

Resumo: A dificuldade económica e financeira das empresas com probabilidade de insolvência efectiva gera uma disciplina peculiar na gestão das sociedades e na expressão de vontade dos sócios. Tal disciplina orienta-se pelos intuitos de reestruturação, viabilização e continuação da actividade, evitando a insolvência com liquidação e extinção. Esse regime de governação implica um diálogo entre o CSC, o CIRE e os procedimentos legais preventivos de insolvência, integrado pelas directrizes do art. 18.º da Proposta de Directiva de 2016.

Palavras-chave: Crise empresarial; insolvência provável; administração de sociedades; deveres e responsabilidade.

ABSTRACT: The economic and financial difficulty of enterprises with a likelihood of effective insolvency generates a peculiar discipline towards the company management and the expression of the shareholders' will. This discipline will be guided by the targets of restructuration, viability and continuation of the activity, avoiding insolvency with liquidation and extinction. This governance regime implies a dialogue between the CSC, the CIRE and the legal procedures to prevent insolvency, integrated by the guidelines of the article 18 of the Proposal for a Directive of 2016.

Keywords: Company crisis; likely insolvency; company management; duties and responsibility.

RICARDO COSTA *

Gestão das sociedades em contexto de “crise de empresa” **

1. A Proposta de Directiva de 2016 no contexto do combate à insolvência “provável” e a actuação gestória em face da “crise da empresa”

1.1. A Proposta de Directiva de 2016

O mote para a abordagem das *especialidades de gestão reivindicadas pela crise empresarial-societária* tem hoje um indiscutível referente na Proposta

** O texto apresenta uma versão mais detalhada da conferência proferida no Congresso e corresponde, com ligeiras alterações, ao publicado em *As PME perante o (novo) Direito da Insolvência*, Instituto Jurídico da FDUC/IDET, 2018, pp. 79-104, sob o título *Insolvência “provável” e deveres dos administradores de sociedades na reestruturação empresarial: o art. 18.º da Proposta de Directiva*.

O trabalho para ambos os textos integra-se nas actividades do Grupo de Investigação *As PME's: Promoção da Inovação, Crescimento e Competitividade* do Instituto Jurídico da Facul-

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro e Investigador do Instituto Jurídico da FDUC

da Comissão Europeia, com data de 22 de Novembro de 2016, para a assunção pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho de uma Directiva que respeite “aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação”¹. A iniciativa (anunciada no *Plano de Acção para a Criação de uma União dos Mercados de Capitais*, de 30/9/2015², e fundada na anterior Recomendação da Comissão Europeia, de 12/3/2014, sobre “uma nova abordagem em matéria de falência e de insolvência das empresas”, tendo por fim “promover o espírito empresarial, o investimento e o emprego, contribuindo para a redução dos obstáculos ao bom funcionamento do mercado interno”³) insere-se no escopo de *harmonização mínima e parcial* dos Estados membros da União Europeia quanto ao estabelecimento de legislação relativa à insolvência – mais concretamente, ao quadro de *instrumentos e medidas destinados a reestruturar e a recuperar em tempo útil as empresas viáveis em estado de pré-insolvência efectiva* (ou seja, *em situação de dificuldade económica e financeira com probabilidade de insolvência mas apresentando factores de viabilidade e de continuidade do exercício da sua actividade*)⁴. Por outro lado, a Proposta de Directiva⁵ visa promover a recuperação de empresas que mereçam uma “segunda oportunidade” (um *novo começo*), a ser encetada e aproveitada – mediante a aplicação de regras comuns em sede de extinção

dade de Direito da Universidade de Coimbra (Investigador Responsável: Prof. Doutor J. M. Coutinho de Abreu), no âmbito do Projecto «Desafios sociais, incerteza e direito» (UID/DIR/04643/2013), financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia.

¹ COM(2016) 723 final, 2016/0359 (COD).

² COM(2015) 468 final, pp. 28-29: “A convergência dos processos de insolvência e de reestruturação facilitaria uma maior segurança jurídica para os investidores transfronteiras e incentivaria a reestruturação em tempo útil das empresas que enfrentam dificuldades financeiras, mas que são viáveis. (...) A Comissão apresentará propostas legislativas no domínio da insolvência das empresas, incluindo no que respeita à sua reestruturação em tempo útil e a uma segunda oportunidade (...). Esta iniciativa visará eliminar os obstáculos mais importantes à livre circulação de capitais, inspirando-se para o efeito nos regimes nacionais mais eficientes.”

³ C(2014) 1500 final; transcrição parcial do ponto 1.1.

⁴ Deste modo, visa complementar o Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativo aos processos de insolvência transfronteiriça (in *JOUE*, de 5/6/2015, L 141, p. 19) – v. Proposta cit., p. 10. No respectivo art. 1.º, 1, 2.º pará., determina-se que, «[n]os casos em que os processos referidos no presente número possam ser iniciados em situações em que existe apenas uma probabilidade de insolvência, a sua finalidade deve ser a de evitar a insolvência do devedor ou a cessação das suas actividades». Sobre o seu âmbito de aplicação, v. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “O Regulamento (EU) 2015/848 relativo aos processos de insolvência”, *Estudos de Direito da Insolvência*, Almeida, Coimbra, 2018, p. 25 e ss.

⁵ Doravante, Proposta.

das dívidas – para que se possa evitar a insolvência terminal e liquidatária-extintiva das empresas afectadas (art. 1.º, 1, 2.ª parte, CIRE).

Para esse primeiro efeito, a Proposta apresenta um núcleo ou bloco essencial constituído pela disciplina da chamada *reestruturação preventiva* e, dentro desta, dos *planos de reestruturação*, assente na sanção atempada das dificuldades, na viabilidade futura das empresas, na tutela dos interesses dos credores e na conseqüente prevenção (ou minimização) da insolvência (nos seus efeitos nefastos: emprego, crédito, clientela, fornecimentos, empresas conexas, etc.) – arts. 4.º e ss⁶, 8.º e ss, 16.º-17.º, 18.º. O *Considerando* 16. da Proposta é elucidativo e claro: “Quanto mais cedo o devedor detetar as suas dificuldades financeiras e tomar medidas adequadas, mais elevada será a probabilidade de evitar uma insolvência iminente ou, no caso de uma empresa cuja viabilidade seja constantemente dificultada, mais ordenado e eficiente será o processo de liquidação.”

Quando se fala do *devedor-pessoa colectiva societária*, o destinatário principal dessa ambição preventiva – sem exclusão, diga-se desde já, da pronúncia dos sócios – é o órgão de administração da sociedade. Assim, é natural que, em nome da eficiência desses planos, “[a]s regras relativas ao dever de diligência dos gestores das empresas em situações próximas da insolvência desempenham (...) um papel importante no desenvolvimento de uma cultura de recuperação, em vez de liquidação das empresas, visto que promovem uma reestruturação rápida e impedem irregularidades e perdas evitáveis para os credores”⁷.

Logo, o *Considerando* 36. da Proposta consigna:

“importa assegurar que os administradores *não sejam dissuadidos de, na medida do razoável, tomar decisões de natureza empresarial ou assumir riscos comerciais, em especial se tal aumentar as possibilidades de reestruturação de empresas potencialmente viáveis*. Se uma empresa enfrentar dificuldades financeiras, os administradores devem tomar medidas no sentido de procurar aconselhamento profissional, inclusive em matéria de reestruturação e insolvência, p. ex., recorrendo aos instrumentos de alerta rápido, se for caso disso; protegendo o ativo da empresa, de modo a maximizar o valor e evitar a perda de ativos essenciais; considerando a estrutura e as funções da empresa, a fim de analisar a sua via-

⁶ Desde logo, numa espécie de anúncio de uma *prioridade do direito insolvencial*, o art. 4.º, 1: «Os Estados-Membros devem assegurar que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os devedores com dificuldades financeiras tenham acesso a um quadro de reestruturação preventiva eficaz que lhes permita reestruturar as suas dívidas ou empresa, restabelecer a sua viabilidade e evitar a insolvência.»

