próprios manifesta-se em momento posterior, decorrente, por exemplo, de perdas graves ou de ampliação da atividade social. Cfr. ABREU, J. M. Coutinho de. “Diálogos...” *ob. cit.*, p. 61.

c) abuso de personalidade jurídica e d) descapitalização.

Nota-se que as situações de responsabilidade, nos casos acima, são *exemplificativas*. E nestas, COUTINHO DE ABREU (na mesma obra citada), considera-as no domínio do *abuso de direito*, isto é: os sócios perdem o benefício da «responsabilidade limitada», respondendo perante os credores sociais, quando utilizem o «instituto» sociedade-pessoa coletiva (em princípio com autonomia patrimonial perfeita) *não (ou não tanto) para satisfazer interesses de que ele é instrumento, mas para desrespeitar interesses de credores da sociedade*; ou em formulação mais próxima do art. 334.º do Cciv.²³⁴, quando excedam os limites impostos pelo fim social ou económico do direito de constituir e fazer funcionar (ou não) a sociedade. Pondera, portanto, o referido A., na invocação do abuso de direito por violação dos bons costumes (conforme artigo 334.º do CC), e reconhece que apesar da indeterminação dos «bons costumes», não teria o inconveniente de se exigir dolo. Porém, tem preferência (com escopo do art. 334.º) na ideia do abuso institucional - apoiando-se na parte final desta norma – associando-a a derrogação da autonomia patrimonial da sociedade devedora (o património social junta-se o património dos sócios para satisfação dos credores da sociedade)²³⁵.

É de grande relevância sublinhar, para não cometer equívocos de rigor, que a desconsideração da personalidade jurídica é um instrumento que delinea a responsabilidade dos sócios, enquanto sócios, que pode coincidir a figura dos sócios com a dos administradores (tratando-se de sócios-administradores)²³⁶.

Um dos precursores, após os anos 90 do século passado²³⁷, em Portugal, da teoria da desconsideração foi OLIVEIRA ASCENSÃO. O reputado Autor, assinalando elementos da doutrina brasileira²³⁸ faz apelo a duas causas que estimulariam o funcionamento do instituto: a) a *subcapitalização*, que nada mais é do que a impossibilidade de a sociedade honrar os seus compromissos em razão do binómio *lucro-risco*, e pelo qual o risco da atividade é transferido aos credores por consequência da subcapitalização da sociedade²³⁹. Não obstante, para o retrocitado Autor, a hipótese

²³⁴ O artigo 334.º do Código Civil português prescreve: «É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito». Para reflexão a respeito da boa fé e seu sentido interpretativo, vide OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “O princípio da boa fé como fórmula vazia? Comentário a um artigo de Martijn Hesselink”, in: *Scientia Iuridica – Revista de direito comparado português e brasileiro*, Tomo LVI, n.º 312, 2007, Universidade do Minho: Braga, p. 719-732.

²³⁵ Cfr. ABREU, J. M. Coutinho de. “Diálogos...” *ob. cit.*, p. 59.

²³⁶ Maiores detalhes, Vide nota n.º 247 *infra*.

²³⁷ É significativo anotar que as discussões em torno da desconsideração da personalidade jurídica em Portugal remonta a década de 1940. Em 1948 foi invocado por FERRER CORREIA (sete anos antes de ROLF SERICK ter batizado e desenvolvido a teoria), conforme anotações de SERRA, Catarina. “Destramatizando...” *ob. cit.*, p. 116.

²³⁸ Cita o doutrinador brasileiro JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, e sua obra “A Dupla Crise da Pessoa Jurídica” de 1979.

²³⁹ Nesse sentido, o A. assinala a seguinte proposição: «imagine-se que se constitui uma sociedade anónima, apenas com capital mínimo, para a construção de uma barragem orçada em milhões. Recorre-se, conseqüentemente, ao crédito. Isso significa, se tudo correr bem, os sócios encaixarão os lucros

mais importante (b) é sempre a de os sócios não respeitarem a *separação patrimonial* e fazerem ingressar em seus patrimónios bens da sociedade. O erudito A. diz-nos que «da análise destes vários tipos de intervenção resulta que a desconsideração tem de encontrar o seu lugar através de uma acomodação de muitos institutos conhecidos; mas resulta também que nenhum, nem todos em conjunto, estão em condições de absorver a sua problemática. Há sempre um resíduo de casos de desconsideração que lhes escapam»²⁴⁰. Neste ponto o A. exalta o caráter *subsidiário* da desconsideração.

No círculo dogmático, é interessante a análise de ASCARELLI²⁴¹. O A. opta pela reformulação do conceito de pessoa jurídica para definir as situações de desconsideração²⁴². Em sua opinião, no fundo, a doutrina da desconsideração continua fiel à conceituação de que a pessoa jurídica é sujeito de direito independente e distintamente dos membros que a constitui, e a partir disso, marca-se a necessidade de outorgar caráter excepcional aos pressupostos em que são possíveis de prescindir da personalidade jurídica, recorrendo, para justificar o que apresenta como um possível atentado contra a segurança jurídica, às noções um tanto vagas e difusas de fraude à lei, abuso de direito e boa fé. ASCARELLI entende que esta conceção, diria antropomórfica da pessoa jurídica, não pode explicar claramente os motivos porque alguns casos mantêm e outros superam a figura da pessoa jurídica. Em síntese, o A. compreende que a solução haverá de ser buscada num sentido em que se prescinda da normativa peculiar da personalidade jurídica²⁴³.

Ainda em território italiano, GALGANO tem uma interpretação um pouco mais ousada para perpetrar a figura da desconsideração. O referido A. evidencia uma interpretação que reverte o sentido da instituição da pessoa jurídica²⁴⁴ de SAVIGNY

desproporcionados resultantes da operação; mas se correr mal, os prejuízos serão para os credores, pois os sócios não responderão por mais do que a sua entrada. Separam-se assim o risco e o lucro, quando o lucro só se justifica pelo risco. A desconsideração da personalidade jurídica permite ocorrer a anomalias de comportamento desta natureza». Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Comercial...* ob. cit., p. 79.

²⁴⁰ Nesta colocação o A. refere ao pensamento de J. L. CORRÊA DE OLIVEIRA, cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Comercial...* ob. cit., p. 85. Vale ainda referir a opinião de OLIVEIRA ASCENSÃO na questão concernente à orientação *funcional* da pessoa jurídica, no sentido de que o A. considera a sociedade e sua personalidade como entes funcionais, isto é, ser possuidora de uma função típica (a função que deveria ser desempenhada pela sociedade) e quando não observada, apareceria a desconsideração. Aproxima-se do abuso de direito, e da referência deste ao fim económico ou social (art. 334.º CC).

²⁴¹ Citado por BOLDÓ RODA, *ob., cit.*, p. 51.

²⁴² «O conceito de pessoa jurídica, em suas várias matizes, desde a ideia fria da ficção – até a personalidade social de VON GIERKE – que afirma a existência de entes superiores ao indivíduo, criados pela ordem jurídica, tem dominado a jurisprudência desde a antiguidade, e constitui um instrumento indispensável para compreender o nosso direito positivo, o qual se desenvolveu sob a influência destas ideias». Cfr. TUHR. A. Von. *Derecho civil, vol. I – Las personas – Clásicos del pensamiento jurídico*, Marcial Pons: Madrid, 1999, p. 375. (N.T.)

²⁴³ Não se trata de perder o respeito pela figura da pessoa jurídica, senão de circunscrever com maior exatidão possível os limites dentro dos quais aquela deve se enquadrar. Fixando-se isso, exclui-se, por hipótese, o choque dramático entre segurança jurídica e justiça. Cfr. BOLDÓ RODA, *ob., cit.*, p. 51, citando DE LA CAMÁRA. (N.T.)

²⁴⁴ Para o Autor, «la persona giuridica è, in conclusione solo uno strumento del linguaggio giuridico, utile

baseada na *fictio iuris*. Assim, na mesma linha de ASCARELLI, entende que na técnica da desconsideração quando houver abuso da forma legal da pessoa jurídica, o Juiz pode, para evitar tal abuso, desconhecer a separação existente entre o sócio e a sociedade, partindo da conceção tradicional da pessoa jurídica como sujeito distinto de direito. Dessa forma, tendo por base de que a pessoa jurídica é efetivamente distinta dos membros que a constituíram, *finge-se* que em algumas situações não é assim e que os direitos e obrigações da pessoa jurídica são direitos e obrigações das pessoas singulares de seus membros, como consequência das exigências de equidade e justiça. Por conseguinte, o conceito elaborado com fundamento na ficção – *fictio iuris*²⁴⁵ – termina sendo submetido a uma ficção em sentido contrário, igual a anterior e destinada a neutralizar os efeitos da primeira²⁴⁶.

5.3. A descapitalização da sociedade e os casos de responsabilidade pela “desconsideração da personalidade jurídica”

Quando uma sociedade se encontra em situação de insolvência, é muito clara a constatação de sua crise patrimonial (não há liquidez suficiente para cobrir / satisfazer as suas dívidas ou de solvê-las previsivelmente num curto espaço de tempo). Contudo, a situação de insolvência pode ser provocada por atuação de seus administradores²⁴⁷:

per riassumere – insostituibile, anzi, in questa sua funzione semantica – una complessa disciplina normativa di rapporti intercorrenti tra persone fisiche. L’interprete si avvarrà – in conformità, del resto, con il linguaggio legislativo – del concetto di persona giuridica; ma egli potrà, ogni qual volta lo valuterà opportuno, risalire alle norme giuridiche che di questo strumento linguistico sono le “condizioni d’uso”: la persona giuridica gli apparirà, allora, come la speciale disciplina che, in deroga al diritto comune, la legge ha previsto per i membri di determinati gruppi; egli si ritroverà di fronte ad una “somma di privilegi” che, ricorrendo specifici presupposti, il legislatore ha concesso ai membri». Cfr. GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale, volume primo – le categorie generali, le persone, la proprietà*, 4.^a ed., CEDAM: Padova, 2004, p. 203.

