



# Responsabilidade dos Gerentes e dos Administradores na Insolvência

## 1. Introdução

As actividades empresariais e económicas são interdependentes e têm vários *stakeholders* interessados pelo que o incumprimento das obrigações que impendem sobre uma sociedade comercial pode acarretar variadas repercussões económico-financeiras para os restantes agentes económicos. Pretende-se essencialmente explicar como, e em que termos, pode a insolvência de uma sociedade comercial ser fonte de responsabilidade para os administradores (de facto ou de direito) da sociedade insolvente.

## 2. Administradores na perspectiva do CIRE

Para podermos apurar a responsabilidade dos administradores na perspectiva do CIRE cumpre, em primeiro lugar, averiguar quem é, nos termos da lei, considerado administrador, impondo-se a distinção entre administrador de direito e administrador de facto. O CIRE acolhe a noção corrente de administrador - a pessoa que tem a seu cargo a condução geral de um determinado património, a pessoa que administra, governa, dirige um organismo ou empresa, que gere bens ou negócios.

Assim, e de uma forma simples, é administrador quem está investido legal ou voluntariamente em tais funções – administrador de direito - e, por outro, também o é aquele que desempenha de facto actos próprios de administração – administrador de facto.

Ambos estão vinculados aos deveres fundamentais previstos no artigo. 64º do Código das Sociedades Comerciais (CSC): o dever de cuidado – que se pode traduzir num dever de acompanhar, controlar e vigiar a organização e condução da sociedade e num dever de se informar – e o dever de lealdade – no interesse da sociedade.

Numa perspectiva funcional, podemos considerar a existência de três requisitos cumulativos que permitem aferir se determinada pessoa deve (ou não) ser considerada administrador para os efeitos do CIRE:

- i) exercício positivo, real e efectivo da administração, com determinado grau intensidade (qualitativo e quantitativo);
- ii) autonomia decisória;
- iii) conhecimento e/ou consentimento dos sócios e dos administradores de direito.

### **3. Incidente de qualificação da insolvência**

O incidente de qualificação da insolvência, previsto nos artigos 185º e seguintes do CIRE, tem como objectivo apurar se as razões que conduziram o devedor à situação de insolvência foram fortuitas ou culposas, isto é, se foram criadas ou agravadas em consequência da actuação dolosa ou com culpa grave do devedor.

Neste âmbito, o CIRE estabelece dois tipos de incidentes de qualificação da insolvência: incidente pleno que é o regime regra e o incidente limitado. Cumpre, então, para um melhor entendimento do tema, analisar a tramitação do incidente pleno de qualificação da insolvência, o qual configura o regime regra.

Desde logo, importa esclarecer que existem duas formas da abertura deste incidente:

#### **1. Por iniciativa do juiz:**

Na fase da prolação da sentença de declaração da insolvência, caso existam elementos que indiquem a existência de culpa na insolvência, deve o tribunal declarar a abertura do incidente de qualificação da insolvência na sentença.

Caberá ao juiz a ponderação da existência ou não de elementos que justifiquem a abertura do incidente, pelo que no caso de optar pela sua abertura a decisão é de carácter interlocutório, e, por consequência, a sentença não é recorrível na parte respeitante à decisão

de abertura do incidente de qualificação da insolvência nos termos do artigo.188º nº2 do CIRE.

## 2. Por requerimento:

De acordo com o disposto no artigo. 189º CIRE, o administrador da insolvência ou qualquer interessado tem a faculdade de até quinze dias depois da realização da assembleia de credores de apreciação do relatório ou, no caso de dispensa de realização desta, após a junção aos autos do relatório, alegar, fundamentadamente e por escrito, em requerimento autuado em apenso, o que tiver por conveniente para efeitos da qualificação da insolvência como culposa e indicar as pessoas que, no seu entender, devem ser afectadas por tal qualificação. O juiz dispõe de 10 dias a contar deste requerimento para declarar aberto o incidente de qualificação da insolvência.

Uma vez declarado aberto o incidente de qualificação da insolvência, o administrador de insolvência, quando não tenha sido ele a propor a qualificação da insolvência como culposa, deverá apresentar, no prazo de 20 dias, se não for fixado prazo mais longo pelo juiz, parecer devidamente fundamentado e documentado sobre os factos relevantes, que deverá terminar com uma proposta de decisão sobre a qualificação da insolvência como fortuita ou como culposa, devendo, neste último caso, identificar as pessoas que devem ser afectadas pela qualificação da insolvência como culposa.