⁷ Proposta cit., “Objectivo da proposta”, p. 6.

bilidade e reduzir as despesas; não obrigando a empresa a tipos de transações suscetíveis de ser objeto de ações de impugnação pauliana, exceto se tal se justificar do ponto de vista empresarial; prosseguindo a atividade, caso tal seja adequado para maximizar o valor da empresa em atividade; estabelecendo negociações com os credores e iniciando o processo de reestruturação preventiva. Caso o devedor esteja numa situação de insolvência iminente, importa também proteger os interesses legítimos dos credores face a decisões de gestão passíveis de afetar a constituição do património do devedor, em especial se tais decisões forem suscetíveis de diminuir o valor do património disponível para o processo de reestruturação ou para a distribuição pelos credores. Assim, é necessário que, em tais circunstâncias, os administradores se abstenham de atos deliberados ou de negligência grave que resultem em ganhos pessoais às custas das partes interessadas, tais como aceitar transações subvalorizadas ou agir no sentido de dar preferência indevida a uma ou mais partes interessadas sobre as demais. Para efeitos da presente diretiva, os administradores *devem ser pessoas responsáveis por tomar decisões relativas à gestão da empresa.*"⁸

Assim, estes *ditames de orientação* aplicam-se com particular acuidade às *sociedades* que exploram as chamadas *pequenas e médias empresas* – tipologicamente vocacionadas, no nosso sistema, serão as sociedades por quotas (mesmo que “grandes”) e as sociedades anónimas de natureza familiar, filial-grupal e/ou fechadas⁹ –, *atenta a sua importância no contexto económico e laboral e os custos associados à extinção das organizações empresariais maioritariamente dominantes*. Aplicam-se, por por isso, aos administradores e gerentes, *de direito e de facto*¹⁰, desses tipos de sociedades.

1.2. O art. 18.º da Proposta de Directiva

O art. 18.º da Proposta fecha justamente a disciplina relativa aos planos de reestruturação (preventiva) com uma norma *programática* sobre as *obrigações dos administradores no quadro das negociações de um plano de reestruturação preventiva*. Mais do que isso, enquanto *norma-quadro para a actuação pré-insolvencial exigível aos administradores das sociedades “em crise”*, o art.

⁸ Enfatizei algumas partes da transcrição.

⁹ RICARDO COSTA, “A administração da sociedade PME e o sócio gestor”, *O sócio gestor*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 5 e ss. (= in *As pequenas e médias empresas e o Direito – Congresso Internacional*, Instituto Jurídico FDUC, Coimbra, 2017, pp. 362 e ss.).

¹⁰ RICARDO COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014 (reimp. 2016), pp. 899 e ss., em esp. 910 e ss., 928-929, 930 e ss.

18.º apresenta – ou procura apresentar – um verdadeiro modelo de “*rules of liability*” aplicável ao governo das sociedades em estado de insolvência *provável* (e tendente a prevenir uma insolvência *definitiva*). Reza assim:

«Os Estados-Membros devem estabelecer regras que assegurem que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham as seguintes obrigações:

- (a) Tomar medidas imediatas para minimizar as perdas dos credores, trabalhadores, acionistas e outras partes interessadas;
- (b) Ter em devida conta os interesses dos credores e das outras partes interessadas;
- (c) Tomar medidas razoáveis para evitar a insolvência;
- (d) Evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa.»

Primo conspectu, salta à vista um conjunto de princípios orientadores:

- (i) a *necessidade de imediatismo e urgência nas medidas preventivas de insolvência e de perdas sociais*;
- (ii) a *ponderação privilegiada dos interesses dos credores e stakeholders*;
- (iii) o primado de uma *razoabilidade cautelar nas escolhas de gestão*, tendente à adopção de medidas (antecipatórias ou conservatórias) que *evitem a insolvência definitiva e conduzam à continuidade empresarial*;
- (iv) a *inibição de condutas dolosas ou com culpa grave de causação ou agravamento de situações tendentes à insolvência definitiva* (comportamentos de *wrongful trading*)¹¹.

1.3. A actuação gestória no período de “crise da empresa”

O tratamento da actuação dos administradores e gerentes das sociedades comerciais (sobre as empresas exploradas por tais sociedades) – enquanto *regime de deveres e responsabilidades* – no período de “crise empresarial” – e de “insolvência provável” – não pode deixar de se sustentar numa composição articulada e em complementaridade recíproca do regime de direito societário e da normatividade do direito da insolvência. A razão de ser programática do art. 18.º da Proposta aspira justamente à coordenação e ao diálogo entre as regras ditadas pelos dois ramos do

¹¹ Formulação inspirada no nosso art. 186.º, 1, CIRE (regime de “insolvência culposa”).

ordenamento, tendo por fim a *delimitação da função gestória das empresas em crise pré-insolvential* – uma das principais vertentes de *um cada vez mais autónomo “direito societário da crise”*.

Por um lado, temos o regime comum dos deveres dos administradores, com destaque para os deveres legais gerais – cuidado e lealdade, previstos no art. 64.º CSC. Neste âmbito, cabe ainda enfatizar os deveres legais específicos e de execução vinculada – na maior parte dos casos densificações do cuidado e lealdade exigíveis em geral – que constam do art. 186.º, 2 e 3, CIRE, e que ingressam na esfera dos administradores antes e independentemente da insolvência efectiva (pois têm *perfil preventivo*). Finalmente, devem ser chamados à colação o regime do art. 35.º CSC (“perda grave do capital”) e, a esse propósito ou não, as medidas societárias tradicionais de reestruturação, como sejam as modificações estatutárias sobre o capital social, a fusão, a cisão, a transformação e (se for instrumental numa conexão de sociedades) a dissolução, e outras decisões, estatutárias ou não, que possam ser instrumentais ou conexas com a recuperação (como poderão ser a exclusão de sócios, a modificação da estrutura organizatória ou da composição dos próprios órgãos sociais existentes e as previsões no pacto de autorizações dos sócios para operações de gestão).

Por outro lado, no direito insolvential (*recte*, pré-insolvential) teremos em consideração o quadro de conduta delineado pelo art. 186.º, 1, CIRE, e os mecanismos/procedimentos específicos de *carácter recuperador*: (*judicialmente*) o processo especial de revitalização (PER, regulado pelos arts. 17.º-A e ss do CIRE, integrados pela L 16/2012, de 20 de Abril)¹²⁻¹³; (*extra-*

¹² Art. 17.º-A (na redacção do art. 3.º do DL 79/2017, de 30 de Junho): «1 – O processo especial de revitalização destina-se a permitir à *empresa* que, comprovadamente, se encontra em *situação económica difícil* ou em *situação de insolvência meramente iminente*, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização. / 2 – O processo referido no número anterior pode ser utilizado por qualquer empresa que, mediante declaração escrita e assinada, ateste que reúne as condições necessárias para a sua recuperação e apresente declaração subscrita, há não mais de 30 dias, por contabilista certificado ou por revisor oficial de contas, sempre que a revisão de contas seja legalmente exigida, atestando que não se encontra em situação de insolvência atual, à luz dos critérios previstos no artigo 3.º.»; Art. 17.º-I (também na redacção do art. 3.º do DL 79/2017): «1 – O processo previsto no presente capítulo pode igualmente iniciar-se pela apresentação pela empresa de acordo extrajudicial de recuperação, assinado pela empresa e por credores que representem pelo menos a maioria de votos prevista no n.º 5 do artigo 17.º-F, acompanhado dos documentos previstos no n.º 2 do artigo 17.º-A e no n.º 1 do artigo 24.º.»

Com as alterações do DL 79/2017 (e a partir da sua entrada em vigor), os n.os 2 e 3 do art. 1.º do CIRE passaram a delimitar *subjectivamente* o PER como processo pré-insolvential dos devedores *exploradores de empresas* (harmonizando-se nessa altura com o SIREVE,

judicialmente, em sentido puro) o recente regime extrajudicial de recuperação de empresas (RERE, regulado pela Lei 8/2018, de 2 de Março)¹⁴, sucessor do sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE, regulado pelo revogado DL 178/2012, de 3 de Agosto), que mobiliza uma disciplina de “negociações” e de conclusão subsequente de um “acordo de

entretanto revogado) e o novo PEAP (Processo Especial para Acordo de Pagamento) como processo pré-insolvencial para os devedores (incluindo pessoas colectivas) sem exploração de empresa e com a apresentação das mesmas situações de situação económica difícil e insolvência iminente (arts. 222.º-A e ss, CIRE, aditados pelo art. 4.º do DL 79/2017). Criticamente: ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “As alterações ao CIRE quanto ao PER e PEPAP”, *Estudos de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 7-8 (antes publicado em *Fórum Jurídico*, Instituto do Conhecimento Abreu Advogados/BDJUR Almedina, Comentário do Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de Junho, <http://bdjur.almedina.net/fartigo.php?id=99>), “A reforma do CIRE e as PMEs”, *Estudos de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 15-16.