²⁴⁵ Cfr. GALGANO, Francesco. *Ob. cit.*, p. 194: «Questo era stato, in particolare, il presupposto dal quale aveva preso le mosse la teoria cosiddetta della finzione, la prima delle teorie che, in epoca moderna, hanno tentato di spiegare perché il diritto regoli, a somiglianza dell’uomo, anche entità non umane. Il fenomeno si era presentato, agli occhi di Savigny, nei termini di un contrasto fra i dati dell’esperienza e i postulati accolti dal legislatore: persona o soggetto è, secondo i dati dell’esperienza, soltanto l’uomo; e tuttavia il legislatore formula i propri precetti come se esistessero altre persone oltre l’uomo. Savigny ritenne, allora, d’essere in presenza di una *fictio iuris*: il legislatore finge, per soddisfare esigenze proprie Del commercio giuridico, Che entità diverse dall’uomo abbiano, al pari dell’uomo, l’attributo di persona; egli estende, fittiziamente, la categoria degli esseri umani, dà vita ad una sorta di uomini artificiali. E per questi «soggetti creati artificialmente» Savigny suggerì il nome, poi divenuto d’uso comune, di persona giuridica: «giuridica» - egli preciso – perché «persona Che è ammessa solamente per uno scopo giuridico»; e pur tuttavia «persona», in quanto «novo soggetto di rapporti giuridici oltre l’uomo singolo»».

²⁴⁶ Cfr. BOLDÓ RODA, Carmen. *Ob., cit.*, p. 51. A Autora menciona a seguinte ideia: Se SAVIGNY considerava que o Direito podia fingir que o ente personificado era um sujeito distinto de seus componentes, a “desconsideração” implica que o Juiz pode fingir que a sociedade personificada não é, em certos momentos, um sujeito distinto de seus acionistas. (N.T.)

²⁴⁷ Assinalamos a distinção entre responsabilidade dos administradores e responsabilidade dos sócios: neste comentário reportamo-nos à responsabilidade dos membros do órgão de administração da sociedade, não a dos seus sócios. Como observa MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO: «É certo que, frequentemente os sócios serão membros desse órgão (sobretudo nas sociedades por quotas e nas

referimo-nos aos casos de descapitalização provocada ²⁴⁸ (*Existenzvernichtung*). Estes casos são caracterizados pelos típicos desvios de património social aquando do deslocamento de produtos / insumos / matérias-primas / serviços / património, etc., de uma sociedade para uma sociedade nova (com objeto idêntico ou similar) constituída

sociedades anónimas de pequena dimensão), o que contribui bastante para que possa existir alguma confusão na análise destas questões, a par da habitual referência ao “sócio-gerente”: existe nesta expressão uma sugestão de “fungibilidade” entre as figuras do sócio e do gerente que acaba por esbater a nitidez necessária no discurso jurídico. Mas numa sociedade comercial o órgão que detém as funções de gestão e de representação é o órgão de administração, pelo que a prática de qualquer dos actos característicos da “descapitalização”, em nome da sociedade, pressupõe a sua actuação (precedida, naturalmente, da correspondente tomada de decisão)» Cfr. RIBEIRO, Maria de Fátima. “Desconsideração da personalidade jurídica e a ‘descapitalização’ da sociedade”, in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LII, n.º 3-4, julho-dezembro, 2011, Almedina: Coimbra, pp. 176-77). Contudo, COUTINHO DE ABREU cerceia a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica aos sócios, ou sócios-gerentes, quando diz: «pela desconsideração da personalidade jurídica, somente *sócios* (enquanto tais) são atingidos, não gerentes; o sócio-gerente é responsabilizado por ser sócio, não por ser gerente. Estando em causa comportamentos dos gerentes (-sócios) que entrem no campo de aplicação do art. 78.º, 1 [CSC], há que ir por aqui, não pela desconsideração da personalidade jurídica. Estando em causa certos comportamentos dos sócios (-gerentes) – enquanto sócios –, poderá ir-se pela desconsideração colectiva», *vide* ABREU. J. M. Coutinho de. “Diálogos...” *ob. cit.* p. 52-53. Posicionamo-nos com a primeira Autora: os administradores (sejam sócios ou não) podem sofrer os efeitos da desconsideração, a depender da responsabilidade direta ou indireta.

²⁴⁸ A *descapitalização provocada* é resultado da teoria de COUTINHO DE ABREU sobre a concretização sistémica do método da desconsideração da personalidade jurídica, assente na divisão de “dois grupos”: o grupo de casos de imputação (*Zurechnungsdurchgriff*) – cujo determinados conhecimentos, qualidades ou comportamentos de sócios são referidos ou imputados à sociedade e vice-versa – e o grupo dos casos de responsabilidade (*Haftungsdurchgriff*) – a regra da responsabilidade limitada (ou da não responsabilidade por dívidas sociais) que beneficia certos sócios (de sociedades por quotas e anónimas, nomeadamente) é quebrada. O autor considera importante para o estudo no caso português, o segundo grupo. No que concerne ao segundo grupo – casos de responsabilidade – apresenta quatro “casos”, a saber: mistura de esferas de atividade e patrimónios; subcapitalização (material); domínio qualificado de uma sociedade sobre a outra, e por fim, a *descapitalização provocada*. *Vide* ABREU, J. M. Coutinho de. “Diálogos com a jurisprudência, II – responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 2, vol. 4, Almedina: Coimbra, março 2010, p. 55-56, e *Curso de Direito Comercial – vol. II*, *ob. cit.*, p. 180-182. Já na conceituação de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «na “descapitalização”, foram colocados ao dispor da sociedade meios suficientes para o exercício da actividade que constitui o objecto social, mas, por razões de mercado e em virtude do funcionamento da empresa, o valor do património da sociedade desceu perigosamente abaixo do nível desses meios considerados suficientes. No fundo, a diferença reside no carácter dos factos que deram origem à falta de adequação dos meios necessários à exploração da empresa: se os sócios tomam decisões que podem determinar a necessidade de mais meios, como a alteração do objecto, fala-se de subcapitalização superveniente; se os sócios dotaram a sociedade de meios suficientes, mas a sociedade veio a perdê-los, fala-se de descapitalização. No primeiro caso, assiste-se a uma transferência voluntária, operada pelos sócios, do risco da exploração empresarial para terceiros. No segundo caso, a situação vai naturalmente ser prejudicial para os credores sociais, ma não é conscientemente causada pelos sócios, que vêem também os seus interesses ameaçados» RIBEIRO, Maria de Fátima, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Almedina: Coimbra, 2009, p. 190; No mesmo sentido, *vide* ainda a publicação da mesma Autora: “O capital social das sociedades por quotas e o problema da subcapitalização material”, in: *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal* (coord. Paulo de Tarso Domingues & Maria Miguel Carvalho), Almedina:2011, p. 57 e ss.

para o fim de reiniciar uma nova sociedade e livrar-se do cumprimento das obrigações da velha sociedade, conseqüentemente impossibilitando o cumprimento das obrigações com os credores daquela.

É de referir que neste tipo de atuação por parte dos administradores em provocar a descapitalização voluntária da sociedade, torna-se passível de gerar na órbita jurídica a denominada *desconsideração da personalidade jurídica* da primeira sociedade, situação em que será derogada ou não observada a regra da autonomia do património social (princípio da separação patrimonial) - visto que o património social responderia perante os credores da pessoa coletiva - e em virtude de tal atuação, os patrimónios dos administradores responderão (subsidiariamente) perante os credores sociais: por decorrência do denominado *abuso de personalidade coletiva* ²⁴⁹.

Sendo assim, da constatação de crise económico-financeira de uma sociedade os sócios (em cargo de direção) não têm o dever de a recapitalizar. Podem, se lhes for conveniente, dissolvê-la; Tem pelo contrário, os administradores, o dever de apresentar a sociedade à insolvência quando da ciência deste *status* (art. 18.º e 186.º, n.º 3, do CIRE). De modo que não é permitido aos administradores (ou aos sócios com poder de direção) agravar a crise da sociedade, descapitalizando-a e diminuindo o património social em detrimento dos credores sociais. Havendo abuso de direito (abuso institucional) ²⁵⁰, há *ilícito*. De seguida, se houver culpa dos administradores (como no exemplo apresentado) – dolo ou negligência –, *dano* para com os credores e *nexo de causalidade* entre o dano e o comportamento ilícito e culposo, tem-se os pressupostos da responsabilidade dos administradores perante os credores sociais, pese ser a sociedade a “devedora” e a regra geral ser o “princípio da separação patrimonial”.

Dentro do terreno da *descapitalização provocada*, a doutrina também admite a desconsideração da personalidade jurídica nos casos de *violação do dever de lealdade*. Nesse sentido, COUTINHO DE ABREU ²⁵¹ explicita que este dever impõe que cada sócio não atue de modo incompatível com o interesse social ou com interesses de outros sócios relacionados com a sociedade. Conseqüentemente, e por via da responsabilidade direta, os sócios desleais podem ter de responder perante a sociedade (responsabilidade interna). Contudo, assinala o A., em casos de responsabilização perante os credores sociais, na modalidade da descapitalização, é preferível o uso do recurso da desconsideração da personalidade jurídica. Pois, utilizando a sociedade de forma

²⁴⁹ Ainda hoje temos certa feição à terminologia da personalidade coletiva segundo os padrões da teoria de SAVIGNY, para quem, em termos gerais, “a pessoa é todo o sujeito de relações jurídicas, que, tecnicamente, não corresponda a uma ‘pessoa natural’, mas seja tratado, como pessoa, através de uma ficção teórica, numa situação que se justifica, para permitir determinado escopo humano”, in SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *System des heutigen Römischen Rechts*, 2.º vol., 1840, apud CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina: Coimbra, 2000, p. 39.

