

O dever de apresentação à insolvência na transposição da diretiva (UE) 2019/1023

https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte06_3

IGOR SILVA DE LIMA*

Resumo: A Diretiva (UE) 2019/1023 (a “Diretiva”) foi adotada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia com o propósito de dispor sobre regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas. Essencialmente, a Diretiva teve o efeito de estabelecer incentivos para que, em cenários de crise econômica e/ou financeira, e desde que se vislumbre haver perspectiva de restabelecimento da viabilidade econômica, administradores de sociedades adotem preventivamente esforços de reestruturação, de modo a evitar a sua insolvência. A transposição da Diretiva para o ordenamento jurídico Português, efetuada por meio da Lei n.º 09/2022, de 11 de janeiro, deu-se sem que tenham sido feitas modificações significativas ao regramento até então existente no regime de deveres e responsabilidade de administradores. No presente trabalho, pretendemos fazer uma breve análise dos impactos da transposição da Diretiva relativamente ao dever de apresentação de sociedades comerciais à insolvência em situação econômica difícil ou de insolvência iminente, bem como apresentar algumas considerações acerca da conduta a ser adotada por administradores no contexto de crise. Apesar de já haver sido transposta, a Diretiva deve permanecer a nortear a conduta de administradores de sociedades que

* Doutorando em Direito (Ciências Jurídico-Empresariais) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. LL.M em Corporate Law pela University College London. Sócio das áreas de Societário e M&A e Reestruturação e Insolvência de BMA – Barbosa, Müssnich, Aragão Advogados (Brasil).

se encontrem em dificuldades e, também, a interpretação das normas presentes no ordenamento jurídico Português pelos Tribunais.

Palavras-chave: administração de sociedades; deveres e responsabilidade; insolvência; reestruturação.

Abstract: Directive (EU) 2019/1023 (the “Directive”) was adopted by the European Parliament and the Council of the European Union for the purpose of providing on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt. Essentially, the Directive had the effect of establishing incentives for directors/managers of companies within scenarios of economic and/or financial crisis, and as long as there is a prospect of recovering their economic viability, to adopt restructuring efforts preventively in order to avoid insolvency. The Directive was transposed into the Portuguese legal system upon the enactment of Law no. 09/2022, of 11 January, which did not bring significant amendments to rules on duties and liability of directors/managers that were already in force and effect. We intent to carry out an analysis of the impacts of the transposition of the Directive on rules concerning the duty to file for a formal insolvency proceeding when a company is undergoing economic distress or is approaching the zone of insolvency. We also submit a few propositions on the conduct to be followed by directors/managers in the context of crisis. Even though the Directive has already been transposed, it shall remain guiding the conduct of directors/managers of companies facing economic and/or financial difficulties and the interpretation, by the Courts, of the relevant rules provided for under the Portuguese legal system.

Keywords: company management; duties and liability; insolvency; restructuring.

Sumário: Considerações Iniciais. 1. O Artigo 19 da Diretiva e o regime jurídico Português. 1.1. Objetivos almejados pela Diretiva e a rescue culture. 1.2. Deveres de administradores no regime jurídico Português. 2. Alterações (pontuais) ao CSC e CIRE por força da transposição da Diretiva. 3. Contributos sobre a conduta de administradores de sociedades em crise. Bibliografia

Considerações iniciais

Em decorrência da expansão do comércio internacional e da contínua integração dos mercados no panorama global, com o conseqüente aprofundamento da interligação e interdependência entre agentes econômicos localizados em jurisdições distintas, observou-se nos últimos anos um aumento na preocupação quanto à conveniência de se buscar, tanto quanto possível, uma uniformização (ou harmonização), inclusive no âmbito da União Européia (a “UE”), de regras destinadas a regular questões relativas a direito das sociedades comerciais e ao direito insolvencial¹. O tema assume especial relevância em cenários de crise econômica e/ou financeira de um dado agente econômico com atividades e/ou ativos situados em mais de uma jurisdição, haja vista que os efeitos da referida situação de crise se projetam de forma transfronteiriça.