Mais ajustado será salientar a natureza *híbrida* do PER, uma vez que é “composto por uma forte componente extrajudicial, temperada com a intervenção do juiz em momentos chave, indispensável ao carácter concursal do processo” (MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *O processo especial de revitalização*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 14). Para enquadrarmos o PER (nas suas duas modalidades) nos instrumentos “de segunda geração”, ordenados à recuperação das empresas em pré-insolvência com a combinação de uma fase negocial/extra-judicial e uma fase judicial, v. CATARINA SERRA, “Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões”, *DSR*, 2012, vol. 7, pp. 122-123, e, em acrescento, “A contratualização da insolvência: *hybrid procedures* e *pre-packs* (A insolvência entre a lei e a autonomia privada)”, *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 266 e ss, em esp. 268-270.

¹³ O “plano de insolvência” em processo insolvencial (arts. 192.º e ss., CIRE), nomeadamente para adopção de medidas de recuperação da empresa, inclui-se numa outra fase, em que a insolvência veio a ser requerida de acordo com o art. 3.º do CIRE; esse plano está orientado para a satisfação dos credores (art. 1.º, 1, CIRE); porém, não se aplica a «pequenas empresas», tal como delimitadas pelo art. 249.º, 1, b), por força do art. 250.º, sempre do CIRE, caso em que assume papel sucedâneo o «plano de pagamentos aos credores» (arts. 251.º e ss, CIRE).

¹⁴ Um regime de submissão voluntária destinado a regular «os termos e os efeitos das negociações e do acordo de reestruturação que seja alcançado entre um devedor e um ou mais credores, na medida em que os participantes manifestem, expressa e unanimemente, a vontade de submeter [a esse regime] as negociações ou [melhor seria estar “e”] o acordo de reestruturação», tendo em vista «permitir que a empresa sobreviva na totalidade ou em parte» e destinando-se às entidades devedoras (necessariamente *com titularidade e/ou exploração de empresa*, assim parece, não obstante a equivocidade que resulta da remissão para o art. 2.º, 1, CIRE; a própria L 8/2018 refere-se a actividade económica: cfr. art. 19.º, 1) que «estejam em *situação económica difícil* ou em *situação de insolvência iminente*» (arts. 2.º, 1 e 2; 3.º, 1, a) [exclui como entidades devedoras as «pessoas singulares que não sejam titulares de empresa»] e b), 3).

reestruturação”, com ou sem intervenção de um “mediador de recuperação de empresas” nomeado e fiscalizado pelo IAPMEI¹⁵.¹⁶

2. A antecâmara de insolvência efectiva em face do direito português vigente

2.1. A determinação objectiva das situações de crise empresarial: a pré-insolvência

O âmbito de aplicação do art. 18.º implica, em primeiro lugar, a *determinação objectiva* das situações de crise empresarial: as situações de *pré-insolvência* com que se confrontam os administradores.

A crise atendível está assente num ambiente de *risco que vai para além da mera possibilidade*. O conceito operativo é o de insolvência *provável*. Neste (olhando para o regime do PER e do RERE e sem incluir conceitos adicionais) deve incluir-se:

- a *situação económica difícil*, vista como dificuldade séria para cumprir pontualmente as obrigações de exploração empresarial, designadamente por falta de liquidez e/ou frustração na obtenção de crédito;
- a *insolvência iminente*, compreendida como previsibilidade com verosimilhança de o devedor-sociedade não ter meios para cumprir a generalidade das suas obrigações de exploração empresarial, tanto as já vencidas como as ainda já existentes mas não vencidas (no momento do seu vencimento).¹⁷⁻¹⁸

¹⁵ V. art. 14.º, 1, da L 8/2018, e arts. 2.º, 14.º, 16.º, 1, 18.º («Cabe ao mediador analisar a situação económico-financeira do devedor, aferir conjuntamente com o devedor as suas perspectivas de recuperação, auxiliar o devedor na elaboração de uma proposta de acordo de reestruturação e nas negociações a estabelecer com os seus credores relativas à mesma.»), da L 6/2018, de 22 de Fevereiro.

¹⁶ Estes procedimentos estão em linha com o art. 4.º da Proposta: *Disponibilização de quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva*.

¹⁷ V., entre outros, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, Volume I (Artigos 1.º a 184.º), Quid Juris, Lisboa, 2005, pp. 71-72; COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Volume I, *Introdução. Actos de comércio. Comerciantes. Empresas. Sinais distintivos*, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 139 (restrito, com menção das obrigações existentes); PAULO DE TARSO DOMINGUES, “O Processo Especial de Revitalização aplicado às sociedades comerciais”, *I Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso*, coord.: Catarina Serra, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 16-17; ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “O P.E.R. (Processo Especial de Revitalização)”, *AB INSTANTIA* – Revista do Instituto do Conhecimento AB, 2013, n.º 1, p. 19, Id., *Um Curso de Direito*

2.1. A determinação temporal das medidas e procedimentos de prevenção da insolvência

Em segundo lugar, é mister avançar com a *determinação temporal* do momento a partir do qual surge a obrigação *geral* de activar as medidas e/ou os procedimentos (mesmo fora do PER e do RERE e com recurso ao “instrumentário jurídico-negocial geral”¹⁹, como aquele que planeará para futuro as relações com trabalhadores e financiadores, ou a procedimento extrajudicial no âmbito da relação com instituição de crédito credora, como o que é proporcionado pelo DL 227/2012, de 25 de Outubro²⁰) de prevenção da insolvência e do atendimento privilegiado dos interesses dos credores e demais terceiros relacionados. Isto é, delimitar a (referida na doutrina estrangeira como) verdadeira “*twilight zone*” em que o declínio e a patologia da crise se tornaram manifestos: a baliza temporal que se inicia com a emergência, para conhecimento e domínio pelos administradores, dos factos e das informações que se precipitam em situação económica difícil ou insolvência iminente (*dies ad quo* de insolvência provável) e que terminará (o que se pretende impedir) com a verificação de uma insolvência *actual* (por definição irreversível), à luz dos arts. 3.º, 1 («É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas.»), 18.º, 1 («O devedor deve requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência, tal como descrita no n.º 1 do artigo 3.º, ou à data em que devesse conhecê-la.») e 3/19.º, ou (para as sociedades aplicáveis) decorrente de *manifesta superioridade do passivo em relação ao activo*, à luz do art. 3.º, 2, sempre do CIRE (*dies ad quem* de insolvência).

A delimitação temporal da crise empresarial pré-insolvencial é fulcral para determinar um juízo de responsabilidade, uma vez que é a partir desse *dies ad quo* que surge *ex novo* um quadro *diferenciado e especificado* de deveres dos administradores, ancorado num cânone de diligência

da Insolvência, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 54 e ss (mais amplo na insolvência iminente, abrangendo também na probabilidade as obrigações não actuais mas que “*muito provavelmente serão contraídas e se vencem durante o período de tempo a considerar*”), 511 e ss. ¹⁸ Até à entrada em vigor das alterações do DL 26/2015, de 6 de Fevereiro, o SIREVE (de acordo com a versão originária do art. 2.º, 1, do DL 178/2012) também poderia ser usado para situações empresariais de insolvência actual. O RERE é também claro na exclusão: art. 3.º, 1, b), da L 8/2018.

¹⁹ COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Volume I cit., n. (828) – p. 336.

²⁰ Isto é, o procedimento extrajudicial de regularização de situações de incumprimento (PERSI): arts. 12.º e ss.

adaptado à situação de crise, naturalmente tendente à adoção de uma gestão que evite a insolvência efectiva futura e a conservação e integridade da(s) empresa(s) afectada(s). E é a partir desse momento da vida empresarial que surge a consideração de uma responsabilidade *prospectiva* dos administradores que se deverão pautar por esse quadro de deveres. É esse momento momento temporal e essas novas exigências de gestão (e controlo) que, seguindo a doutrina estrangeira, constituem as duas questões fulcrais do *governo da empresa em situação de crise (bankruptcy governance)*.