De seguida, as alegações e o parecer vão com vista ao Ministério Público, para que este se pronuncie, no prazo de 10 dias. Se tanto o administrador da insolvência como o Ministério Público propuserem a qualificação da insolvência como fortuita, o juiz pode proferir de imediato decisão nesse sentido, a qual é irrecorrível.

Em alternativa, o juiz pode ordenar a notificação do devedor e a citação pessoal daqueles que, no seu entender, devam ser afectados pela qualificação da insolvência como culposa para, querendo, apresentar, no prazo de 15 dias, a sua oposição. O administrador da insolvência, o Ministério Público e qualquer interessado podem apresentar a sua resposta à oposição, no prazo de 10 dias subsequentes ao termo do prazo acima referido.

Posteriormente, terá lugar a audiência de discussão e julgamento, onde poderá ser produzida prova por todos os intervenientes processuais.

Na sentença de qualificação de insolvência, o juiz qualifica a insolvência como culposa ou como fortuita e, na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 189.º do CIRE, determinar as pessoas atingidas, e, se for caso disso, distinguir o grau de culpa das pessoas em causa para efeitos de graduação das medidas aplicadas.

Importa ainda referir que a sentença que qualifique a insolvência como culposa é susceptível de recurso nos termos gerais do artigo. 14º do CIRE, que pode ser interposto por qualquer das pessoas afectadas pela qualificação.

#### **4. Insolvência culposa**

##### **4.1 Pressupostos da qualificação da insolvência como culposa**

A qualificação da insolvência como culposa reclama, portanto, uma conduta ilícita e dolosa ou gravemente culposa do devedor ou dos seus administradores, a qual se reparte por elementos objectivos e subjectivos.

A culpa do devedor ou dos seus administradores decorre de um juízo de censurabilidade, que consiste na apreciação de desvalor que resulta do reconhecimento de que o devedor, ou os seus administradores, nas circunstâncias concretas em que actuaram, podiam ter conformado a sua conduta de molde a evitar a queda do primeiro na situação de insolvência ou o agravamento do estado correspondente. Deste modo, a censurabilidade do comportamento do devedor ou dos seus administradores é um juízo feito pelo tribunal sobre a atitude ou motivação de um e de outros, segundo o que pode ser deduzido a partir do elenco de factos provados.

Ora, para efeitos da qualificação de insolvência, importa atender aos actos e omissões dos devedores e respectivos administradores/gerentes, afigurando-se como irrelevante o resultado de tais comportamentos para os credores.

Assim, os pressupostos da qualificação da insolvência como culposa estão expressamente consagrados no artigo 186 n.º 1 do CIRE. Este preceito legal dispõe que a insolvência é considerada culposa se tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

Neste contexto, para que a insolvência seja considerada culposa é então necessário que:

1. Haja uma “actuação dos administradores de direito ou de facto da sociedade”.

Para este efeito, o termo *actuação* deve entender-se como sinónimo de conduta, de comportamento ou de facto/acto humano, incluindo comportamentos ou factos/actos humanos positivos e negativos, abrangendo portanto omissões. Estas situações correspondem ao dever de adoptar um comportamento que salvguarde o perigo ou risco da insolvência da sociedade, já as outras situações corresponderão ao dever de não adoptar nenhum comportamento que cause ou agrave a situação de insolvência.

2. A insolvência resulte de uma conduta ilícita.

O artigo 186.º n.º 1 do CIRE exige que se verifique uma “atuação dolosa ou com culpa grave”. Assim, de forma a ser considerado ilícito, o comportamento do administrador terá de implicar uma violação dos deveres de cuidado e lealdade estabelecidos no artigo 64.º n.º1 do Código das Sociedades Comerciais. Nesta medida, os actos descritos nas alíneas a) a g) do artigo 186.º n.º 2 do CIRE concretizam os deveres de lealdade e de cuidado genericamente referidos no Código das Sociedades Comerciais.