Foi também nesse contexto que se deu o advento da Diretiva (UE) 2019/1023 (a “Diretiva”), dispondo “sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas”.² A transposição da Diretiva ao ordenamento jurídico Português foi efetivada por meio da Lei n.º 09/2022, de 11 de janeiro, a qual promoveu alterações, dentre outros, ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (o “CIRE”) e ao Código das Sociedades Comerciais (o “CSC”).

¹ Para uma síntese das iniciativas voltadas para uma potencial harmonização de aspectos relacionados ao direito das sociedades e de insolvência no âmbito da União Européia, ver Paul J. OMAR, «The European initiative on wrongful trading», *Insolvency Lawyer* 6 (2003) 240 a 243; e Paulo de Tarso DOMINGUES, «A transposição, na vertente societária, da Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência (Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019)», *Direito das Sociedades em Revista*, 27 (2022) 221-241, 221 a 224.

² Ver David Sequeira DINIS / Raquel Cardoso NUNES, «A Diretiva (UE) 2019/1023 e a Reestruturação Preventiva das Empresas», *Revista de Direito da Insolvência* 5 (2021) 153-174, 154-155. Releva ressaltar que a Diretiva não teve o condão ou efeito de promover uma efetiva harmonização dos deveres gerais de administradores de sociedades comerciais (deveres fiduciários), muito embora dispusesse ela acerca de outros deveres aplicáveis a administradores. Sobre o tema, ver Michelle van HAREN, «The Restructuring Directive and Its Impact on Directors’ Duties and Liabilities in the Netherlands, Germany, and the United Kingdom», in Jennifer L. L. GANT, *Harmonisation of Insolvency and Restructuring Laws in the EU*, Nottingham: INSOL Europe, 2020, 38-50, 39.

No presente trabalho, analisaremos se e em que medida a transposição da Diretiva, em especial dos comandos normativos insertos no seu artigo 19, impactou o regramento então em vigor em Portugal relativamente ao dever de apresentação de sociedades comerciais à insolvência nas hipóteses que o CIRE assim o determina, bem como quanto à potencial responsabilização de administradores em decorrência da eventual violação do referido dever. Desse modo, cumpre ressaltar que não trataremos em detalhe de questões relativas ao regime jurídico de responsabilidade civil de administradores em Portugal (legitimidade ativa para a propositura de ação, procedimento, fatores de exoneração de responsabilidade, valor da indenização a ser fixada, etc.), exceto naquilo que for estritamente pertinente ao tema objeto da análise aqui empreendida.

Tendo em vista que a Diretiva já foi transposta, parece-nos fora de propósito analisar de forma pormenorizada o teor de discussões havidas no período anterior à sua transposição. De todo modo, quando necessário para a articulação de nossos argumentos neste trabalho, faremos incursões pontuais em referidas discussões. Sendo assim, além de identificarmos as modificações efetuadas no CIRE e CSC com respeito ao tema, entendemos relevante tocarmos em alguns aspectos gerais relacionados ao dever de apresentação à insolvência e a objetivos do Parlamento Europeu e do Conselho da UE, refletidos na Diretiva.

1. O Artigo 19 da Diretiva e o Regime Jurídico Português

1.1. Objetivos almejados pela Diretiva e a *rescue culture*

É assente que um dos principais objetivos visados pela Diretiva era o de que os Estados Membros contemplassem em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos mecanismos aos quais, diante de uma probabilidade de insolvência, pudessem os devedores recorrer para proceder à reestruturação preventiva de seu endividamento, obrigações e/ou atividades, de modo a evitar a insolvência e garantir a sua viabilidade.³ Daí porque se admitir que a Diretiva incorporava, em alguma

³ Conforme se depreende do Considerando (1) e artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva. Na doutrina, ver David Sequeira DINIS / Raquel Cardoso NUNES, 154 (inclusive nota 5); e Sérgio Coimbra HENRIQUES, «The Duties of Directors When There Is a

medida, a chamada cultura de resgate.⁴

Entretanto, cumpre notar que a própria Diretiva contém ressalva no sentido de que os referidos mecanismos de reestruturação preventiva deveriam ser utilizados somente quando, apesar das dificuldades financeiras enfrentadas, houvesse efetiva perspectiva de viabilidade econômica do devedor e, portanto, de seu soerguimento. Com efeito, a Diretiva pretendeu incentivar a adoção de medidas preventivas de resgate e reestruturação do devedor em crise, de modo a evitar que, premidos pelos riscos associados a uma potencial demanda visando à sua responsabilização, administradores empurrassem precocemente a um procedimento formal de insolvência (com todas as consequências negativas oriundas da sua liquidação) sociedades comerciais que, a despeito das dificuldades enfrentadas, são ainda economicamente viáveis.⁵