É evidente que, no plano *estático de análise*, é congruente a percepção destes dois momentos de partida e de chegada. Porém, no plano *dinâmico*, é difícil e complexa a identificação substancial do “*crisis point*”, nomeadamente quando só uma avaliação *ex post* possibilita essa definição.

Para chegarmos à identificação do momento no qual os administradores e gerentes conhecem ou podem conhecer, de acordo com a conduta razoável exigida, as situações de insolvência iminente ou de situação económica difícil e estão em condições de fazer um juízo de prognose afirmativo sobre a evolução, *em termos de perigo ou risco de “default” com verosimilhança*, para uma insolvência efectiva futura, podemos recorrer a um critério *subjectivo e afinado no caso concreto*. Deste modo, teremos que atender a uma análise global dos comportamentos dos administradores pré-ordenados e habilitados a controlar e a monitorizar a evolução económico-patrimonial e financeira da sociedade, tendo como fim evitar a queda numa situação irreversível de insolvência e liquidação terminal. Essa queda não acontece, por via de regra, num arco temporal restrito; é as mais das vezes o resultado final de um processo (*in progress*) de declínio inadequadamente sanado e não inflectido. Porém, saber quando a prognose exigida aos administradores se converte numa *nova exigência de gestão* em face da identificada “crise da empresa” é tarefa insegura e de escrutínio incerto.

A alternativa, na falta de um juízo relativamente seguro, está no recurso a um critério *objectivo e indiferente ao caso concreto*. Julgo que o nosso direito, através do art. 186.º, 1, CIRE, nos dá um auxiliar precioso para esse momento de partida para o quadro de conduta pré-insolvencial: *três anos antes do início do processo de insolvência (ou, se quisermos, da situação objectiva que merecerá o requerimento de insolvência efectiva)*. O preceito enquadra temporalmente a *insolvência culposa por causação ou agravamento da situação de insolvência por actuação do devedor ou dos seus administradores*. É um pressuposto temporal preciso e determinado²¹, ainda que depen-

²¹ De acordo com CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *ROA*, 2006, pp. 690-691, “[n]ão está em jogo um prazo de prescrição ou de cadu-

dente da insolvência efectiva (o pior cenário) se concretizar; se assim não for, resta-nos o critério *subjectivo*, ainda que dependente de uma valoração *a posteriori* sobre a capacidade de previsão de uma insolvência futura e de ponderação de um esquema orientado para a continuidade viável (ou *uma segunda oportunidade*) da empresa social.

3. O quadro de deveres e responsabilidade dos administradores de sociedades na crise *pré-insolvencial*: entre a Proposta de Directiva, o CSC e o CIRE

A identificação da situação de crise terá o condão de fazer emergir o aludido *estatuto normativo especial* de deveres dos administradores de sociedades²², cuja violação e censurabilidade serão reconduzíveis à sua *responsabilidade* (arts. 72.º-79.º CSC), nomeadamente em face da sociedade. Como se verá, esse estatuto (ou parte dele, pelo menos) necessitará, em nome de uma maior certeza jurídica, de ser reflectido (na futura transposição da eventual Directiva aprovada) em previsões normativas (nomeadamente no direito positivo insolvencial) que permitam dar adequada tutela aos interesses tocados pela actuação dos administradores (em complemento das previsões e dos meios previstos no direito societário).

3.1. O dever geral de cuidado

Olhando para o dever legal geral de *cuidado* – enquanto “padrão abstracto de comportamento” assumido como “normação da conduta devida”²³ na administração *gestionária* (art. 64.º, 1, *a*), CSC) –, assumem-se fulcrais dois planos de análise, de acordo com a individualização das

cidade de determinado direito. Há é uma *modelação temporal* da situação de *responsabilidade relevante*” (sublinhei).

²² A uma “modulação dos deveres dos administradores em fase *pré-insolvencial*” se refere ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Contributos sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a meios preventivos de reestruturação, segunda oportunidade e medidas de melhoramento da eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e exoneração do passivo restante e à alteração da Directiva 2012/30/UE”, *RDS*, 2016, n.º 4, p. 1037.

²³ V. por todos RICARDO COSTA, “Artigo 64.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Volume I (Artigos 1.º a 84.º), coord.: J. M. Coutinho de Abreu, 2.ª ed., IDET – Códigos n.º 1, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 767-768.

suas manifestações (ou subdeveres)²⁴. Esses dois planos visualizam as especificidades que o art. 18.º da Proposta lhe coloca.

No que toca aos deveres de *controlar e vigiar a evolução económico-financeira da sociedade*²⁵ e de *obtenção razoável de informação (para habilitar e instruir o processo de tomada de decisão)*, o contexto específico da crise pré-insolvencial traz consigo uma obrigação de conduta *cognoscitivo-preliminar*: impõe-se, numa perspectiva *ex ante*, a estruturação de um complexo de elementos e dados organizativos, administrativos, contabilísticos e patrimoniais, que, *considerando a dimensão da sociedade-empresa(s)*, tenha como fim *permitir o conhecimento (acima de tudo endossocietário) de uma situação de crise (e da sua dimensão de gravidade)* e, numa perspectiva *ex post*, *leve tal situação de crise ao conhecimento dos administradores* (e, depois, *aos credores*²⁶ e, se for o caso, *aos próprios sócios*²⁷). De acordo com a doutrina estrangeira, poderemos mesmo chegar, no âmbito de irradiação desses dois subdeveres de cuidado, à exigência de um dever *qualificado de auto-controlo da situação económica, financeira, patrimonial e organizativa da sociedade*, dirigido a uma

²⁴ V. também RICARDO COSTA, “Artigo 64.º”, *loc. cit.*, pp. 774-775.

²⁵ Que agrego como conjugação de manifestações (subdeveres) mais concretizadas(os), a saber: “no dever de controlar, fiscalizar e inspecionar a organização e a condução da atividade da sociedade, as suas políticas, práticas, etc., seja no plano interno, seja no plano externo; (ii) no dever de se informar e de realizar uma investigação sobre a atendibilidade das informações que são adquiridas e que podem ser causa de danos, seja por via dos normais sistemas de vigilância, seja por vias ocasionais (produzindo informação ou solicitando-a por sua iniciativa), assim como efetuar avaliações sequenciais dessa obtenção e análise; (iii) no dever de reagir às anomalias e irregularidades apreendidas e conhecidas” (RICARDO COSTA, “Artigo 64.º”, *loc. cit.*, p. 774).

²⁶ Na relação com as instituições de crédito credoras, o DL 227/2012, de 25 de outubro, impõe mesmo um dever legal específico de *alerta atempado para o risco de incumprimento das obrigações* (art. 4.º, 2).

Sobre o dever de informação dos credores sobre a situação (patrimonial e financeira) da sociedade, a cargo dos administradores, v. CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *loc. cit.*, pp. 676-677, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa”, *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 401 e ss (nomeadamente para os credores caracterizados como “novos”).

A propósito da tutela de “novos financiamentos” («necessários para executar um plano de reestruturação», «nele acordados» e «confirmados» judicialmente ou administrativamente) e de “financiamentos intercalares” («necessários para a continuação do funcionamento ou a sobrevivência da empresa do devedor, ou para a preservação ou valorização da mesma», na pendência de plano de reestruturação), v. os arts. 2.º, (11), (12), e 16.º da Proposta (a que pertencem as transcrições), assim como os arts. 17.º-H, 1 e 2, 120.º, 6, CIRE, e 19.º, 1 («novos financiamentos a conceder ao devedor» no acordo de reestruturação), da L 8/2018 (mais vago que o detalhe dos arts. 11.º, 5 a 8, do DL 178/2012).

²⁷ V. *infra*, 3.4.

rápida exteriorização dos sintomas da crise (p. ex., reflectindo a liquidez da sociedade enquanto devedora e a cessação de pagamentos como “campanha de alarme”²⁸) e à subsequente avaliação/decisão das iniciativas/ escolhas de gestão a tomar em ordem à conservação empresarial (recorde-se o imediatismo convocado pelo art. 18.º, (a), da Proposta), em diálogo e cooperação com os credores e terceiros relacionados. É no cumprimento desse dever que cabe demandar aos administradores a *monitorização da compatibilidade das escolhas de gestão com o estado de solvência da empresa*, e, se for caso disso, a *(re)planificação económico-financeira como método normal de reequilíbrio da sociedade-empresa*.