²⁵⁰ COUTINHO DE ABREU caracteriza o abuso de direito na esfera empresarial como sendo o “abuso institucional”, cfr. ABREU, J.M. Coutinho de. *Curso de Direito Comercial – vol. II*, p. 182. Vide também do mesmo Autor: *Do Abuso de Direito: ensaios de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais*, Almedina: Coimbra, 1983, repub. 1999.

²⁵¹ Cfr. ABREU, J. M. Coutinho. “Diálogos...” *ob. cit.*, p. 59.

abusiva, os sócios (quase sempre dolosamente) causam danos mais relevantemente aos credores sociais. Devem estes, pois, ter a possibilidade de acionar diretamente aqueles.

5.4. A primazia das regras de responsabilização e a subsidiariedade da desconsideração da personalidade jurídica

Portanto, percebe-se como visto acima, que a descapitalização voluntária da sociedade acarretaria responsabilidade pessoal a seus agentes (administradores, ou sócios [administradores de facto])²⁵² através do instituto da desconsideração da personalidade jurídica como forma de tutelar os interesses dos credores sociais.

No entanto, o recurso aos mecanismos da desconsideração da personalidade jurídica é posto como de uso *subsidiário* por considerável parte da doutrina. Especialista no tema, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO ressalta que «simplesmente, quanto à responsabilidade do sócio enquanto tal, é de afirmar a subsidiariedade do recurso à chamada “desconsideração da personalidade jurídica”: se as pretensões dos credores sociais puderem ser satisfeitas através do recurso a institutos jurídicos legalmente consagrados, não deve recorrer-se a este mecanismo de contornos vagos e imprecisos, fruto da elaboração – entre nós, errática – da doutrina e da jurisprudência e propiciador de casuísmo e insegurança jurídica»²⁵³. Outro fator que FÁTIMA RIBEIRO considera relevante para a fundamentação da subsidiariedade do recurso à desconsideração da personalidade jurídica concerne à multiplicidade de soluções que o ordenamento jurídico português proporciona, tal como o recurso às regras de responsabilização de administradores. Na mesma esteira PEDRO CORDEIRO admite que a «*desconsideração* só deverá ser reconhecida enquanto instituto autónomo se os problemas a que ela pretende dar resposta não puderem ser resolvidos através da mera aplicação das normas»²⁵⁴. A autonomia, portanto, da desconsideração, pressupõe a

²⁵² COUTINHO DE ABREU (*ult. ob. cit.*, p. 58) prefere definir a responsabilidade apenas aos sócios, no caso de descapitalização provocada. Frisa-se, contudo, que a responsabilidade será apenas dos sócios das sociedades devedoras, e não propriamente dos sócios das “novas” sociedades. Desmensura, neste conceito, a responsabilidade dos administradores (repita-se, contudo, que no conceito de administradores referimo-nos na sua amplitude: gerentes, administradores, sócios-gerentes, administradores de facto, e qualquer outro que tenha uma função de direção).

²⁵³ Cfr. RIBEIRO, Maria de Fátima. “Desconsideração da personalidade jurídica e a ‘descapitalização’ da sociedade”, in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LII, n.º 3-4, julho-dezembro, 2011, Almedina: Coimbra, p. 179. A supracitada autora faz referência à doutrina germânica, onde a solução ao recurso da *Durchgriff* (desconsideradora) não deveria ser adotada quando uma solução satisfatória possa ser alcançada através de institutos legalmente consagrados: por isso fala-se do “princípio da subsidiariedade”, ou *Subsidiarität der Durchgriffshaftung*. Discorrendo sobre o aparecimento do instituto em comento, MENEZES CORDEIRO expõe que «poder-se-á considerar que, por definição, o “levantamento” deverá manter-se como fórmula indeterminada, capaz de acudir a eventualidades que, de todo, o legislador não pode prever cabalmente», *vide O levantamento...*ob. cit., p. 110.

²⁵⁴ Cfr. CORDEIRO, Pedro. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, 2.^a ed., Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2005. p. 56. Quanto ao carácter subsidiário e excecional do afastamento/desconsideração da personalidade jurídica, CATARINA SERRA reporta o pensamento-americano do magistrado Benjamin Cardozo, compreendendo que “só se deve recorrer-se a ele [afastamento] para o efeito de evitar a produção de resultados injustos e iníquos e quando não exista uma

subsidiariedade. Este é o pensamento de OLIVEIRA ASCENSÃO, seguido pelos supracitados autores, para quem «à desconsideração só haverá que recorrer, como cláusula de reserva, quando um outro concreto instituto não esteja positivamente demarcado, pois quando o estiver preferirá a solução deste»²⁵⁵.

Nas regras de responsabilização de administradores, cita-se a responsabilização por abuso de direito²⁵⁶ para muitos juristas consagrada no artigo 334.º²⁵⁷ do Código Civil e há quem a consagra no artigo 483.º²⁵⁸ do Código Civil, e principalmente aquelas inseridas no corpo do Código das Sociedades Comerciais²⁵⁹, remetem à invocação do instituto da responsabilidade civil. Nesse sentido, FÁTIMA RIBEIRO considera que «sempre que esteja em causa a responsabilização do sócio perante os credores sociais em função da alegada “desconsideração da personalidade jurídica”, o recurso à proibição do abuso do direito, ainda que apenas no âmbito da sua eficácia meramente preclusiva ou impeditiva, teria automaticamente efeitos responsabilizadores.

solução (legal) determinada”. Cfr. SERRA, Catarina. “Desdramatizando...”, ob. cit., p. 114.

²⁵⁵ Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Comercial...* ob. cit., p. 85.

²⁵⁶ Recorde-se, que o abuso, mais do que um instituto comum, é a manifestação directa de uma Ciência do Direito; entendida como forma autoconsciente, gerada pela História, de resolver casos concretos, e não como campo de especulação sobre concepções centrais. À sua efectivação subjaz, por isso, um problema real de cultura jurídica: perante certos problemas, quais são as representações accionadas? Não há resposta sem partir dos problemas das representações em causa - Cfr. CORDEIRO, António de Menezes, *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo IV*, Livraria Almedina: Coimbra, 2005, p. 362-63.

²⁵⁷ Adotam esta posição: RIBEIRO, Maria de Fátima. “Desconsideração da personalidade jurídica e a ‘descapitalização’ da sociedade”, in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LII, n.º 3-4, julho-dezembro, 2011, Almedina: Coimbra, p. 186; MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou informações*, Almedina: Coimbra, 1989, p. 545; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo IV*, p. 371, o qual explica: “No Direito português, a base jurídico-positiva do abuso de direito reside no artigo 334.º e, dentro deste, na boa fé. Para além de todo o desenvolvimento histórico e dogmático do instituto que aponta nesse sentido, chamamos ainda a atenção para a inatendibilidade, em termos de abuso, dos bons costumes e da função económica e social dos direitos. [...] Quanto ao fim económico e social dos direitos: a ponderação obriga, simplesmente, a melhor interpretar as normas instituidoras dos direitos, para verificar em que termos e em que contexto se deve proceder ao exercício. Também aqui falta um instituto autónomo, já que tal interpretação é sempre necessária”; SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*, Almedina: Coimbra, 1997, p. 103, porém vale colacionar a conceituação vaga (e essencial para a partida) sobre o abuso de direito que este Autor parte, na p. 101: “abusa-se do direito quando se vai para além dos limites do normal, do legítimo: exerce-se o direito próprio em termos que não eram de esperar, ultrapassa-se o razoável, chega-se mais longe do que seria de prever”.

²⁵⁸ Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Do Abuso de Direito: ensaios de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 1983, repub. 1999, p. 76 e ss, e em “Diálogos com a jurisprudência, II – responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 2, vol. 4, Almedina: Coimbra, março 2010, p. 57 e ss.

²⁵⁹ Dentre as regras de responsabilização referem-se àquelas dos artigos 72.º ao 84.º do CSC; e precisamente com relação às normas de carácter da “desconsideração”, a doutrina de CATARINA SERRA sublinha as seguintes: «são três os casos normalmente evocados no quadro do Direito das Sociedades Comerciais: os das normas dos artigos 84.º, 501.º e 270.º F, n.º 4 do CSC», cfr. SERRA, Catarina. “Destramatizando o afastamento da personalidade jurídica (e autonomia patrimonial)”, in: *Revista Julgar*, 2009, Coimbra Editora, p. 122.

Se o sócio deixa de poder invocar, perante os credores sociais, a existência da sociedade de responsabilidade limitada, ou mesmo só os preceitos que lhe atribuem o “benefício da responsabilidade limitada”, ele responderá, necessariamente, perante esses credores, por ser essa a consequência do facto de já não “existir”, em concreto, a personalidade jurídica da sociedade em causa, ou do facto de ele já não ser, em concreto, “sócio de responsabilidade limitada”. A discussão que se expôs releva no âmbito da qualificação da responsabilidade do sócio – que, neste caso, será uma responsabilidade patrimonial, enquanto à luz das teses descritas terá o carácter de responsabilidade aquiliana. Ora, sempre que se defenda a responsabilização do sócio nos termos da segunda o instituto invocado será a responsabilidade civil – e não se justifica, então, o apelo à chamada “desconsideração da personalidade jurídica”»²⁶⁰. Compreende de igual modo, a retrocitada Autora, que não existindo uma *autonomização*²⁶¹ do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico português, dificulta a sua aplicação e reanima o fator da insegurança jurídica.

Ocorrendo a descapitalização da sociedade como no exposto *supra*, tal situação não deve ser, em regra, caso de invocação ao recurso da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, pois como fora referido há que se acautelar os casos de sua aplicação. Do mesmo modo, foi visto que o presente instituto não é capaz de propiciar fatores estáveis de segurança jurídica justamente por ser um instrumento que manipula conceitos difíceis de precisão e por existirem mecanismos legais que precisam a aplicação da norma jurídica no âmbito empresarial, especialmente aqueles atinentes à responsabilização dos administradores incorporados no CSC e no Código Civil, e pelos quais tutelam os interesses dos credores sociais, consoante as normas de proteção²⁶² que lhes confere a lei. Deve, por isso, a *desconsideração da personalidade jurídica* ser evitada, e no que couber ser invocada subsidiariamente.