Para as situações em que as dificuldades financeiras são de tamanha severidade a ponto de revelar que o devedor em questão é economicamente inviável, ou que sua viabilidade econômica não possa ser rapidamente restabelecida, de modo que a continuidade de suas atividades e os eventuais esforços de reestruturação poderão contribuir para o agravamento da situação, em prejuízo de credores, trabalhadores e outras partes interessadas, do próprio mercado em que o devedor se insere e da economia como um todo, a liquidação do devedor, com a rápida realização (venda) de seus bens e direitos e uso dos recursos auferidos no pagamento aos credores, é o caminho a ser seguido pelos administradores.⁶

O artigo 19.º da Diretiva, em particular, estabelece as obrigações de administradores caso exista uma probabilidade de insolvência, determinando que deverão eles, em tais circunstâncias, não apenas levar em consideração os interesses de credores (partes interessadas ali definidas que interessam para o presente trabalho) e evitar a adoção de conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade

Likelihood of Insolvency and the Proposal for a New Directive», *European Company Law Journal* 16/2 (2019) 50-57, 52 (inclusive nota 17).

⁴ Para uma análise da natureza e funções da *rescue culture*, ver Muir HUNTER, «The Nature and Functions of a Rescue Culture», *Commercial Law Journal* 104/4 (1999) 426-463.

⁵ A propósito do tema, ver Considerandos (1) a (3) e (15) a (16) da Diretiva.

⁶ A propósito do tema, ver Considerandos (3) e (22) da Diretiva.

da empresa, mas também atuar de forma zelosa e diligente e adotar as medidas que sejam necessárias para evitar a insolvência (esta última, referida como obrigação de conteúdo positivo).⁷

1.2. Deveres de administradores no regime jurídico Português⁸

O artigo 64.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, do CSC estabelece os deveres fundamentais de administradores de sociedades comerciais que, por sua vez, compreendem condutas gerais a serem por eles observadas e/ou adotadas no desempenho de suas funções, na persecução do interesse social. Considerando que o dispositivo legal contém disposições amplas e genéricas, coube à doutrina propor as devidas concretizações, de modo a permitir operar seu alcance e efeitos.

Além de disponibilidade para o exercício das respectivas funções, os indivíduos eleitos a cargos de administração de sociedades comerciais deverão ser dotados de competência técnica e de conhecimento das atividades exploradas pela sociedade, adequados ao desempenho de referidas funções, bem como empregar no seu exercício a diligência de um gestor criterioso e ordenado. Trata-se do *dever de cuidado*, que compreende o dever de controle ou vigilância organizativo-funcional da sociedade, o dever de atuação procedimentalmente correta para

⁷ Há, na doutrina, entendimento quase consensual de que, a despeito de a redação do artigo 19.º da Diretiva não ser tão assertiva, o comando nele inserido é tanto de teor obrigacional para a adoção de medidas destinadas a mitigar prejuízos a credores e a evitar a insolvência quanto o era o artigo 18.º da então Proposta de Diretiva (predecessor do referido artigo 19.º). Nesse sentido, ver, por exemplo, J. M. Coutinho de ABREU, «Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência», in Catarina SERRA, coord., *V Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2019, 229-235, 230-232; e José Gonçalves MACHADO, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE», *Revista de Direito Comercial*, 2022, 343-410, 359 a 363; 371 a 376; 378 a 381; e 408 a 410. Para entendimento de acordo com o qual a redação final do artigo 19.º da Diretiva não constitui efetivamente uma obrigação de os administradores atuarem de modo a evitar a insolvência, ver Alexandre de Soveral MARTINS, «“Em casa onde não há pão, toda a gente ralha e ninguém tem razão”: A propósito do dever de apresentação à insolvência e do dever (?) de evitar a insolvência», *Revista de Direito da Insolvência* 5 (2021) 57-58.