Este dever – com a implementação *ad hoc*, ou a complementação do que previamente exista, de um adequado *sistema informativo de controlo, monitorização e inspecção*, geralmente integrado, para as sociedades de maior escala, na organização da plataforma para cumprimento do dever de “*compliance*” (*Compliance-Organisations-Pflicht*) das regras, procedimentos, recomendações e normas legais conformadoras da actividade-objecto da sociedade – é particularmente delicado nas sociedades PME, nomeadamente naquelas de dimensão (humana, geográfica, estrutural) mais reduzida e de menor viabilidade de acréscimo de custos para esse efeito. Das duas uma: ou a dimensão não exige esse sistema (mais ou menos formalizado) e o dever de auto-controlo se cumpre mais informalmente (e com o *contacto privilegiado e proactivo* com os membros do órgão de fiscalização e os que tecnicamente suportam a sociedade no âmbito contabilístico-financeiro); ou a dimensão exige a formalização desse sistema e o dever de auto-controlo implica que seja montado e usufruído para instruir o processo de tomada de decisão. *Essa dimensão será nuclear para aferir o incumprimento desse dever de auto-controlo* (manifestação específica do dever de cuidado na situação de crise pré-insolvencial).

No que respeita ao *dever de tomar decisões substancialmente razoáveis* (subdever crítico do dever legal geral de cuidado, direccionado à activação da autonomia e discricionariedade de julgamento dos administradores *dentro de um catálogo de alternativas possíveis e adequadas* e de acordo com a bitola do «gestor criterioso e ordenado»)²⁹ – o segundo plano de análise anunciado –, a razoabilidade *cautelar e com tutela plural* (recomendada pela conjugação da alínea (c) com as alíneas (a) e (b) do art. 18.º da Proposta) implica:

²⁸ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 253.

²⁹ RICARDO COSTA, “Artigo 64.º”, *loc. cit.*, p. 775.

- (i) a *redução da discricionariedade* no âmbito das opções de gestão, uma vez que surge pujante a vinculação a medidas tomadas com o fito de contribuir para a subsistência e evitar a insolvência definitiva, seja na (re)planificação da actividade e do projecto empresariais, seja no saneamento financeiro da sociedade;
- (ii) a *conjugação em igual plano e paridade* (e não em plano hierarquicamente desigual, como manda o art. 64.º, 1, b), CSC) dos *interesses dos sócios* (interesse social) e dos *interesses dos «sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade»*. Pelo menos assim deverá ser *em regra*.³⁰ De todo o modo, não é de excluir (como se lê com ênfase na literatura estrangeira, debruçada sobre a mutação do conceito de “interesse social”) que se deva optar por, nomeadamente em certas circunstâncias (p. ex., medidas de financiamento com oneração de património social), fazer prevalecer os *interesses dos credores* em relação aos demais interesses atendíveis, uma vez que o período de crise pré-insolvencial obriga os administradores à inibição/omissão de actos que, alegadamente em homenagem a interesses (perversos ou especulativos ou oportunistas) de prossecução, sem ponderação devida, de (eventual) lucro (dos sócios, portanto) e/ou de prolongamento indefensável da actividade empresarial (dos administradores), se traduzem numa, excessiva e inadmissível, translação do risco empresarial para a esfera dos credores³¹.³² Ou de outros *stakeholders* diversos dos credores, como

³⁰ A este propósito, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Contributos sobre a Proposta de Diretiva...”, *loc. cit.*, p. 1037, fala de uma “reconfiguração do interesse social à luz de outros interesses”.

³¹ V. as reflexões de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume IV, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 293 e ss, em esp. 296-298 (necessidade de um regime sancionatório para a actuação pré-insolvencial dos administradores de sociedades e de adequados meios de tutela preventiva e reconstitutiva).

³² O mesmo se aplica à convocação do dever geral de lealdade, previsto no art. 64.º, 1, b), CSC, justamente ao preceito onde esse equilíbrio hierarquizado está prescrito. Isto é, quando se impõe que, em caso de conflito de interesses, os administradores considerem e intentem em exclusivo o «interesse da sociedade», com a correspectiva obrigação de omitirem comportamentos que visem a realização de outros interesses, próprios e/ou de terceiros (por si influenciados ou dominados ou familiares) – v. RICARDO COSTA, “Artigo 64.º”, *loc. cit.*, pp. 777-778, 791-792 –, nesse «interesse da sociedade» devem ser privilegiados na conduta leal pré-insolvencial os interesses dos credores (em paridade ou em superioridade).

será, em particular, o interesse dos trabalhadores na manutenção dos seus postos de trabalho.³³⁻³⁴

3.1. Os procedimentos legais preventivos de insolvência

Ainda quanto a esta razoabilidade decisória, importa destacar que a crise pré-insolvencial, *cuidadosamente enfrentada pelos administradores*, implica uma obrigação primária de *recurso aos procedimentos legais preventivos da insolvência* (seja quanto ao estado definitivo objectivo, seja quanto à declaração judicial de insolvência): o PER, requerido juntamente com credor ou credores nos pressupostos do art. 17.º-C, 1 e 6, CIRE, tendo em vista estabelecer negociações com os credores a fim da conclusão e aprovação de «plano de recuperação» e da sua homologação judicial (modalidade de PER dos arts. 17.º-A a 17.º-H CIRE), ou traduzido na apresentação de um «acordo extrajudicial de recuperação», subscrito pela sociedade devedora e por credores suficientes de acordo com o art. 17.º-I, 1, CIRE, e também homologado judicialmente (modalidade de PER do art. 17.º-I CIRE); o RERE, instrumentalizado através da assinatura de um «protocolo de negociação» do devedor com credores que representem, pelo menos, 15% do «passivo não subordinado», tendo em vista estabelecer negociações (com ou sem a intervenção de um “mediador”) e obter a celebração de um «acordo de reestruturação» (obrigacional, empresarial e societária), que incide, em especial, sobre a totalidade ou uma parte dos créditos pertencentes aos credores subscritores-participantes (em esp., arts. 2.º-4.º, 6.º-8.º, 14.º-15.º, 19.º-20.º, 23.º-28.º, L 8/2018).³⁵ Desde que, necessariamente, se verifique um *requisito comum*: a *susceptibilidade de recuperação*

³³ No Parecer do Comité Económico e Social Europeu relativo à Proposta de Directiva (cfr. JOUE, de 30/6/2017, C 209, pp. 21 e ss.), defende-se que, neste contexto, “deveria ser interdito aos administradores reduzirem os ativos da sociedade a um nível inferior ao exigido para a liquidação dos montantes devidos aos trabalhadores” (p. 26).

³⁴ Para a defesa da sobreposição dos interesses dos credores e dos trabalhadores no âmbito da insolvência *declarada* (especialmente na elaboração do plano de insolvência), numa lógica de “descentralização do interesse social”, v. PAULO OLAVO CUNHA, “A recuperação de sociedades no contexto do PER e da insolvência”, *RDI*, 2017, pp. 102, 108-109.

³⁵ Para uma (recente) análise do RERE, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 326 – um “regime de enquadramento” jurídico dos acordos extrajudiciais –, 485 e ss – “um ónus (um ‘dever livre’)” relativo a um comportamento que “não é imposto mas proposto, importando a sua adopção pelos sujeitos a produção de efeitos que lhe são benéficos”. Para o anterior regime do SIREVE, por todos e desenvolvidamente, v. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência* cit., pp. 509 e ss., 557 e ss.

da empresa/actividade social e, com ela, da sociedade-devedora em crise (arts. 17.º-A, 1, CIRE, expressamente; arts. 2.º, 2, (empresa com possibilidade de *sobrevivência* total ou parcial), 15.º, 1, L 8/2018, implicitamente, ainda que colocado nas mãos do juízo do devedor e dos credores aderentes ao processo negocial³⁶).