3. Haja dolo ou culpa grave.

4. Se verifique um nexo de causalidade entre a atuação ilícita dos administradores e a criação ou o agravamento da insolvência. Ora, a exigência de um nexo de causalidade é um tema

controverso na doutrina e na jurisprudência. Com efeito, o incidente de qualificação da insolvência perspectiva o comportamento dos administradores na criação ou agravamento da insolvência, de modo a que através da utilização da teoria da causalidade adequada se conclua se existe ou não um nexo de causalidade entre os factos praticados (ou omitidos) e a criação ou o agravamento da situação de insolvência, e o nexo de imputação dessa situação à conduta, a título de dolo ou de culpa grave. De acordo com o disposto no artigo 186º n.º 1 do CIRE, a conexão causal entre a actuação ilícita dos administradores e a criação ou agravamento da insolvência encontra-se verificada desde que a actuação ilícita dos administradores contribua para a situação de insolvência. Ou seja, basta que a actuação ilícita contribua para a diminuição da capacidade da sociedade comercial para o cumprimento das obrigações e/ou para a diminuição do património da sociedade para que se verifique a conexão causal exigida.

5. É necessário, por último, que os factos ilícitos praticados ou omitidos pelo administrador tenham sido cometidos ou omitidos nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

#### **4.2. Presunções que auxiliam a qualificação da insolvência como culposa**

De forma a auxiliar a qualificação da insolvência como culposa, o legislador estabelece nos nº 2 e 3 do artigo.186º CIRE presunções legais.

O nº 2 do artigo. 186º CIRE estabelece uma presunção *iuris et de iure*, isto é, uma presunção inilidível de insolvência culposa, reconhecendo-a como tal sempre que os administradores de direito ou de facto do devedor, que não seja pessoa singular, tenham incumprido determinadas obrigações legais ou praticado actos destinados a diminuir o património do devedor.

Neste sentido, os actos dos administradores destinados a diminuir o património através da violação de deveres de fidelidade/cuidado, por atentarem contra a sociedade ou, pelo menos, contra o património que cabem nesta presunção legal absoluta de insolvência culposa, integram:

- A dissipação ou danificação, no todo ou em parte considerável, do património da empresa (artigo 186º nº2, a) do CIRE);
- A criação ou agravamento artificial de passivos ou prejuízos, ou a redução de lucros, causando, nomeadamente, a celebração pela empresa de negócios ruinosos em proveito dos seus gerentes ou administradores ou em nome de pessoas com eles especialmente relacionadas (artigo 186º nº2, b) do CIRE);
- A revenda com prejuízo de mercadorias não pagas (artigo 186º, nº2, c) do CIRE);
- A disposição dos bens do devedor, neste caso, a empresa, em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo do mesmo, (artigo 186º, nº2, d) CIRE);
- O exercício de uma actividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa (artigo 186º, nº2, e) CIRE);
- A utilização de crédito ou dos bens da empresa de forma contrária aos interesses desta (artigo 186º, nº2, f) do CIRE);

- A prossecução de uma exploração deficitária no interesse pessoal ou de terceiros, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria provavelmente a uma situação de insolvência (artigo. 186.º, n.º 2, g) CIRE).

Adicionalmente, estaremos perante o incumprimento pelos administradores das obrigações legais através da violação do dever de cuidado, sempre que se verifique:

- O incumprimento em termos substanciais da obrigação de manter a contabilidade organizada; a manutenção de uma contabilidade fictícia ou dupla; ou a prática de irregularidades com prejuízo relevante para a compreensão da situação financeira ou patrimonial da sociedade (artigo. 186.º, n.º2, h) do CIRE);
- O incumprimento reiterado dos deveres de apresentação e colaboração no processo de insolvência, até à data da elaboração do parecer do administrador judicial sobre a qualificação da insolvência como culposa ou fortuita (artigo 186.º, n.º2, i) CIRE).

Importa notar que relativamente à natureza destas presunções surgem entendimentos divergentes na doutrina. Com efeito, persiste o entendimento na maioria da doutrina e da jurisprudência que os factos-índice elencados no n.º 2 do artigo 186.º do CIRE configuram presunções inilidíveis, e, em harmonia com o artigo 350.º do Código Civil, dispensam a verificação do nexo causal, pelo que se presume a causalidade entre os factos previstos e a situação de insolvência.

No que concerne ao disposto no n.º3 do artigo 186.º do CIRE é consagrada uma presunção *iuris tantum*, isto é, ilidível, de culpa grave do devedor sempre que este tenha incumprido o dever de requerer a declaração de insolvência ou a obrigação de elaborar as contas anuais no prazo legal e de as submeter à devida fiscalização e depósito na conservatória do registo comercial. A doutrina maioritária tem interpretado esta norma no sentido de estabelecer uma presunção de culpa grave, mas já não do nexo de causalidade.

## **5. Efeitos da qualificação da insolvência como culposa**

A qualificação da insolvência como culposa acarreta consequências gravosas, previstas nos n.º 2 e n.º 3 do artigo 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, traduzidas em sanções várias, às quais é conferida publicidade, por via da inscrição no registo civil e no registo comercial.