⁸ Não serão objeto de análise no presente estudo questões relativas a deveres contratuais (estatutários) a que os administradores de sociedades possam estar sujeitos, tampouco quanto ao dever geral de observância e cumprimento às normas específicas de proteção a credores que não o dever de apresentação à insolvência.

a tomada de decisões, e o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis.⁹

Ademais, têm os administradores a obrigação de absterem-se de praticar atos motivados por interesses pessoais próprios ou de terceiros¹⁰, e de atuar de modo que as decisões de gestão sejam tomadas levando-se em consideração as opções que, no entender dos administradores, atuando de boa-fé, possam promover da melhor forma o interesse social. Ao fazê-lo, deverão ainda os administradores levar em conta também interesses de outros *stakeholders*, dentre os quais os credores sociais¹¹, atuando eles, desse modo, em benefício da sustentabilidade da própria sociedade. Trata-se do *dever de lealdade*, no âmbito do qual os administradores deverão comportar-se com correção em operações e negócios com a sociedade, abster-se de concorrer com as atividades da sociedade, e não poderão aproveitar, em benefício próprio, oportunidades de negócios, bens e informações da sociedade e tampouco abusar do estatuto ou da sua posição de administradores.¹²

A análise detida do artigo 64.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, do CSC revela que o comando normativo contido no artigo 19.º da Diretiva já se encontrava compreendido nos deveres de cuidado e de lealdade impostos aos administradores de sociedades comerciais.¹³

⁹ Para concretizações dos deveres de cuidado e lealdade dos administradores, ver J. M. Coutinho de ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, 19.

¹⁰ Ver Ricardo COSTA, «Artigo 64º (Deveres fundamentais)», in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. 1, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, 787.

¹¹ Mas ainda assim, sempre pautando-se no interesse da própria sociedade (que, via de regra, não coincide com os interesses de credores sociais em geral). Ver José Gonçalves MACHADO, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE», 363 a 365.

¹² Ver J. M. Coutinho de ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 26 a 34.

¹³ No sentido de que especificamente o dever de cuidado já compreenderia o disposto no artigo 19.º da Diretiva, ver Alexandre de Soveral MARTINS, «Em casa onde não há pão, toda a gente ralha e ninguém tem razão», 59. No entanto, o citado autor não deixa claro se, ao fazê-lo, também admite que os administradores não teriam, no âmbito dos deveres de cuidado e de lealdade previstos no artigo 64.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, do CSC, a obrigação de adotar medidas e providências que visem a evitar a insolvência da sociedade. Isso porque com o emprego da expressão “perante o exposto”, parece que pretendeu o citado autor manifestar entendimento de que não seria necessário alterar o artigo 64.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, do CSC justamente pelo fato

Sem prejuízo de o artigo 64.º, n.º 1, alínea *b*), do CSC já determinar que os administradores devem sempre ponderar os interesses de credores sociais, a depender das circunstâncias, a sociedade pode se encontrar em situação econômica difícil (artigo 17.º-B, do CIRE) ou diante de uma insolvência iminente¹⁴, demandando que os indivíduos à frente de sua gestão e operações atuem de modo a promover o *turnaround* da sociedade, mediante a implementação de uma reestruturação (do endividamento, outras obrigações ou mesmo de suas atividades), minimizar os prejuízos a credores sociais e, em última instância, evitar a insolvência.¹⁵

Se ao tempo da decisão a ser tomada pelos administradores a situação de insolvência já houver se configurado, deverão eles proceder à apresentação da sociedade à insolvência, conforme determinam os artigos 18.º e 19.º do CIRE. O artigo 18.º do CIRE, em particular¹⁶, caracteriza-se como norma de proteção a credores¹⁷, de perigo abstrato¹⁸.

de que o artigo 19.º da Diretiva não contém redação semelhante à do artigo 18.º da então Proposta de Diretiva (o que, no entender do citado autor, afastou a existência de uma obrigação de que os administradores deveriam atuar para evitar a insolvência). Para pistas bibliográficas a respeito da discussão sobre o tema, remetemo-nos à nota 8.