²⁶⁰ RIBEIRO, Maria de Fátima. “Desconsideração da personalidade jurídica e a ‘descapitalização’ da sociedade”, in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LII, n.º 3-4, julho-dezembro, 2011, Almedina: Coimbra, p. 189.

²⁶¹ De outra banda, CORDEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 57-58 – defende a automização do instituto da “desconsideração”, apoiando-se nos doutrinadores alemães RUDOLF REINHARDT e DIETMAR BENNE tem a proposição de “tornar claros os casos nos quais a desconsideração constitui um instituto autónomo paralelo ao da mera aplicação de normas, ou seja, aqueles em que por detrás da desconsideração não se escondem meras situações de aplicação de normas”; CATARINA SERRA segue a opinião de MENEZES CORDEIRO, que considera a/o “desconsideração/levantamento” um “instituto de enquadramento”, nesse sentido, a autora quer dizer que «apesar de, aparentemente, se concretizar em soluções que poderiam derivar da aplicação isolada de outros institutos, ele permite tomar consciência das novas hipóteses que cabem em cada um destes institutos e exige o apuramento deles, de tal modo que, isolada ou articuladamente, possam funcionar como critérios orientadores da resposta aos seus problemas específicos, Cfr. SERRA, Catarina. “Destramatizando o afastamento da personalidade jurídica (e autonomia patrimonial)”, in *Revista Julgar*, 2009, Coimbra Editora, p. 129-130.

²⁶² Entre as normas legais de proteção dos credores sociais, importa assinalar as do art. 6.º do CSC (delimitação da capacidade jurídica das sociedades) e do art. 18.º do CIRE (dever de apresentação à insolvência; *ex vi* art. 19.º do mesmo diploma).

5.5. A mistura patrimonial como caso de responsabilidade por desconSIDERAÇÃO DA personalidade jurídica

Situação bastante comum no circuito empresarial, notadamente nas *sociedades por quotas*, são os casos de *mistura patrimonial*. Principalmente porque nestas sociedades o administrador costuma ser o próprio investidor, e a figura do “proprietário” e “administrador” são consideradas pelos mesmos como únicas, dando-lhes o (pseudo) “direito” de usufruírem do património social em equiparação ao património pessoal ²⁶³.

Assim, compram-se alimentos para a família com o cartão de crédito empresarial, paga-se as contas domésticas com cheques da sociedade, os empregados da sociedade não raro as vezes vão à casa do administrador executar serviços particulares – porém com os subsídios da sociedade –, os automóveis da sociedade são usados para despender viagens de férias (ou até mesmo para levar os filhos à escola), etc., etc., entre inúmeros outros casos habituais na esfera de relação das empresas familiares (tipicamente nas sociedades de responsabilidade limitada por quotas). Ou seja, o sócio (ou vários sócios) age(m) como se não existisse separação entre o seu património pessoal e o património da sociedade, e normalmente em proveito próprio, consequentemente em prejuízo da sociedade. Entramos no terreno da *mistura patrimonial*, onde não se nota a separação dos patrimónios sociais e pessoais, ocorrendo uma “confusão” ²⁶⁴ de patrimónios.

Diante dessa situação ²⁶⁵, operando a insolvência da sociedade, não poderão os sócios opor aos credores sociais a responsabilidade limitada (perante a sociedade) e irresponsabilidade pelas dívidas societárias. Porque desrespeitaram o princípio da separação patrimonial, assim, não há que observar a regra da autonomia patrimonial da

²⁶³ Esse tipo de conduta contrasta absolutamente com os fundamentos das boas práticas de governo societário (*corporate governance*), que tem no seu âmago a separação entre a propriedade e proprietários (gestores).

²⁶⁴ Em comentário, FRANCESCO GALGANO disserta: «A confusão de esferas jurídicas pode ser descrita como a situação em que as sociedades são constituídas pelos mesmos sócios, com os mesmos administradores, o mesmo objecto social, a mesma sede, a mesma actividade desenvolvida no mesmo estabelecimento», citado por RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela.. .ob. cit.*, nota 277, p. 262. Porém, a Autora retrocitada se veste de outro entendimento. Para FÁTIMA RIBEIRO, «a ocorrência destas circunstâncias não implica forçosamente a existência de mistura de patrimónios se, apesar de todos os elementos comuns, for rigorosamente observada a separação entre o património do sócio e os das sociedades, bem como a separação entre os patrimónios das diversas sociedade».

²⁶⁵ As situações descritas podem assumir duas variantes: ou a mistura de patrimónios se reconduz a episódios pontuais, documentados ou determináveis; ou ela é habitual e acompanhada por uma quase ausência na organização contabilística da sociedade (a não observância das regras de organização contabilística imputa aos administradores a responsabilização), de modo a tornar praticamente impossível a determinação dos atos singulares de violação da autonomia patrimonial e das suas consequências danosas, bem como a identificação daqueles bens que constituem propriedade do sócio e dos que integram o património social. O primeiro caso descrito encontra normalmente solução legal direta. Mas o tratamento jurídico do segundo, que é aquele que verdadeiramente corresponde ao caso típico de mistura de esferas patrimoniais, pode requerer o recurso a soluções “desconsiderantes”. Cfr. RIBEIRO, Maria de Fátima. *últ. ob. cit.*, p. 263.

sociedade. Devem, por isso, ser responsabilizados perante os credores ²⁶⁶ com o recurso à desconsideração da personalidade jurídica.

²⁶⁶ Nesse sentido, *vide* ABREU, J. M. Coutinho de. “*Diálogos...*” *ob., cit.*, p. 60-61.

6. CONCLUSÕES

Da realização deste trabalho, após a análise de conteúdos bibliográficos correlacionados à matéria da responsabilidade civil dos administradores no âmbito da insolvência da sociedade comercial, procurou-se responder ao problema proposto no início da pesquisa. O problema reside especificamente sobre quando haverá responsabilidade dos administradores em razão das más práticas de condutas no exercício da função.

A responsabilidade no âmbito insolvencial partiu da premissa básica de que as condutas ilícitas são aquelas que atentam aos bens juridicamente tutelados. No direito da insolvência o bem juridicamente tutelado é a preservação do património societário garantidor do crédito.

Desta feita, ressaltou-se que as condutas ofensivas à garantia do crédito são aquelas praticadas no exercício da função de direção sob o julgo do dolo e/ou da culpa, e, por conseguintes, condutas suscetíveis de serem sancionadas pela imperatividade normativa.

Na esfera do sistema insolvencial, o Código elenca um rol de práticas consideradas atentatórias à proteção dos credores sociais no que concerne à consumação de condutas dolosas (art. 186.º, n.º 2, alíneas a-i).

Para verificar condutas culposas, recorreu-se ao CSC e às normas do Direito Comercial, posto que entre outras previsões, constam ali as normas que descrevem o modelo/padrão/standard de comportamento exigível aos administradores. Neste sentido, tal modelo de comportamento se baseia na figura do administrador criterioso e ordenado. Contudo, o CSC expõe sua identificação. Assim, no art. 64.º do CSC o molde deste standard é remetido ao administrador que observa os deveres de cuidado e lealdade (ex vi deveres de diligência), conciliando-se à característica de desempenhar suas atividades sob o manto da competência técnica.

Neste último detalhe (competência técnica) o Código transmite a sua intenção de querer harmonizar o modelo do administrador criterioso e ordenado à definição de administradores profissionais, onde a exigência comportamental é mais apurada, superando assim o velho padrão românico do “homem médio”: o *bonus pater familias* do Código Civil.

A partir disto a culpa repousar-se-á sobre aqueles comportamentos pelos quais os administradores têm o dever de conhecimento, já que a função exige competência aguçada, e, portanto, superior ao conceito do *bonus pater familias*. A culpa, dessa maneira, verificada a evolução na definição legal, passa a consagrar peculiaridades de comportamentos no exercício do poder de administração e exigir a extensão da culpabilidade com base nas qualidades do agente.

Do mesmo modo que foi identificado que a ilicitude e/ou a culpa assentam em ações alheias aos deveres fundamentais dos administradores (máxime, profissionais), o Direito Comercial reconhece que há um espaço de discricionariedade na atuação dos

administradores. Assim, analisou-se que este espaço é cabível às condutas sob o risco empresarial. Posto que as atividades empresariais são discutidas e decididas sob as mais diversas formas de análise de riscos de investimentos, é salutar, portanto, que decisões arriscadas sejam consideradas pelo Direito Comercial. Desse modo, decisões sob tais circunstâncias não serão culpabilizadas, mesmo quando se verifique algum prejuízo à sociedade. Neste ponto identifica-se a interpretação jurisprudencial da business judgement rule.

No plano do Direito Insolvencial, o primeiro dado observado é que a ilicitude no CIRE foi recortada a partir da constatação de uma insolvência denominada culposa (art. 186.º). Neste sentido, o Código pressupõe que o património garantidor do crédito haja sofrido interveniência dos administradores para fins de comprometimento do mesmo em detrimento da garantia dos credores sociais. Assim sendo, a criação ou agravamento da situação de insolvência (financeira ou patrimonial) da sociedade é pressuposto base da ilicitude, e, conseqüentemente, surtirá efeitos no plano da responsabilização de quem lhe deu causa.

O CIRE exara, desta forma, o recorte de ilicitude especificado designadamente pelas ações atentatórias ao património social (n.º 2, art. 186.º), bem como pelas condutas omissas, v.g. o dever de requerer a declaração de insolvência e a apresentação à insolvência (art. 18.º, ex vi al. a, n.º 3, art. 186.º).

