

Deveres dos administradores antes da insolvência

https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte04_1

J. M. COUTINHO DE ABREU*

Resumo: Resulta da Diretiva sobre reestruturação e insolvência o dever de os administradores evitarem a insolvência quando existe a probabilidade de esta suceder. Será necessário ou conveniente que o legislador português transponha as disposições respetivas?

Palavras-chave: probabilidade de insolvência; interesses dos sócios e credores; dever de evitar a insolvência

Abstract: The Restructuring and Insolvency Directive imposes a duty on directors to avoid insolvency when there is a probability for it to occur. Is it necessary or appropriate for the Portuguese legislator to transpose the respective provisions?

Keywords: probability of insolvency; interests of shareholders and creditors; duty to avoid insolvency

O tema convoca o artigo 19.º da Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019 (sobre reestruturação e insolvência), que, sob a epígrafe «Obrigações dos administradores caso exista uma probabilidade de insolvência», diz assim: «Os Estados-Membros asseguram que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham em devida conta, pelo menos, os seguintes aspetos: /a) Os interesses dos credores, dos detentores de participações e das outras partes interessadas; /b) A necessidade de tomar medidas para evitar a insolvência; e /c) A necessidade de evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa.»

Sobre este preceito tive já oportunidade de escrever «Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência» em *V Congresso*

* Prof. Catedrático, Univ Coimbra, IJ, FDUC.

de Direito da Insolvência (coord. Catarina Serra), Coimbra: Almedina, 2019, 229-235. Por isso, o que a seguir direi é no essencial um exercício breve de rememoração, e seguindo a par e passo o que disse em 3 de junho de 2022 no Congresso Luso-Espanhol «A Transposição da Diretiva 2019/1023».

Antes, porém, quero lembrar que, depois daquele escrito, outros foram publicados em Portugal sobre o mesmo assunto: Alexandre de Soveral Martins, *Administradores de sociedades anónimas e responsabilidade dos administradores*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 339-350, Catarina Serra, «O dever de prevenção da insolvência na perspectiva dos deveres fundamentais dos administradores (a crescente encruzilhada do direito das sociedades e do direito da insolvência)», em *Diálogos com Coutinho de Abreu – Estudos oferecidos no aniversário do Professor* (organ. A. Soveral Martins, P. Tarso Domingues, Carolina Cunha, M. Elisabete Ramos, Ricardo Costa, Rui P. Dias), Coimbra: Almedina, 2020, p. 167-192; José Gonçalves Machado, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/EU», em <www.revistadedireitocomercial.com> (2022-02-15), p. 343-410.

1. Probabilidade de insolvência

Esta expressão, que aparece na epígrafe e no corpo do artigo 19.º da Diretiva, abrangerá no direito português tanto a insolvência iminente (cfr. o artigo 3.º, 4, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: CIRE) – situação em que se antevê como previsível que o devedor não terá meios para cumprir a generalidade das suas obrigações no momento em que se vençam – como a situação económica difícil (artigo 17.º-B do CIRE).

As fronteiras entre uma e outra situação são imprecisas. Mas em ambas há probabilidade, maior ou menor, mais ou menos eminente, de queda em situação de insolvência. Aliás, quer a situação económica difícil, quer a insolvência iminente são pressupostos para procedimentos de reestruturação empresarial como o PER (Processo Especial de Revitalização) e o RERE (Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas). E a Diretiva ocupa-se centralmente da «reestruturação preventiva».

2. Alínea b) do artigo 19.º

2.1. Significa ela que os administradores têm a obrigação ou dever de tomar medidas especificamente dirigidas à evitação da insolvência; devem iniciar diligências consideradas adequadas a esse fim.

Exemplos vários aparecem no considerando (70) da Diretiva: «procurar aconselhamento profissional, inclusive em matéria de reestruturação e insolvência, por exemplo recorrendo aos instrumentos de alerta precoce, se for caso disso; proteger o ativo da sociedade, de modo a maximizar o valor e evitar a perda de ativos essenciais; tomar em consideração a estrutura e as funções da empresa, a fim de analisar a sua viabilidade e reduzir as despesas; não obrigar a sociedade a tipos de transações suscetíveis de serem objeto de ações de impugnação pauliana, exceto se tal se justificar do ponto de vista empresarial; prosseguir a atividade, caso tal seja adequado a fim de maximizar o valor da empresa em atividade; estabelecer negociações com os credores e iniciar o processo de reestruturação preventiva».

2.2. Os administradores não devem, portanto, continuar a gerir rotineiramente. A situação exige gestão inovadora, adoção de medidas extraordinárias.

Nem devem, no caso de insolvência iminente, pedir a declaração judicial de insolvência da sociedade (faculdade em geral admitida: artigos 3.º, 4.º, 19.º do CIRE) quando esta seja reestruturável-viável. Isso não seria (tentar) evitar a insolvência, antes fazer com que ela fosse declarada e sujeitar a sociedade ao regime respetivo. Ainda que, no processo de insolvência, os administradores requeressem um plano de insolvência/recuperação, este deixaria de depender da sociedade (e seus administradores); aos credores, em exclusivo, competiria admitir ou não o plano, e o conteúdo dele não resultaria de um processo negocial entre a sociedade (representada pelos administradores) e os credores.