¹⁴ Ainda que a *insolvência iminente* não tenha sido definida legalmente, tal conceito é referido em diversos dispositivos do CIRE, nomeadamente no artigo 1.º, n.ºs 2 e 3; artigo 3.º, n.º 4; artigo 17.º-A, n.º 1; artigo 23.º, n.º 2, alínea *a*); artigo 120.º, n.º 5, alínea *b*); artigo 222.º-A, n.º 1; e artigo 252.º, n.º 4.

¹⁵ Daí se admitir que quando as circunstâncias apontam que a sociedade está a se aproximar de uma zona em que a insolvência pode se tornar inevitável, os deveres dos administradores passam a ser (em alguma medida) orientados, iluminados, prioritariamente pelos interesses dos credores. Sobre o tema, ver J. M. Coutinho de ABREU, «Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência», 230 e 231.

¹⁶ O artigo 19.º do CIRE concerne apenas a quem compete formular o pedido.

¹⁷ No sentido de que normas que prevejam a obrigação dos administradores de apresentarem a sociedade à insolvência são destinadas à proteção de credores, ver Michelle van HAREN, «The Restructuring Directive and Its Impact on Directors' Duties and Liabilities in the Netherlands, Germany, and the United Kingdom», 41, 43 e 48.

¹⁸ Para uma análise mais desenvolvida da expressão e dos efeitos sobre a distribuição do ônus probatório em eventual discussão sobre a potencial responsabilidade de administradores pela não apresentação da sociedade à insolvência, ver Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, «Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência», *Revista de Direito Comercial* (2018) 602-604 (ressalve-se que a ponderação do citado autor teve por base o disposto no artigo 18.º da então Proposta de Diretiva; o que, porém, não afeta ou invalida a conclusão apontada, mesmo quando a análise parte do disposto no artigo 19.º da Diretiva).

Uma vez instaurado o procedimento, abre-se a oportunidade para que se lance um olhar retrospectivo para escrutínio da conduta dos administradores nos três anos anteriores ao início do processo. Caso a situação de insolvência ou o seu agravamento seja resultado de atos ou omissões, por dolo ou culpa grave, de administradores, a insolvência poderá ser qualificada como culposa, atraindo a potencial responsabilidade solidária dos administradores afetados, nos termos dos artigos 186.º, n.ºs 1 a 5, e 189.º, n.ºs 1 a 4, do CIRE, os quais, é possível argumentar, também já compreendiam o racional jurídico constante do artigo 19.º da Diretiva.¹⁹

2. Alterações (pontuais) ao CSC e CIRE por força da transposição da Diretiva

A transposição da Diretiva, realizada por meio da Lei n.º 09/2022, deu-se sem que tenham sido efetuadas alterações significativas ao regime existente no ordenamento jurídico Português. Em outras palavras, poucas foram as modificações a dispositivos do CSC e do CIRE decorrentes da dita transposição, sendo que apenas uma delas trata propriamente de responsabilidade de administradores. Sendo assim, apontaremos a seguir, em apertada síntese, as alterações que, a nosso ver, guardam relação direta e sejam significativas para a discussão do tema ora em análise.

Com efeito, conforme a nova redação do artigo 18.º, n.º 2, alínea *a*), do CIRE, excetuam-se do dever de apresentação à insolvência os administradores de sociedades que tenham iniciado processo especial de revitalização durante o período de suspensão das medidas de execução previsto no artigo 17.º-E, n.ºs 1 e 2. Tal alteração tem por fim dar efeito ao objetivo preconizado pela Diretiva, qual seja, oferecer mecanismos e incentivos para que administradores de sociedades evidenciem esforços de reestruturação preventiva quando forem elas economicamente viáveis, de modo a se evitar sua insolvência. Sendo assim, uma vez que os administradores tenham optado por dar início a um processo de revitalização, suspenso estará o dever de apresentação da sociedade à insolvência.

¹⁹ Sobre o assunto, ver Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, «Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência», 621-622.