Verificou-se que em virtude da qualificação da insolvência culposa, profere-se uma sentença, que, a partir da Lei 16/2012, de 20 de abril, passou a incorporar o elemento indemnizatório nesta decisão (incidente). Manifestou o Código, com isto, a intenção de transcender as típicas sanções sobre o poder de administração e representação da sociedade. Passou a preocupar-se com o ressarcimento patrimonial dos credores no âmbito do processo de insolvência ocorrido em razão da má conduta dos administradores.

De recordar que dantes esta preocupação não existia no Código, pois o próprio espírito do Código não intencionava atender a indemnização pessoal contra os administradores, pretendia sim um processo-liquidação do património social, porém processos de responsabilidade civil contra administradores deveriam ser autónomos, independentes do processo de insolvência.

Em continuação, o trabalho inseriu um debate sobre a impulsão processual do pedido de indemnização e da autonomia processual. Indiscutivelmente, notou-se que a lei consagra os legitimados para a impulsão, que pode ser iniciado de ofício pelo juiz (quando se verifique ex ofício indícios de insolvência culposa) ou a pedido do AI (art. 82.º). Entretanto, indagou-se sobre a validade da aplicação do art. 78.º do CSC, em vigor, e cujos pressupostos autorizam a legitimidade dos credores no que tange ao pedido de responsabilização. A princípio tal legitimidade se contrasta a par conditio creditorum e ao julgamento coletivo do processo de insolvência. Contudo, observamos que a autonomia processual solidária seria uma opção baseada na proporcionalidade do princípio da par conditio creditorum e neste sentido estaria em consonância com dito princípio de direito insolvencial, cujo fundamento final se basearia na integração dos

créditos requeridos autonomamente em benefício da massa insolvência, por conseguinte, a autonomia processual excluiria (facultativamente) a atual autonomia exclusiva dos Administradores da Insolvência (que pode não atender aos interesses dos credores, em razão da especialidade ou outras qualidades).

Contrapuseram-se quais as razões porque foi defendida a iniciativa processual dos credores durante a pendência do processo de insolvência. Considerou-se, em primeiro plano, a validade e a eficácia do art. 78.º, do CSC aplicado ao processo de insolvência, nomeadamente pela consideração do conceito de insuficiência atrelado ao conceito de insolvência. Depois, e, fundamentalmente, o direito à impulsão processual na pendência do processo de insolvência é uma opção que deve estar consideravelmente ligada à eficácia da proteção dos direitos dos credores, justo porque a independência e a autonomia para defender os legítimos interesses do direito de crédito é o primado fundamental do processo de insolvência. A intervenção do AI, nesse sentido, não deveria ser obrigatória, mas, sobretudo, facultativa.

Nessa avaliação, observou-se que a atuação processual dos credores ganha toda uma esfera de legitimação dos próprios interesses, através de um fomento que ronda em torno da maximização dos instrumentos de defesa, notadamente pela opção de contratação de profissionais especializados para os representarem perante o juízo, e, evidentemente, com meios e técnicas mais inclinadas aos interesses dos credores, e não simplesmente pela avaliação e proposição de pedido processual iniciado pelo AI que pode, em todo o caso, não possuir as qualidades técnicas que identifique os interesses dos credores. Por isso, a iniciativa processual para a defesa dos interesses dos credores deve ser aceita na pendência do processo de insolvência, pois são os interesses destes que o processo visa atingir precipuamente, e, de igual modo, os que têm maior interesse no julgamento da responsabilidade.

Conexos aos estudos da responsabilidade dos administradores na insolvência reservou-se parte da pesquisa à análise da responsabilidade no âmbito dos instrumentos de pré-insolvência, nomeadamente no que se refere às condutas perpetradas no seio dos processos de revitalização de empresas. Nestes processos (PER e Homologação de Acordo Extrajudicial), foi possibilitado o recurso a instrumentos de negociação em fase precedente à insolvência, no sentido de dar oportunidade aos devedores em situação económica difícil. Porém, o que se salientou é que esta nova oportunidade deve ser caracterizada pela confiança renovada, onde a boa fé e os princípios de cooperação (máxime dever de informação e esclarecimento) são expressões objetivas do standard do bom administrador, e que nesta etapa representa maior esforço exigível. A não observância destes deveres será objeto de processo autónomo de responsabilização e transposição da revitalização em insolvência.

Por fim, analisou-se a figura da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais cujo estudo procurou mostrar que tal instituto jurisprudencial é de uso subsidiário, instrumentalizado por via oblíqua quando a responsabilidade advinda da norma jurídica legislada não dispuser dos meios suficientes de aplicabilidade, de modo a assumir um posicionamento de aplicabilidade secundária.

Sublinhou-se que a desconsideração é instrumento específico atinente à personalidade jurídica, e, portanto, específica à figura dos sócios, conseqüentemente à sua responsabilização por más práticas de gestão. Acresce ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade dos administradores não se refere em específico à responsabilidade dos administradores na insolvência, mas ainda sim traz no seu bojo a ligação com as normas contendo presunções absolutas da declaração de insolvência culposa (n.º 2, art. 186.º, do CIRE), neste sentido, a desconsideração reencontra-se com os elementos da insolvência.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho. *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2011. ISBN: 978-972-40-4708-9.

_____. “Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social”, in: *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, colóquios, nº3, Almedina: Coimbra, 2007.

_____. *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.^a ed., Almedina: Coimbra, 2010. ISBN: 978-972-40-41120.

_____. *Do Abuso de Direito: ensaios de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais*, Almedina: Coimbra, 1983, repub. 1999. ISBN: 972-40-1259-X.

_____. *Da Empresarialidade: As Empresas no Direito*, Almedina: Coimbra, 1996. ISBN: 972-40-0956-4.

_____. “Diálogos com a jurisprudência, II – responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 2, vol. 4, Almedina: Coimbra, março 2010, p. 49-64.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho (Coord.). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Almedina: Coimbra, 2010. ISBN: 978-972-40-4373-9.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho; RAMOS, Maria Elisabete. “A responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores”, in: *Séries Micelâneas do IDET*, n.º 3, Almedina: Coimbra, 2004. ISBN: 972-40-2377-X.

_____. Comentários dos artigos 71.º ao 79.º do CSC, in: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, n.º 1, Almedina: Coimbra, 2010, p. 827-904.

ALBUQUERQUE, Rita. “A vinculação das sociedades anónimas e a limitação dos poderes de representação dos administradores”, in: *O Direito*, 139.º, I, p. 103-140, Almedina: Coimbra, 2007.

ALFARO AGUILA-REAL, Jesus. “Intereses social y derecho de suscripción preferente – una aproximación económica”, in: *Estudios de Derecho Mercantil*, Editorial Civitas: Madrid, 1995.

ALMEIDA, António Pereira. *Sociedades Comerciais*, 4ª ed., Coimbra Editora: Coimbra, 2006.

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, María. *El poder de decisión de los acreedores em el concurso - Estudios de derecho concursal*, Thomson civitas: Cizur Menor, 2005. ISBN: 84-470-2472-5.

ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 4.ª ed., Civitas: Madrid, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Comercial – vol. IV – Sociedades Comerciais . Parte Geral*, Lisboa, 2000.

_____. “Insolvência: Efeitos sobre os negócios em curso”, in: *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Almedina: Coimbra, 2005, p. 105-130; e in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, 2005, Lisboa, p. 281 e ss.

AZEVEDO, Maria Ana. “A problemática da extensão dos direitos de personalidade às pessoas colectivas, maxime, às sociedades comerciais”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1-2, Almedina: Coimbra, 2010, pp. 123-144.

BOLDÓ RODA, Carmen. “Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español”, in: *Revista Derecho de Sociedades*, n.º 5, Editorial Aranzadi: Cizur Menor, 2000.

BONFATTI, Sido; FALCONE, Giovanni. *Le procedure concursuali tra “nuove frontiere” e prospettive di riforma*. Casa Editrice Guffrè, Milano, 2002. ISBN: 88-14-09370-9

BOTELHO, João. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Notas de Jurisprudência*, 2.ª ed., Livraria Petrony: Lisboa, 2009. ISBN: 9789726-851356.

BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994. ISBN: 84-309-2577-5.

CÂMARA, Paulo [et al]. *O Governo das Organizações*, Editora Almedina: Coimbra, 2011.

_____. *Código do Governo das Sociedades Anotado*, Editora Almedina: Coimbra, 2012.

_____. *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Editora Almedina: Coimbra, 2008.

CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Commerciale, Diritto delle Società*, 7.^a, UTET Giuridica: Torino, 2009. ISBN: 978-88-598-0498-7.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, tradução de Ingo Wolfgang SARLET & Paulo Mota PINTO, Almedina: Coimbra, 2003.

CARMO, João Franco do. “Responsabilização financeira efectiva por jurisdição especial”, in: *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 32, outubro-dezembro de 2007, Escola Superior de Gestão: Lisboa, p. 77-107.

CARVALHO, Maria Miguel. “O novo regime jurídico do capital social das sociedades por quotas”, in: *Capital social livre e acções sem valor nominal*, Coord. Paulo de Tarso Domingues & Maria Miguel Carvalho, Almedina: Coimbra, 2011. ISBN: 978-972-40-4657-0.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – direito de empresa, Sociedades*, 17.^a ed., Editora Saraiva: São Paulo, 2013.

_____. *Curso de Direito Comercial – direito de empresa –, contratos, falências, recuperação de empresas*, 14.^a ed., Editora Saraiva: São Paulo, 2013.

_____. “O poder de controle sobre companhias abertas concorrentes no direito brasileiro”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, vol. 8, outubro 2012, Almedina: Coimbra, p. 51-63.

COELHO, Fábio Ulhoa (coord.); RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.) [et al]. *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Almedina: Coimbra, 2012. ISBN: 978-972-40-4831-4.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de Daños*, 2.^o ed., Editorial Bosch, Barcelona. 1999. ISBN: 84-7676-613-0.