Nesse contexto, os administradores devem, *preliminarmente* e como *obrigação de meios*, encetar um processo de negociação com o ou os credores que permitam viabilizar os planos ou os acordos de recuperação, conforme tenham optado por recorrer ao PER (independentemente do credor ou credores que o requeiram *ab initio*) ou ao RERE (independentemente da identificação do credor ou credores com que se pretenda negociar)³⁷. Depois (e sem relação com o sucesso ou insucesso desse processo) devem usar de acrescida *diligência informativa e técnica*, direcionada para a captação e utilização dos dados informativos junto dos terceiros e colaboradores relevantes (credores, trabalhadores, fornecedores, contabilistas certificados, revisores oficiais de contas, Fisco, Segurança Social), e para a sustentação das medidas, instrumentos e providências de reestruturação com base em aconselhamento especializado³⁸. Tal reflecte-se – quanto ao PER – na elaboração, em primeiro lugar, da «proposta de plano de recuperação» (com «descrição da situação patrimonial, financeira e redutória da empresa») – art. 17.º-C, 3, c), CIRE –, assim como da elaboração (com os credores) e apresentação para homologação judicial do «acordo extrajudicial de recuperação» (para o PER previsto no art. 17.º-I), e, depois (no PER-regra), na intervenção no processo negocial e contribuição para

³⁶ Ao contrário do SIREVE, que assentava essa susceptibilidade na *avaliação global positiva assente em indicadores contabilístico-financeiros*, tal como previsto no art. 2.º do DL 178/2012, e sem qualquer controlo e decisão sobre esse requisito no requerimento de utilização do procedimento extrajudicial, que pertenciam ao IAPMEI na anterior disciplina (art. 6.º do DL 178/2012).

³⁷ Aparentemente neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de ‘situação económica difícil’”, *II Congresso de Direito da Insolvência*, coord.: Catarina Serra, Almedina, Coimbra, 2014, p. 67 (conduta exigida pela boa fé, mesmo fora dos enquadramentos do PER e do SIREVE: “as partes devem manter-se informadas, perante situações de dificuldade, iniciando contactos e, até, negociações”).

Fora do PER e do RERE, destaque-se que, no âmbito da relação com as instituições de crédito credoras, ainda o DL 227/2012 exige que os administradores (representantes dos «clientes bancários») cumpram o dever de *colaboração tendo por fim a procura de soluções extrajudiciais para o cumprimento das obrigações* (art. 4.º, 2).

³⁸ V., neste âmbito, a prevenção de irregularidades contabilísticas (nomeadamente com «prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor») consignada e censurada pelo art. 186.º, 2, h), CIRE.

a conclusão do «plano de recuperação» tendente à revitalização³⁹ (arts. 17.º-D, 17.º-F, CIRE); e – quanto ao RERE – na elaboração, em primeiro lugar, do protocolo de negociação (com a sua instrução documental e o seu depósito na Conservatória do Registo Comercial), na participação negocial e na conclusão (e depósito na Conservatória do Registo Comercial) do acordo final de reestruturação (nomeadamente composto pelos «termos da reestruturação da atividade económica do devedor, do seu passivo, da sua estrutura legal, dos novos financiamentos a conceder ao devedor e das novas garantias a prestar por este», assim como «as alterações dele decorrentes para as posições jurídicas dos credores» e «modificações societárias») – arts. 6.º, 7.º-, 14.º-18.º, 19.º-22.º, 26.º, L 8/2018^{40,41}

³⁹ Para além de, no âmbito das negociações estabelecidas na tramitação do PER, do cumprimento do dever legal específico de *comunicação de informação correcta e pertinente aos credores e ao administrador judicial provisório*, resultante do art. 17.º-D, 6 e 11, CIRE.

⁴⁰ Sem esquecer a convocação do dever legal específico de *elaboração e apresentação do diagnóstico económico-financeiro que servirá de base ao acordo de reestruturação*, de acordo com o art. 15.º da L 8/2018, assim como a aplicação dos princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores, expostos na Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de Outubro (art. 5.º da mesma L 8/2018) – “concretizações da boa-fé, na dupla dimensão da tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente”, segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O princípio da boa-fé e o dever de renegociação...”, *loc. cit.*, p. 66 –, também aplicáveis no seio de um PER (art. 17.º, 10, CIRE).

Ainda quanto ao regime do RERE, merece destaque o art. 29.º da L 8/2018: «Se o acordo de reestruturação for subscrito por credores que representem as maiorias previstas no n.º 1 do artigo 17.º-I do CIRE, ou a ele vierem posteriormente a aderir os credores suficientes para perfazer aquela maioria, pode o devedor iniciar um PER com vista à homologação judicial do acordo de reestruturação, devendo nesse caso acautelar que este cumpre o previsto no n.º 4 do artigo 17.º-I do CIRE.»

⁴¹ V., neste âmbito de actuação do dever de cuidado, PAULO OLAVO CUNHA, “Os deveres dos gestores e dos sócios no contexto da revitalização de sociedades”, *II Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 226 e ss., 233-234 (destaco o dever de “verdade e correcção”, o dever de “revelação” da situação económica difícil e o dever de “aconselhamento técnico especializado”). Mais amplamente, identificando deveres concretos desentranhados de um “dever geral de prevenção da insolvência”, CATARINA SERRA/JOSÉ GONÇALVES MACHADO, “Para uma harmonização mínima do Direito da Insolvência – Primeira abordagem à Proposta de Diretiva de 22.11.2018, com especial atenção ao seu impacto no Direito das Sociedades Comerciais”, *DSR*, 2017, vol. 17, pp. 163-164 (destaco o dever de “procurar aconselhamento técnico especializado logo que haja suspeitas de uma situação crítica”, o dever de “manter um registo atualizado da atividade da empresa que permita identificar uma situação [crítica]”, o dever de “agir com atenção aos interesses do coletivo dos credores e da empresa como um todo”). Para a análise da cooperação exigida ao devedor e aos credores e a sua influência na determinação de deveres de (re)negociação no âmbito do PER e do (revogado) SIREVE, v. NUNO PINTO OLIVEIRA, “Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização?”, *II Congresso de Direito da Insolvência*, coord.: Catarina Serra, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 153 e ss.

3.3. Aplicação do art. 72.º, 2, CSC?

A reconstrução do dever geral de cuidado na presença de uma crise pré-insolvencial, assente na *redução da discricionariedade gestória e autonomia* e na *vinculação ao interesse da conservação e da promoção do valor da empresa*, coloca a questão de saber se a responsabilidade decorrente da violação desse dever (na relação com a sociedade: arts. 72.º-77.º CSC) durante esse período pode ser afastado pela causa de exclusão prevista no art. 72.º, 2 (manifestação da *business judgment rule*) – *justificação da ilicitude por cumprimento do dever jurídico mínimo e suficiente de cuidado*, o de tomar uma decisão informada e não irracional (dever *sucedâneo* do dever de tomar decisões razoáveis e adequadas), considerado no momento de avaliar a conduta do administrador no âmbito da gestão discricionária e autónoma⁴². Será de restringir a sua aplicação e, mesmo que o administrador tenha cumprido a sua obrigação instrutoriamente informativa da decisão, impedir que recorra ao teste da *irracionalidade* para se eximir de responsabilidade?

Julgo que não. Deve poder aplicar-se o art. 72.º, 2. Mas com duas *nuanças* que se devem enfatizar.

Em primeiro lugar, compreendendo que a “actuação em termos informados” é nesse período de crise *mais exigente* – o que aumenta as possibilidades de não preenchimento do requisito legal da *informação adequada e ponderada* (enquanto verdadeiro requisito *procedimental* de aplicação do regime excludente) e da impossibilidade de dispensar a razoabilidade (e de alegar a não irracionalidade) como critério do mérito das decisões.

Em segundo lugar, percebendo que o *círculo da racionalidade fica mais apertado*, uma vez que a coerência, a explicação e o fundamento estão guiados pela lógica de escolhas orientadas pela conservação e saneamento da empresa e pelo impedimento preventivo da insolvência. A “racionalidade económica” e “empresarial”⁴³ admitida pela lei no *safe harbour* da administração gestionária está, na *moldura temporal da crise*, ancorada num equilíbrio (delicado e sensível) entre a inibição para o “*overinvestment*”, assente em operações e negócios com álea e risco excessivos e cujos resultados negativos agravarão a situação da sociedade (mediatamente, dos

⁴² V. RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *Reformas do Código das Sociedades Comerciais, Colóquios n.º 3* – IDET, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 62 e ss., 49 e ss., “Artigo 64.º”, *loc. cit.*, pp. 781 e ss.