3. Diz-se às vezes que, em Portugal, o dever de evitar a insolvência já resulta do artigo 64.º do CSC (Código das Sociedades Comerciais) e do artigo 186.º do CIRE.

Porém, os deveres gerais de cuidado e de lealdade do artigo 64.º do CSC têm em mira o curso normal do processo empresarial e,

fundamentalmente, os interesses dos sócios; e os deveres de lealdade e de cuidado do artigo 186.º do CIRE são no essencial de conteúdo negativo (prescrevem o que não fazer).

Diversamente, o dever de evitar a insolvência é um dever (de conteúdo) positivo, que impõe a adoção de medidas adequadas ao saneamento da empresa quando exista uma probabilidade de a sociedade cair em situação insolvencial, com vista à salvaguarda dos interesses dos credores sociais, dos sócios e de outros *stakeholders*.

4. Diz-se também que nesta matéria é aplicável a *business judgment rule* (cfr. o artigo 72.º, 2, do csc).

Mas o dever de tentar evitar a insolvência é um dever vinculado, não admite discricionariedade ou liberdade de escolha entre nada fazer para prevenir a insolvência ou fazer algo que a evite, entre fazer alguma coisa que previsivelmente não evita a insolvência ou fazer algo que previsivelmente a evita.

Contudo, a regra já será aplicável quanto à escolha entre as diversas diligências racionalmente adotáveis para prevenir a insolvência – apesar de uma medida adotada não ter tido êxito, fez-se alguma coisa que, à partida, parecia razoável para evitar o desfecho insolvencial.

5. Alínea a) do artigo 19.º

5.1. Nas decisões sobre as medidas a adotar para evitar a insolvência, devem os administradores ter em conta «os interesses dos credores, dos detentores de participações e das outras partes interessadas».

5.2. Também foi dito que isso mesmo resulta já do artigo 64.º, 1, b), do csc.

Todavia, neste preceito os interesses dos sócios são os prevalecentes. Não só por aparecerem indicados em primeiro lugar, antecedidos de «atendendo», mas sobretudo porque são os sócios que, diferentemente dos credores, trabalhadores, etc., dispõem, na sistemática do Código, dos instrumentos necessários para fazer com que os administradores prossigam esses interesses: são os sócios que designam e destituem os administradores, e têm legitimidade para propor ações de responsabilidade civil contra os administradores. Poderes que os credores, trabalhadores, etc. não possuem – inclusive no âmbito das

ações de responsabilidade civil, vem-se entendendo que o artigo 64.º, 1, *b*), não é norma de proteção dos mesmos.

5.3. Na Diretiva, os interesses dos vários sujeitos interessados aparecem no mesmo plano. E, apesar de no considerando (71) ser dito que a Diretiva não visa estabelecer qualquer hierarquia entre as diversas partes cujos interesses têm de ser tomados em devida conta, facto é que os credores são mencionados em primeiro lugar. Mas mais: a Diretiva, a fim de facilitar a adoção de medidas prevenindo a insolvência, aditou no artigo 84.º da Diretiva codificadora em matéria de direito das sociedades (Diretiva 2017/1132) um preceito permitindo a derrogação de direitos dos sócios quando tal seja necessário para o estabelecimento dos regimes jurídicos de reestruturação preventiva.

Não significa isto um *shift of duties*? Mesmo que se entenda não haver na Diretiva uma relativa prevalência dos interesses dos credores, a identidade hierárquica ou de valor não será já um *shift* (relativamente à conceção tradicional)?

5.4. E justifica-se, na verdade, que em situação de probabilidade de insolvência prevaleçam os interesses dos credores. Porquanto o risco maior impende sobre os credores sociais. Agora (como antes), os sócios não têm direito à restituição das entradas ou do investimento feito na aquisição das participações sociais, nem têm direito (atual ou concreto) a lucros (inexistentes). Ao invés, os credores têm direito a que a sociedade satisfaça os seus créditos; se ela, no estado crítico atual, pode já não ter património suficiente para cumprir integralmente as suas obrigações, menos terá depois, previsivelmente, se os administradores, não estando obrigados a tentar a recuperação (viável), continuarem a atuar exclusiva ou preferencialmente no interesse dos sócios. Com isto pretendo também assinalar uma certa contraposição entre direitos e interesses.

6. O legislador português não procedeu a uma transposição explícita das disposições das alíneas *a*) e *b*) da Diretiva. Indeidamente, penso.

6.1. Resta interpretar o artigo 64.º, 1, do csc em conformidade com aquelas disposições.

6.2. Resultará desta interpretação que a violação do dever de tomar medidas para evitar a insolvência habilita os credores, trabalhadores, etc. a ações de responsabilidade civil contra os administradores por se entender que o artigo 64.º, 1, passa a valer como norma legal de tutela de interesses daqueles sujeitos nas situações de probabilidade de insolvência?...