CORDEIRO, António Menezes. *Da responsabilidade civil dos administradores de sociedades comerciais*, LEX: Lisboa, 1997.

_____. *Manual de Direito Comercial*, 2.^a ed., Almedina: Coimbra, 2007. ISBN: 978-972-40-3094-4.

_____. *Da boa fé do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997.

_____. “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64 n.º1, do CSC)”. In: *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornada em homenagem ao professor Raúl Ventura*. Almedina, Coimbra, 2007.

_____. *Introdução ao Direito da insolvência*, O Direito, 137.º, III, p. 465-506, Almedina, Coimbra, 2005.

_____. *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo IV*, Livraria Almedina: Coimbra, 2005. ISBN: 972-40-2554-3.

_____. *O levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina: Coimbra, 2000. ISBN:972-40-1272-7.

_____. *Direito Comercial*, 3.ª ed., Almedina: Coimbra, 2012. ISBN: 978-972-40-4775-1.

_____. “A crise planetária de 2007/2010 e o governo das sociedades”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, ano 1, n.º 2, Almedina: Coimbra, 2009, p. 263-286.

_____. “Perspetivas evolutivas do Direito da insolvência”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, ano IV, número 3, Almedina: Coimbra, 2012, p. 551-591.

CORDEIRO, António Menezes (Coord.). *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed. Almedina, Coimbra, 2011. ISBN: 978-978-40-4438-5.

CORDEIRO, Pedro. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2005. ISBN: 972-8883-24-2

CORREIA, Luís Brito. *Os administradores de sociedades anónimas*, Almedina: Coimbra, 1993. ISBN: 972-40-0729-4.

COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, Coimbra Editora: Coimbra, 2011. ISBN: 978-972-32-1925-8.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 12.ª ed., Almedina: Coimbra, 2009. ISBN: 978-972-40-4033-2.

COSTA, Ricardo. “Responsabilidade dos administradores e business judgement rule”, in: *Reformas do Código das Sociedades – Colóquios n.º 3, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, Almedina: Coimbra, 2007.

_____. “A responsabilidade civil pelo exercício da administração social no CSC e a administração de facto”, in: *Temas Societários, IDET, Colóquios, n.º 2*, Almedina: Coimbra, 2006.

COSTA, Salvador da. *O concurso de Credores*, Almedina: Coimbra, 2005. ISBN: 972-40-2538-1.

COSTA E SILVA, Paula. “A liquidação da massa insolvente”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, 2005, Lisboa, p. 713-744.

_____. “O abuso do direito de acção e o art. 22.º do CIRE”, in *Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. III, ed. especial 2011, Universidade Católica Portuguesa Editora: Lisboa, p. 157-166.

COSTEIRA, Maria José. “Novo Direito da Insolvência”, in: *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Almedina: Coimbra, 2005, p. 25-42.

_____. “A insolvência de pessoas coletivas – efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores”, in: *Revista Julgar*, n.º 18, set-dez., 2012, Coimbra Editora: Coimbra, p. 161-173.

COURTIS, Christian. “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”, in: *Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma perspectiva de Direito Comparado*, Editora Almedina: Coimbra, 2007, p. 81-110.

CRESPI, Alberto [et al] (diretorri). *Notizie*: “La responsabilità della società ex art. 2395 c.c. Per l'atto dannoso compiuto dagli amministratori com dolo o abuso di potere anche al di fuori delle proprie competenze: una pronuncia della Corte de Cassazione”, in: *Rivista delle Società*, anno 57.º, gennaio-febbraio 2012, fascicolo 1.º, Giuffrè Editore, Milano, p. 205-207.

CUNHA, Paulo Olavo. *Direito das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Almedina: Coimbra, 2006. ISBN: 972-40-2966-2.

CUNHA, Tânia Meireles. *Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais: a culpa nas responsabilidades civil e tributária*, Almedina: Coimbra, 2004.

DAVIES, Adrian. *Corporate Governance – Boas práticas de Governo das Sociedades*, edição em português, editora Monitor: Lisboa, 2006.

DIAS, Jean Carlos. *Gestão das Sociedades Anônimas: Aspectos jurídicos da responsabilidade dos administradores*, 2.^a ed., Juruá: Curitiba, 2008. ISBN: 978-85-362-1937-0.

DIAS, Rui Manuel Pinto Soares Pereira. *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas*, Almedina: Coimbra, 2007. ISBN: 978-972-40-3359-4.

DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. “Deber de los administradores de no competir con la sociedad anónima que administran”, in: *Revista de Derecho*, vol. XX, n.º 1, p. 85-106, Santiago de Chile, 2007.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, Temas e Debates: Lisboa, 2003.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. “O novo regime do capital social nas sociedades por quotas”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 3, vol. 6, outubro de 2011, Almedina: Coimbra, p. 97-123.

DUARTE, Rui Pinto. “Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor”, in: *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Almedina: Coimbra, 2005, p. 131-150.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Manual de Direito da Insolvência*. 2.^a Edição, Almedina: Coimbra, 2010. ISBN: 978-972-40-4351-7.

_____. “Efeitos da declaração de insolvência sobre o insolvente no novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, in: *Direito e Justiça*, vol. XIX, Tomo II, 2005, Editora Universidade Católica Portuguesa: Lisboa, 2005, p. 191-203. ISSN: 0871-0336.

FACHANA, João. *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na internet*, Almedina: Coimbra, 2012.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Xavier*, Vol. I, 2007. ISBN: 978-972-32-1540-3.

FARIA, Jorge Leite Ribeiro. *Direito das Obrigações*, vol. I, Almedina: Coimbra, 1990. ISBN: 972-40-0455-4.

FERNANDES, Luís Carvalho. “A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor”, in: *Revista Themis, edição especial*, Almedina: Coimbra, 2005, p. 81-104.

FERNANDES, Luís A. Carvalho; LABAREDA, João. *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, Quid Juris: Lisboa, 2009. ISBN:978-972-724-390-7.

FIGUEIREDO, Isabel Mousinho. “O administrador delegado (A delegação de poderes de gestão no Direito de Sociedades)”, in: *O Direito*, 137.º, III, p. 547-599, Almedina, Coimbra, 2005.

FIUZA, César Augusto de Castro. “Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade”, in: *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, vol. 22, p. 55-76, Belo Horizonte, 2011.

FONSECA, Tiago Soares & CORDEIRO, António Manuel Menezes. “A natureza subsidiária da acção ‘ut singuli’”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, ano III, n.º 2, Almedina: Coimbra, 2011, p. 369-393;

FRADA, Manuel António Carneiro. “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, II, Lisboa, 2006.

_____. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Almedina: Coimbra, 2004.

_____. “A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, in: *Separata da Revista Direito e Justiça*, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. XII, tomo I, 1998, p. 297-311.

_____. “A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, in: *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais – Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Almedina: Coimbra, 2007. p. 61-102.

_____. “Acordos parassociais “omnilaterais” - Um novo caso de “desconsideração” da personalidade jurídica?”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, out. 2009, ano I, vol. II, pp. 97-135.

_____. *Direito Civil, Responsabilidade Civil – o método do caso*, Almedina: Coimbra, 2006. ISBN: 972-40-2758-9.

_____. *Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?*, Almedina: Coimbra, 1997. ISBN: 972-40-1048-1.

_____. “Sobre a interpretação do contrato”, in: *O Direito*, ano 144.º, vol. III, 2012, p. 499-508.

_____. “O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores?”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, outubro 2012, ano 4, vol. 8, p. 65-74.

_____. “Sobre a obrigação de restituir dos administradores”, in: *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Separata, Coimbra, 2011, p. 353-358.

FRADA, Manuel Carneiro da & GONÇALVES, Diogo Costa. “A acção ut singuli (de responsabilidade civil) e a relação do Direito cooperativo com o Direito das sociedades comerciais”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, ano I, n.º 4, Almedina: Coimbra, 2009, p. 904-922.

FREITAS, José Lebre de. “Pressupostos objectivos e subjectivos da insolvência”, in: *Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Almedina: Coimbra, 2005, p. 11-23.

_____. “Do tribunal competente para a acção de responsabilidade de gerente ou administrador de sociedade comercial”, in: *Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. II, ed. especial 2011, Universidade Católica Portuguesa Editora: Lisboa, p. 299-316.

GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale, volume primo – le categorie generali, le persone, la proprietà*, 4.ª ed., CEDAM: Padova, 2004.

GUERRA MARTÍN, Guillermo. “El Gobierno de las Sociedades Estadounidenses”, *RdS monografía*, N°20, Thomson Aranzi: Cizur Menor, 2003. ISBN 84-9767-102-3.

HENRIQUES, Pedro Correia. “O papel da desculpabilidade no sistema de responsabilidade civil”, in: *O Direito*, 141.º, II, p. 429-457, Almedina: Coimbra, 2009.

HERNÁNDEZ MARTÍ, Juan. *Pressupuesto objetivo del concurso y fundamento de la solicitud*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-583-0.

HÖSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil Português – teoria geral do direito civil*, Almedina: Coimbra, 2005. ISBN: 972-40-0710-3.

HUALDE LÓPEZ, Ibon. *Régimen jurídico de la administración concursal en la fase de liquidación del concurso - Estudios de derecho concursal*, Thomson civitas: Cizur Menor, 2009. ISBN: 978-84-470-3147-4.

_____. *La fase de liquidación en el Proceso Concursal*, Thomson Aranzadi: Cizur Menor, 2008. ISBN: 978-84-8355-538-5.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*, Almedina: Coimbra, 3.^a ed., 2011. ISBN: 978-972-40-4413-2.