⁴³ RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, p. 85.

credores)⁴⁴, e a inibição para o “*underinvestment*”, assente no desinteresse e aniquilamento da sociedade e cuja impossibilidade de obtenção de resultados positivos de gestão alavancará a agonia e a astenia da sociedade⁴⁵. É verosímil que na ponderação deste equilíbrio – fundamentalmente centrado na decisão sobre o grau de risco *em abstracto* e fito de continuidade *em concreto* – se encontrem mais decisões possíveis como sendo qualificáveis como irracionais (desde logo por serem de grave imprudência e se colocarem ao serviço de um retardamento da insolvência efectiva). Por outras palavras, é defensável que, para aplicação do art. 72.º, 2, o teste da (ir)racionalidade seja ocupado pelo *teste da recuperação (test di risanabilità)* – dirigido à idoneidade das medidas escolhidas para permitir a reestruturação empresarial – e esse diminua o espectro de exclusão que o art. 72.º, 2, oferece.

3.4. O dever de informação dos sócios e o “sócio gestor” em situação qualificada de crise pré-insolvencial

Agora (cumulativamente) no plano da relação dos administradores com os sócios (segmento de *administração técnica ou organizativa*), é de defender que incide sobre tais administradores um *dever de informação dos sócios sobre a existência de uma situação de crise pré-insolvencial* (ou insolvência provável, nos termos da Proposta) – como dever instrumental à tomada de decisões razoáveis (dever geral de cuidado) ainda no segmento da *administração gestionária*⁴⁶. Uma vez adquirido esse conhecimento, instrumentalizado pela actividade instrutória que concretiza o *dever de auto-controlo* pós-crise, tal deve ser comunicado aos “titulares do capital”, pelo menos (para além das previsões legais e estatutárias de intervenção deliberativa dos sócios) *sempre que as decisões a tomar para saneamento e recuperação da actividade empresarial impliquem, mais do que operações individuais, verdadeiras tomadas de posição estratégicas e modificações significativas sobre a estrutura organizativa e patrimonial da sociedade* (a elaboração de novos planos e linhas de valor estratégico para a gestão, a concretizar em especial através de planos e acordos no PER ou RERE). Neste caso, o sócio será con-

⁴⁴ CATARINA SERRA/JOSÉ GONÇALVES MACHADO, “Para uma harmonização mínima...”, *loc. cit.*, pp. 163-164, sustentam, no período de crise pré-insolvencial, o dever de “não realizar operações que impliquem risco excessivo”.

⁴⁵ Neste sentido, v. os deveres legais específicos omissivos consagrados no art. 186.º, 2, a) e c), CIRE.

⁴⁶ Sobre essas duas categorias da administração, v. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* *cit.*, pp. 737 e ss.

vocado para *ser gestor, a título prejudicial, atenta a natureza crítica das decisões e a influência no valor das participações sociais e da sua posição jurídica e estatuto* – considerando desde logo que passará pela pronúncia dos sócios as medidas de alteração ou reestruturação para as quais têm competência legal ou estatutária^{47-48,49} E, neste contexto, é plausível ser *nas sociedades PME que mais se concentra a tradução desse dever de informação* – considerando o personalismo, a proximidade dos sócios com a gestão orgânica, a existência de sócios maioritários ou controladores e de comando bem definidos, etc.⁵⁰

Esse dever de comunicação será em regra absorvido pela convocação ou requerimento de convocação dos sócios para reunirem em assembleia, com o apontamento de tal assunto na ordem do dia. Nela, se as deliberações a tomar não se fundarem em competências legais ou estatutárias ou (para as sociedades anónimas) em pedido do órgão de administração legitimado no art. 373.º, 3, CSC, teremos fundamento para a sua adopção no art. 259.º (competência legal residual sobre a gestão), para as sociedades por quotas, e na habilitação dos accionistas para assumirem competência “não escrita” ou “implícita” sobre assuntos equivalentes às decisões de alteração dos estatutos sociais⁵¹.

Este procedimento *interorgânico e dialéctico* não prejudica, de todo o modo, o cumprimento – até em simultâneo – do dever legal específico de os gerentes e administradores promoverem a realização de assembleia de sócios no caso de preenchimento de «perda de metade do capital» previsto no art. 35.º CSC, a fim de, nela, se informarem os sócios da situação e de

⁴⁷ E as suas deliberações poderão ser fonte de responsabilidade *ex arts. 72.º-79 CSC*, de acordo com a aplicação do art. 80.º CSC: RICARDO COSTA, “Artigo 80.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Volume I (Artigos 1.º a 84.º), coord.: J. M. Coutinho de Abreu, 2.ª ed., IDET – *Códigos* n.º 1, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 997 e ss., em esp. 1001-1002.

⁴⁸ Assim como a decisão sobre a manutenção dos administradores em exercício de funções, atento o poder de destituição que lhes assiste.

⁴⁹ Com entendimento diverso, v. PAULO OLAVO CUNHA, “Reestruturação de sociedades e direitos dos sócios”, *IV Congresso de Direito da Insolvência*, coord.: Catarina Serra, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 347-348.

⁵⁰ Este entendimento é claramente suportado pela novidade trazida pelo art. 3.º, 6, da L 8/2018 para o RERE: «Podem ser admitidos a intervir nas negociações e no acordo de reestruturação os sócios do devedor, na medida em que, em virtude da lei ou dos estatutos do devedor, seja necessária a sua intervenção ou consentimento.»

⁵¹ Desenvolvidamente, entre outros locais, v. RICARDO COSTA, “A administração da sociedade PME e o sócio gestor”, *loc. cit.*, pp. 22 e ss.

estes tomarem as medidas convenientes (exemplificadas nas alíneas do n.º 3 do art. 35.º).⁵²

3.5. O papel do art. 186.º CIRE como disciplina de governação em situação de crise pré-insolvencial

Como já intuímos, o art. 18.º, (d), da Proposta – obrigar os administradores a «evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa» – encontra consagração no actual regime da insolvência qualificada como *culposa*: v. arts. 186.º (1 a 3, em esp.) e 189.º CIRE⁵³.

Brevitatis causa, esta dá-se «quando a situação [de insolvência] tiver 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» (art. 186.º, 1). A lei predispõe uma cláusula geral que abraça todos os *factos de actuação susceptível de produção ou agravamento de insolvência efectiva*.

No n.º 2, a lei estabelece comportamentos que constituem presunções *iuris et de iure* da existência de comportamento culposo (doloso ou com negligência grosseira e consciente no surgimento ou no agravamento do estado de insolvência) – tais condutas traduzem simultaneamente *deveres legais específicos* (particularmente de carácter omissivo), vinculados e sem discricionariedade na execução, *a exigir durante o período de insolvência provável*. A elas adicionaram-se presunções *iuris tantum* de «culpa grave» na actuação do administrador (isto é, comportamento não doloso mas com negligência consciente e grosseira): são as als. *a*) («incumprido o dever de requerer a declaração de insolvência») e *b*) («incumprido a obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal» ou «submetê-las à devida fiscalização» ou de «as depositar na conservatória do registo comercial») do n.º 3 do art. 186.º.

Por sua vez, o art. 189.º CIRE estabelece o quadro *ulterior* de efeitos (*pessoais e patrimoniais*) reservados para (nomeadamente) os administradores (de direito e de facto) identificados pela sentença como «afectados» pela insolvência qualificadamente culposa (als. *b*) a *e*) do n.º 2) do art. 189.º): inibição para «administrarem patrimónios de terceiros, por um

⁵² Para a articulação do art. 35.º com a situação de insolvência prevista no art. 3.º, 2, CIRE, v. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Volume I cit., pp. 144-145, PAULO DE TARSO DOMINGUES, «(Alguns) traços jus-societários do regime insolvencial», *Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 483 e ss.