Importa, por ora, analisar cada uma delas.

### **1. Inibição para administrar o património de terceiros**

Esta medida vem prevista no artigo 189.º, n.º 2, alínea b) do CIRE, tendo uma natureza preventiva e punitiva, pelo que se destina a proteger terceiros da lesão dos seus patrimónios caso fossem administrados por pessoa que, com dolo ou culpa grave, contribuiu para a criação ou agravamento de insolvência e, simultaneamente, sancionar a pessoa afetada pela qualificação através da inibição de administrar patrimónios de terceiros por um período de 2 a 10 anos.

A inibição para administrar o património de terceiros está sujeita a registo civil e, ainda, a registo comercial, no caso de a pessoa afectada ter a qualidade de comerciante em nome individual.

Em caso de violação da inibição para a administração do património de terceiros, entende-se que, face à natureza punitiva da medida e ao interesse público subjacente, o acto praticado em desrespeito da sentença que a determinou padecerá de nulidade, nos termos gerais (artigo 285º e seguintes do Código Civil), não invocável pela pessoa afectada.

### **2. Inibição para o exercício de comércio e ocupação de cargos de gestão**

A inibição em apreço está consagrada no artigo 189.º, n.º2, alínea c) do CIRE e destina-se a inibir as pessoas afectadas pela qualificação da insolvência como culposa para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como inibi-las da ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica ou empresa pública ou cooperativa.

A *ratio* da inibição consagrada na alínea c) do n.º 2 do artigo 189.º do CIRE é a defesa do comércio e a proteção dos cargos de gestão que poderiam ver a sua credibilidade afetada, de forma grave e séria, caso fossem ocupados por pessoas afectadas por uma sentença de insolvência culposa.

A inibição para o exercício de comércio e ocupação de cargos de gestão está sujeita a registo civil e a registo comercial, no caso de a pessoa afectada ter a qualidade de comerciante em nome individual.

### 3. Perda de créditos

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

Entende-se que as pessoas afectadas pela qualificação da insolvência como culposa não devem beneficiar dos créditos que lhes couberem, quer os créditos que disponham sobre a insolvência, quer os créditos sobre a massa insolvente.

Desta forma, cabe ao administrador da insolvência excluir esses créditos do pagamento, e ao juiz condenar na perda dos créditos ou à sua restituição, caso estes já tenham sido pagos.

### 4. Indemnização dos credores

Por último, a al. *e)* do n.º 2 do artigo.189.º CIRE prevê a condenação das “*pessoas afectadas a indemnizarem aos credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respectivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados*”. Trata-se, em primeira linha, de um efeito de natureza ressarcitória na medida em que visa obter o pagamento pelas pessoas afectadas dos créditos não satisfeitos pela massa insolvente.

Não obstante, esta norma assume também carácter sancionatório, quer porque a responsabilidade é limitada aos créditos não satisfeitos e não à compensação dos prejuízos efectivamente sofridos pelos credores, quer na medida em que se destina a penalizar as pessoas afectadas pela insolvência culposa, fazendo responder os seus patrimónios pelas dívidas do insolvente.

Conforme *supra* se referiu, a qualificação da insolvência em crise nos autos como culposa ou fortuita depende da verificação de comportamentos do devedor e seus administradores, pelo

que, na graduação das sanções consagradas pelo artigo 189.º do CIRE, a medida da sua culpa deverá ser reportada apenas e só a esses mesmos comportamentos.

Na verdade, as sanções em crise não visam salvaguardar o interesse dos credores, assumindo antes, uma natureza sancionatória, pelo que deverá relevar o princípio constitucional da proporcionalidade ou da proibição do excesso, no sentido de, na determinação das sanções previstas no n.º 2 do artigo 189.º do CIRE, ser ponderada a culpa do devedor e pessoas cuja afetação foi requerida, quer na criação, quer no agravamento da situação da insolvência. Nessa medida e nos termos gerais, os afetados pela qualificação da insolvência devem apenas responder na medida em que o prejuízo possa ou deva ser atribuído ao acto ou actos determinantes dessa culpa.

Importa lembrar que o aconselhamento por advogado ou por advogada é, nestas matérias, imprescindível para resolver adequadamente todos os casos concretos e, nele, todas as questões jurídicas que se coloquem.

*Jéssica Barbosa Martins*

*Mafalda Oliveira*