_____. *Direito da Insolvência*, Almedina: Coimbra, 4.^a ed., 2012. ISBN: 978-972-404874-1.

_____. *Direito das Obrigações*, vol. I, 9.^a ed., Almedina: Coimbra, 2010. ISBN: 978-972-40-4380-7.

_____. *Direito das Obrigações*, vol. II, 8.^a ed., Almedina: Coimbra, 2011. ISBN: 978-972-40-4702-7.

_____. *Direito das Obrigações*, vol. III, 7.^a ed., Almedina: Coimbra, 2010. ISBN: 978-972-40-4389-0.

_____. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado*, 2.^a ed., Almedina: Coimbra, 2005.

LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina: Coimbra, 2009. ISBN: 978-972-40-3687-8.

_____. “Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, ano I, n.º 3, Almedina: Coimbra, 2009, p. 647-679. ISBN: 978-972-40-4073-8.

LOUREIRO, Fábio. “Os contratos de administração e a protecção dos credores sociais”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, outubro 2012, ano 4, vol. 8, Almedina: Coimbra, p. 123-149.

MACHADO, José Carlos Soares, “A recusa de assinatura no relatório anual nas sociedades anónimas”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, ano54, Lisboa, dez. 1994, p. 935-956.

MACHADO PLAZAS, José. *El concurso de acreedores culpable – calificación y responsabilidad concursal - Estudios de derecho concursal*, Thomson civitas: Cizur Menor, 2006. ISBN: 84-470-2668-X.

MAGALHÃES, Vânia Patrícia Filipe. “A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, ano I, n.º 2, Almedina: Coimbra, 2009, p. 379-414.

MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando. *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Marcial Pons: Madrid, Barcelona, 2005. ISBN: 84-9768-243-2.

_____. “La obstaculización del cumplimiento de contratos como causa de subordinación de créditos (artículo 92.7 LC)”, in: *Comunicación del Congreso Universidad Complutense de Madrid*, 2011, disponível em:

<http://eprints.ucm.es/12470/2/COMUNICACION%20CONGRESO%20UCM.%20Fernando%20Mar%20de%20la%20Barcena.pdf> – acesso janeiro 2013.

_____. “Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las sociedades de capital”, in *Revista de Derecho de Sociedades (RdS)*, n.º 24, 2005-1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, p. 91-120. ISSN: 1134-7686.

_____. “El concepto de interés social como fin de la actividad gestora en la proximidad a la insolvencia”, in: *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales – II Seminario Havard-Complutense de Derecho Mercantil*, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 255-275.

MARTÍNEZ MULERO, Victor. *El control de los administradores y la impugnación de sus acuerdos*, Colección Biblioteca de Derecho de los Negocios, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2005. ISBN: 84-86829-73-9.

MARTINS, António. “Decisões Empresariais e risco fiscal: investimento e financiamento”, in: *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão*, n.º 39, julho-setembro de 2009, Instituto Superior de Gestão: Lisboa, p. 51-61.

MATOS, Inês Serrano de. “Os mecanismos de tutela coletiva dos investidores em sociedades anónimas cotadas em bolsa de valores – da ação popular”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, vol. 8, outubro 2012, Almedina: Coimbra, p. 151-179.

MIOLA, Massimo. “La tutela dei creditori ed Il capitale sociale: realtà e prospettive”, in: *Rivista delle Società*, anno 57.º, marzo-giugno 2012, fascicolo 2.º - 3.º, Giuffrè Editore, Milano, p. 237-345.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou informações*, Almedina: Coimbra, 1989.

MOURA, Rui. “Da responsabilidade social à governação das empresas e ao desenvolvimento sustentável: um novo compromisso”, in: *Responsabilidade Social das Organizações*, MTSS/ GEP: Lisboa, 2009.

MOYA JIMÉNEZ, Antonio. *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 6ª ed., Editorial Boch: Barcelona, 2009. ISBN: 84-9790-442-1.

NEVES, António Oliveira (coord.). *Responsabilidade Social das Organizações*, Cadernos Sociedade e Trabalho – XI, Lisboa, 2009.

NEVES, João César. *Introdução à Ética Empresarial*, Principia Editora: Caiscais, 2008.

NEUNER, Jörg. “A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão”, in: *Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma perspectiva de Direito Comparado*, editora Almedina: Coimbra, 2007, p. 11-39.

NUNES, Pedro Caetano. *Responsabilidade Civil dos Administradores Perante os Accionistas*, Almedina, Coimbra, 2001. ISBN: 972-40-1474-6.

_____. *Corporate Governance*, Almedina: Coimbra, 2010.

_____. *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Coleção Teses, Almedina: Coimbra, 2012. ISBN: 978-972-40-4752-2.

OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. “O processo especial de revitalização: o novo CIRE”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, ano IV, n.º 3, Almedina: Coimbra, 2012, p. 707-726.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora: Coimbra, 2011. ISBN: 978-972-32-1915-9.

_____. *Direito das Obrigações: conceito, estrutura e função das relações obrigacionais; elementos das relações obrigacionais; direitos de créditos e direitos reais*. Almedina: Coimbra, 2005. ISBN: 972-40-2582-9.

_____. “Causalidade Adequada e Previsibilidade: Comentário ao artigo 7.4.4. dos princípios UNIDROIT e ao artigo 9.503 dos princípios de Direito Europeu dos Contratos”, in: *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Almedina: Coimbra, 2005, p. 797-826.

_____. “O princípio da boa fé como fórmula vazia? Comentário a um artigo de Martijn Hesselink”, in: *Scientia Iuridica – Revista de direito comparado português e brasileiro*, Tomo LVI, n.º 312, 2007, Universidade do Minho: Braga, p. 719-732.

_____. “Algumas notas sobre a teoria da interpretação jurídica de ROBERT ALEXY”, in: *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LV, n.º 305, 2006, Universidade do Minho: Braga, p. 7-21.

_____. “Responsabilidade pelo Risco: limites máximos de indemnização. Anotação ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 3/2004, de 25 de março de 2004”, in: *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LVIII, n.º 299, 2004, Universidade do Minho: Braga, p. 369-405.

_____. *O artigo 72.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais consagra uma presunção de ilicitude?* Texto de apoio às aulas do Curso de Mestrado em Direito dos Contratos e das Empresas da Universidade do Minho, 2013/2013. _____ *O ônus da prova da culpa no art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais*, Texto de apoio às aulas do Curso de Mestrado em Direito dos Contratos e das Empresas da Universidade do Minho, 2013/2013.

_____. “Uma proposta de coordenação entre os arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 9, Almedina: Coimbra, 2013, p. 75 e ss.

_____. “O dogma da tipicidade dos vícios da vontade e o contributo do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, para a sua superação”, in: *Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. III, ed. especial 2011, Universidade Católica Portuguesa Editora: Lisboa, p. 67-75.

_____. “Entre Código da insolvência e “princípios orientadores”: um dever de (re)negociação?”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, n.ºs II/III, Abril-Setembro, 2012, Lisboa, p. 677-689. ISSN: 0870-8118.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto; SERRA, Catarina. “Insolvência e contrato-promessa: os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa com eficácia obrigacional”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, jan.-dez. 2010, Lisboa, p. 395- 440. ISSN: 0870-8118

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto; MAC CRORIE, Benedita. “O princípio da igualdade no direito europeu dos contratos: as Directivas 2000/43/CE e 2004/113/CE”, in: *O Direito*, ano 138.º, vol. V, 2006, Almedina: Coimbra, p. 1085-1100.

OLIVEIRA, Rui Estrela de. “Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência”, in: *O Direito*, 142.º, V, Almedina: Coimbra, 2010, p. 931-987.

PEREIRA, João Aveiro. “A revitalização económica dos devedores”, in: *O Direito*, ano 145.º, 2013, I/II, Almedina: Coimbra, p. 9-50.

PIDWELL, Pedro. *O processo de insolvência e a recuperação da sociedade comercial de responsabilidade limitada*, Coimbra Editora: Coimbra, 2011. ISBN: 978-972-32-1908-1.

PINTO, Filipe Vaz; PEREIRA, Marcos Keel. “A responsabilidade civil dos administradores de sociedades comerciais”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, n.º 5, 2001.

PIRES, Miguel Lucas. *Dos privilégios Creditórios: Regime Jurídico e sua Influência no Concurso de Credores*, Almedina: Coimbra, 2004. ISBN: 972-40-2070-3.

PISCITELLO, Paolo. “La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule”, in: *Rivista delle Società*, anno 57.º, novembre-diciembre 2012, fascicolo 6.º, Giuffrè Editore, Milano, p. 1167-1183.

PUIGBÓ OROMÍ, Jordi [et al]. *La responsabilidad de los administradores de sociedades*, Collegi Oficial de Graduats Socials de Barcelona, Barcelona, 1998.

RAMOS, Maria Elisabete Gomes. “Administradores de sociedades anónimas e o dever legal de garantir a responsabilidade”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 3, vol. 5, Almedina: Coimbra, março de 2011, p. 55-88.

_____. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores – entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina: Coimbra, 2010. ISBN: 978-972-40-4307-4.

_____. “Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais”, in: *Stvdia Ivridica*, n.º 67, Coimbra editora: Coimbra, 2002

_____. “A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português”, in: *Revista Prim@ Facie*, Universidade Federal da Paraíba: João Pessoa, 2008, p- 05-32.

REGLERO CAMPOS, Fernando (coord.). *Lecciones de Responsabilidad Civil*. Aranzadi: Cizur Menor, 2002. ISBN: 84-8410-920.

RIBEIRO, João Sérgio. “Ainda a responsabilidade tributária dos administradores, directores e gerentes: as presunções e o exercício efetivo do cargo”, in: *Scientia Ivridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXI, n.º 329, Universidade do Minho: Braga, 2012, p. 269- 292.

_____. “Um novo paradigma de imposto”, in: *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 43, julho-setembro, 2010, Escola Superior de Gestão: Lisboa, p. 05-23.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Almedina: Coimbra, 2009. ISBN: 978-972-40-3851-3.