⁵³ V. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., pp. 114 e ss.

período de 2 a 10 anos»; inibição (*rectius*, incompatibilidade absoluta) para o exercício do comércio e para a «ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa», por igual período de 2 a 10 anos⁵⁴; «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»⁵⁵; «condenar as pessoas afectadas [pela qualificação, «nomeadamente administradores, de direito ou de facto, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas»: al. a) do n.º 2] a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos [sem dependência de pedido dos credores ou do administrador da insolvência], até às forças dos respectivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados» (“uma responsabilidade por *causação ou agravamento ilícitos (por violação activa ou omissiva de deveres da esfera jussocietária da administração) e culposos (com dolo ou negligência consciente e grosseira) da insolvência, subsidiária em relação ao devedor insolvente (mas solidária entre os sujeitos afectados pela qualificação) e, no conjunto dos sujeitos afectados, limitada ao montante do passivo não satisfeito*”⁵⁶).⁵⁷

Estes efeitos funcionam verdadeiramente como um *indutor da valência do regime obrigacional e de responsabilidade por incumprimento dos deveres de conduta previstos no art. 186.º CIRE (independentes da situação e declaração de insolvência efectiva*⁵⁸) e um *dissuasor de práticas de gestão que atirem a socie-*

⁵⁴ Para o registo das inibições, v. art. 189.º, 3, CIRE.

⁵⁵ Excluída no incidente limitado de qualificação de insolvência: art. 191.º, 1, c), CIRE.

⁵⁶ Transcrevo o que resumi em RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., pp. 123-125.

⁵⁷ Um outro efeito da insolvência culposa (em incidente limitado, porém, no caso em que o tribunal verifica que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente e não estando essa satisfação garantida por outra via: arts. 39.º, 1, 191.º, 1, CIRE) encontra-se, uma vez requerido o «complemento da sentença», no art. 39.º, 5, CIRE («reembolso das quantias despendidas às pessoas que, em *violação dos seus deveres como administradores*, se hajam absterido de requerer a declaração de insolvência do devedor, ou o tenham feito com demora»).

⁵⁸ V. CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores perante os credores entre o Direito das Sociedades e o Direito da Insolvência”, *IV Congresso de Direito da Insolvência*, coord.: Catarina Serra, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 200-201.

dade de uma situação de “impotência económica”⁵⁹ delicada para uma insolvência que termine na solução terminal da liquidação.

Por isso, neste regime é de notar que o art. 186.º, 2 (em comparação com o art. 186.º, 3, que reproduz apenas outros normativos para o efeito presuntivo), ajuda em muito a determinação de um conjunto de *deveres de conduta preventivos da insolvência efectiva*⁶⁰, que correspondem a uma verdadeira disciplina de *governança em situação de crise pré-insolvencial* que o nosso direito oferece – em respeito pelo indicado pela Proposta.

Como se tem destacado na nossa doutrina⁶¹, a maior parte dos comportamentos/deveres que nele se descrevem corresponde a *manifestações normativas e específicas do dever de lealdade* (e, portanto, do art. 64.º, 1, b), CSC)⁶², pois (o incumprimento desses deveres específicos) revela que houve aproveitamento indevido de bens ou recursos da sociedade, que serão causalmente adequados a causar ou a agravar a insolvência efectiva: als. b), d), e), f) e g) do art. 186.º, 2. Mas também nele se mobilizam *deveres legais específicos atinentes ao dever de cuidado* (relativo à tomada de decisões razoáveis nas als. a)⁶³ e c)). Por fim, as alíneas h) do n.º 2 e b) do n.º 3 do art. 186.º apresentam deveres legais específicos *autónomos* do período da insolvência provável⁶⁴.

Assim, não podemos deixar de concluir que os n.ºs 2 e 3 do art. 186.º CIRE se constituem no ordenamento jussocietário como *concretizações* do art. 64.º, 1, CSC (relevantes para uma responsabilidade perante a socie-

⁵⁹ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, *Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1992 (reimp.), p. 110.

⁶⁰ V. CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *loc. cit.*, p. 698. Numa outra perspectiva, CATARINA SERRA/JOSÉ GONÇALVES MACHADO, “Para uma harmonização mínima...”, *loc. cit.*, p. 164, defendem um dever concreto de “observar o que prescreve a lei no que respeita à insolvência e situações afins”.

⁶¹ Mais recentemente: COUTINHO DE ABREU, “Direito das sociedades e direito da insolvência: interações”, *IV Congresso de Direito da Insolvência*, coord.: Catarina Serra, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 187-188.

⁶² V. RICARDO COSTA, “Artigo 64.º”, *loc. cit.*, pp. 789-790 e n. (96), com referências.

⁶³ V. também os arts. 212.º, 1, e 227.º, 1, a), CPen.

⁶⁴ A al. i) (em conjugação com o art. 83.º CIRE) refere-se a uma conduta posterior à declaração de insolvência e não releva no período pré-insolvencial (com rigor, v. RUI PINTO DUARTE, “Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE”, *Escritos Jurídicos Vários: 2000-2015*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 741).

dade⁶⁵), e como *normas legais de protecção*⁶⁶ e *impositivas de deveres jurídicos específicos* (relevantes para a responsabilidade dos administradores perante credores, sócios e outros terceiros, de acordo com os arts. 78.º e 79.º CSC).

Bibliografia estrangeira consultada

BORK, Reinhard, "Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung", *ZIP*, 2001, p. 101; CAVALLINI, Cesare, "Amministratori e società insolvente: responsabilità e nuove frontiere della tutela (cautelare) prefallimentare", *RS*, 2016, p. 178; EIDENMÜLLER, Horst, "Die Eigenverwaltung im System des Restrukturierungsrechts", *ZHR*, 2011, p. 11; FERNÁNDEZ-RIO, Angel José, "La propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva", *ADConcursal*, 2017, p. 99; FLEISCHER, Holger, "§ 92", *Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1, §§ 1-149, Herausgegeben von Gerald Spindler und Eberhard Stilz, 3. Auflage, C. H. Beck, München, 2015, p. 1308; GÓMEZ ASENSIO, Carlos, "El alcance efectivo de la *business judgment rule* en el derecho español: una visión integradora desde el derecho de sociedades y el derecho concursal", *RdS*, 2015, p. 321; GUERRERA, Fabrizio, "Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell'impresa in crisi", *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, direzione di Michele Vietti/coordinamento scientifico: Piergaetano Marchetti/Daniele U. Santosuosso, Egea, Milano, 2013, p. 247; JAFFÉ, MICHAEL, "Die Eigenverwaltung im System des Restrukturierungsrechts", *ZHR*, 2011, p. 38; KLOCKNER, Stefan, "Die Aktiengesellschaft in der Insolvenz – Bestellung und Abberufung des Vorstands", *AG*, 2010, p. 780; LÉON SANZ, FRANCISCO JOSÉ, "La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia", *ADConcursal*, 2013, p. 75; LUCIANO, Alessandro M., "La gestione della s.r.l. nella crisi pre-concorsuale", *RS*, 2017, p. 405; MERKT, Hanno, "Compliance und Risikofrüherkennung in kleinen und mittleren Unternehmen", *ZIP*, 2014, p. 170; MONTALENTI, Paolo, "I doveri degli amministratori, degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi", *Diritto societario e crisi d'impresa*, a cura di Umberto Tombari, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 35; NIGRO, Alessandro, "La proposta di Direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese", *RivDCom*, 2017, p. 201; SCHMIDT, Karsten, "Bestellung und Abberufung des Vorstands in der Insolvenz einer Aktiengesellschaft", *AG*, 2011, p. 1; VEIL,

⁶⁵ Sobre a problematização doutrinal e jurisprudencial de o art. 64.º ser considerado como norma legal de protecção, ainda que reflexa ou mediadamente, de credores, sócios e outros terceiros, nomeadamente os referidos na al. b) do n.º 1, e utilizado como fonte de responsabilidade pelos arts. 78.º e 79.º CSC, v. RICARDO COSTA, "Artigo 64.º", *loc. cit.*, pp. 798-799.

⁶⁶ V. CARNEIRO DA FRADA, "A responsabilidade dos administradores na insolvência", *loc. cit.*, pp. 683 e ss., 694-695, COLTINHO DE ABREU, "Direito das sociedades e direito da insolvência: interações", *loc. cit.*, pp. 189-190.

Rüdiger, "Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht. Verlust des halben Kapitals, Pflicht zu ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung", *ZGR*, 2008, p. 374; WILLIAMS, Richard, "What can we expect to gain from reforming the insolvent trading remedy?", *MLR*, 2015, p. 55; ZABALETA DÍAZ, Marta, "El derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas concursales", *ADConcursal*, 2013, p. 195.