_____. “O âmbito de aplicação do artigo 270.º -F, n.º 4, do CSC e a responsabilidade “ilimitada” do sócio único”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 1, Vol. 2, Almedina, Coimbra, 2009.

_____. “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, in: *O Direito*, 142.º, I, p. 81-128, Almedina: Coimbra, 2010.

_____. “Desconsideração da personalidade jurídica e a “descapitalização” da sociedade”, in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LII, n.º 3-4, p. 173-212, Almedina: Coimbra, julho-dezembro, 2011.

_____. “O capital social das sociedades por quotas e o problema da subcapitalização material”, in: *Capital social livre e acções sem valor nominal*, Coord. Paulo de Tarso Domingues & Maria Miguel Carvalho, Almedina: Coimbra, 2011, p. 43-84.

RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). *Questões de tutela de credores e de sócios das sociedades comerciais*, Almedina: Coimbra, 2013. ISBN:978-972-40-5012-6.

RODRIGUES, Jorge. *Corporate governance: uma introdução*, Edições Pedagogo: Mangualde, 2008.

RODRIGUES, Raquel Pinheiro. “Crise e reestruturação empresarial – as respostas do Direito das sociedades comerciais”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, ano III, n.º 1, Almedina: Coimbra, 2011, p. 221-272.

ROJO, Ángel [et al]. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch: Valencia, 2011. ISBN: 978-84-9985-071-9.

ROSEMANN, Michael [et al], “Gestão de riscos de processos de negócio, compliance e controlos internos: uma agenda de pesquisa”, in: *EloGroup (Grupo de Produção Integrada)*, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ): Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://www.elogroup.com.br/download/MR001_Gestao_de_Riscos_de_Processos_de_Negocio.pdf (visitado em fevereiro de 2013).

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*, Almedina: Coimbra, 1997. ISBN: 972-40-0979-3.

SÁNCHEZ TORRES, Esther. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, CES, Madrid: 1999.

SANTOS, Luís Lima. *Fluxos de caixa*, 3.ª ed., Vida Económica: Porto, 2004. ISBN: 972-788-093-2.

SANTOS, Vera Lúcia Nunes dos. *Manipulação de resultados e as características do conselho de administração: Alemanha e Reino Unido*, Tese de Mestrado, Repositório do Instituto Universitário de Lisboa, disponível em: <http://hdl.handle.net/10071/1372> – acesso novembro 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. “A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro”, in: *Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma perspectiva de Direito Comparado*, p. 11-39, editora Almedina: Coimbra, 2007.

SATTA, Salvatore. *Manuali di Scienze Giuridiche: Diritto Fallimentare*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani – CEDAM: Padova, 1996. ISBN: 88-13-19557-5.

SERRA, Catarina. *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito: o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, Coimbra Editora: Coimbra, 2009. ISBN: 978-972-32-1703-2.

_____. *O novo regime português da insolvência – Uma Introdução*, 4ª Edição, Almedina: Coimbra, 2010. ISBN: 978-972-40-4332-6.

_____. *O regime português da insolvência*, 5.ª edição, Almedina: Coimbra, 2012. ISBN: 978-972-40-4985-4.

_____. “A crise da empresa, os trabalhadores e a falência”, Separata da *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLII, 2001.

_____. “As novas tendências do Direito Português da Insolvência – Comentário ao regime dos efeitos da insolvência sobre o devedor no projecto de Código da Insolvência”, Separata -*Estudos em Comemoração do 10.º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, 2004, p. 203-228.

_____. “O novo Direito das Sociedades: para uma governação socialmente responsável”, *Scientia Iuris*, vol. 14, Londrina, 2010.

_____. “Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, vol. 7, Editora Almedina: Coimbra, março de 2012.

_____. “Desdramatizando o afastamento da personalidade jurídica (e da autonomia patrimonial)”, in: *Revista Julgar*, ,n.º 9, Coimbra Editora: Coimbra, set-dez. 2009.

_____. “Insolvência e registo predial (a propósito das alterações do DL n. 116/2008, de 4/7)”, in: *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LVIII, n.º 317, 2009, Universidade do Minho: Braga, p. 81-103.

_____. “A recente reforma do direito português das sociedades comerciais – breves notas”, in: *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LVII, n.º 315, 2008, Universidade do Minho: Braga, p. 467-482.

_____. “Efeitos da declaração da falência sobre o falido”, in: *Scientia Iuridica*, n.º 274/276, separata, 1998, p. 267-313.

_____. “O código da insolvência e da recuperação de empresas e o direito registal”, in: *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II, Coimbra Editora: Coimbra, 2007, p. 505-522.

_____. “Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência após a alteração da Lei n.º 16/2012 ao Código da Insolvência”, in: *Revista Julgar*, n.º 18, setembro, 2012, Coimbra Editora: Coimbra, p. 175-200.

_____. “Nótula sobre o art. 217.º, n.º 4, do CIRE (o direito de o credor agir contra o avalista no contexto de plano de insolvência)”, in: *Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. I, ed. especial 2011, Universidade Católica Portuguesa Editora: Lisboa, p. 377-387.

_____. “Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores – dois problemas no contexto da insolvência de sociedades”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, outubro 2012, ano 4, vol. 8, Almedina: Coimbra, p. 75-101.

_____. “Processo Especial de Revitalização – contributos para uma ‘rectificação’” –, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, n.ºs II/III, Abril-Setembro, 2012, Lisboa, p. 715-741.

SILVA, Fátima Reis. “Processo de insolvência: os órgãos de insolvência e o plano de insolvência”, in: *Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários*, 2.º semestre, n.º 14, Coimbra, 2010. p. 121-168.

SILVA, João Calvão da. “Responsabilidade civil dos administradores não executivos da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão”, in: *O Direito*, 139.º, III, p.

555-599, Almedina, Coimbra, 2007; e in ROD, ano 67, 2007, Lisboa, p. 103-158.

SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel. “Utilización abusiva y fraudulenta de las personas jurídicas en el Derecho: algunas notas”, in: *Revista Julgar*, n.º 9, Editora Coimbra: Coimbra, set-dez., 2009, p. 191-202.

TARZIA, Giorgio. “La revocatoria fallimentare nell’alternativa fra liquidazione e conservazione dell’impresa in crisi”, in: *Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, annata LXXXVII, n.º 2, Marzo-Aprile 2012, CEDAM: Padova, p. 242-249. ISSN: 0391-5239.

TEDESCHI, Guido Uberto. *Manuale di Diritto Fallimentare*. Cedam: Padova, 2002. ISBN: 88-13-22182-7.

TEIXEIRA, Inês. “O conceito de activo no Código das Sociedades Comerciais”, in: *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão*, n.º 39, julho-setembro de 2009, Instituto Superior de Gestão: Lisboa, p. 63-104.

TERRÍVEL, Rita. “O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, ano IV, n.º 4, Almedina: Lisboa, 2012, p. 935-1007.

TRIUNFANTE, Armando Manuel; TRIUNFANTE, Luís de Lemos. “Desconsideração da Personalidade Jurídica – Sinopse doutrinária e Jurisprudencial”, in: *Revista Julgar*, n.º 9, Coimbra Editora: Coimbra. set-dez. 2009, p. 131-146.

TUHR, A. Von. *Derecho civil, vol. I – Las personas – Clásicos del pensamiento jurídico*, Marcial Pons: Madrid, 1999.

URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio. *Curso de Derecho Mercantil I*, Civitas: Madrid, 1999. ISBN: 84-470-1335-9.

VASCONCELOS, Pedro Pais. “Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 1, vol. 1, Almedina: Coimbra, março de 2009.

_____. “Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 1, vol. 2, Almedina: Coimbra, outubro de 2009.

VEIGA, Fábio da Silva. “A responsabilidade tributária por violação dos deveres de administração”, in: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano I, vol. 9, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Lisboa, 2012, p. 5753-5765. ISSN: 2182-7567.

_____. “O interesse social: dos interesses dos shareholders aos interesses dos stakeholders”, in: *Revista Âmbito Jurídico*, n.º 102, ano XV, julho 2012, Rio Grande. ISSN: 1518-0360, disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11747 >

VEIGA, Fábio da Silva; LARANJEIRA, Amanda Lúcia Araújo. “O dever de lealdade dos administradores: consequências no dever de não concorrência e não apropriação das oportunidades de negócios – sob a perspectiva do direito português”, in: *Revista Âmbito Jurídico*, XIV, n. 87, abril, Rio Grande, 2011. ISSN: 1518-0360. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9365

_____. “O dever de informação dos atos bancários na fase pré-contratual e a ‘culpa in contrahendo’”, in: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, n.º 15, UNIBRASIL: Curitiba, 2011, p. 579-600. ISSN:1678-2933.

_____. “O dever de informação na relação médico-paciente e a responsabilidade médica”, in: *Orbis: Revista Científica*, vol. 3, n.º 1, João Pessoa, 2012, p. 395-417. ISSN: 2178-4809.

_____. “Aspetos da posição dominante correlatos ao abuso de atos anticoncorrenciais no mercado europeu”, in: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano II, vol. 8, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Lisboa, 2013, p. 8859-8890. ISSN: 2182-7567.

VENEGAS GRAU, María. *Derechos fundamentales y Derecho privado – los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons: Madrid, 2004.

VENTURA, Raúl. *Sociedades por quotas*, vol. I, 2.^a reimpressão da 2.^a ed. de 1989, Almedina: Coimbra, 1999. ISBN: 972-40-0520-8.

VENTURA, Raúl; CORREIA, Brito. “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas – estudo comparativo dos

direitos alemão, francês, italiano e português”, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 192, janeiro de 1970. Portugal.

VICENTE, Dário Moura. “Insolvência internacional: Direito aplicável”, in: *O Direito*, 138.º, IV, p. 793-815, Almedina: Coimbra, 2006.

VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo blanch: Valencia, 1998.

WOOD, Philip R. *Principles of international insolvency*, Sweet & Maxwell: London, 1997. ISBN: 0 421 54290 X.