O n.º 3 do artigo 186.º do CIRE também sofreu alteração por ocasião da transposição efetuada, ainda que referida modificação não decorra propriamente do que determinava de maneira geral a Diretiva. Em outras palavras, o legislador Português aproveitou a oportunidade para colocar fim à discussão observada na doutrina e na jurisprudência a respeito do efetivo alcance da presunção prevista no referido dispositivo legal para o caso de os administradores de determinada sociedade deixarem de apresenta-la à insolvência quando, dadas as circunstâncias do caso concreto, estivessem obrigados a tanto. Com a nova redação conferida ao n.º 3 do artigo 186.º do CIRE, se, estando obrigados a fazê-lo, os administradores de uma dada sociedade deixarem de apresentá-la a insolvência, operará em seu desfavor **unicamente** presunção de culpa grave, restando ainda necessário que seja demonstrada a existência denexo de causalidade entre a não apresentação e a criação da situação de insolvência ou seu agravamento.²⁰

Ainda, foi acrescido um novo n.º 4 ao artigo 35.º do CSC para estabelecer que a instauração de um processo de reestruturação previsto no CIRE torna inaplicável, durante a pendência do referido processo, o disposto nos números anteriores com relação a medidas a serem tomadas em virtude da constatação da perda de metade do capital social do devedor.

3. Contributos sobre a conduta de administradores de sociedades em crise

Cabendo aos administradores avaliar as circunstâncias do caso concreto para, então, determinar o curso de ação para uma sociedade que se encontre em um contexto de crise, parece-nos fora de dúvida que a aferição da probabilidade de insolvência dependerá da definição do correto e adequado comparativo a adotar. Sendo a liquidação a alternativa mais provável no caso de inexistirem esforços de reestruturação ou, tendo havido (tais como discussões extrajudiciais para a obtenção de *standstill*, o eventual *rescheduling* de obrigações e dívidas, a concessão de *haircuts*, dentre outros), restarem eles infrutíferos, a apresentação à insolvência seria a medida a se impor.

²⁰ Para uma análise mais detida sobre o assunto (ainda que baseada na então Proposta de Diretiva), ver Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, «Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência», 596 a 606.

Inúmeras são as nuances e filigranas da análise a ser feita pelos administradores para a tomada de decisão quanto às potenciais soluções que se afiguram mais adequadas, entre a atuação atempada e esforços de reestruturação para evitar a insolvência, a apresentação da sociedade à insolvência com a perspectiva de posteriormente submeter um plano visando ao eventual soerguimento do devedor²¹, ou a mera apresentação da sociedade à insolvência para sua liquidação (realização dos ativos e emprego dos recursos provenientes no pagamento a credores). Eventualmente, a abertura do procedimento de insolvência, com a rápida venda e transferência do conjunto de bens e direitos (e respectivas linhas de negócio), organizados de modo que permita a um terceiro explorá-los (como *going concern*) de forma mais eficiente, preservando-se, dessa forma, a unidade produtiva, os postos de trabalho e outros interesses que gravitam em seu entorno, pode ser a medida mais adequada sob a perspectiva de mitigação de prejuízos aos credores.²²

A depender das condições e especificidades presentes no caso concreto, a solução para a crise da sociedade poderá demandar a tomada de medidas e providências distintas.²³

Releva notar que a priorização de uma potencial reestruturação preventiva, a nosso ver, não retira dos administradores a discricionariedade empresarial, dado que seguirá competindo a eles avaliar a situação econômico-financeira da sociedade e, conforme o caso, apresentá-la à insolvência ou empreender esforços de reestruturação. Mesmo que, a partir do momento em que os administradores vislumbrem (ou devessem vislumbrar) uma probabilidade de insolvência, passem a incidir, em face deles, deveres específicos de buscar uma

²¹ Ver José Gonçalves MACHADO, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE», 378.

²² Sobre a utilidade de procedimentos de insolvência (liquidação) para a preservação do conjunto organizado de ativos do devedor e manutenção da atividade desempenhada por meio deles, ainda que sob o comando e titularidade de outro agente econômico, ver José Gonçalves MACHADO, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE», 364, 370 (nota 50) e 381; e Igor Silva de LIMA / Gustavo dos Reis LEITÃO, «Reflexões sobre o Plano de Credores na Reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falências», in Ronaldo VASCONCELOS *et. al.*, *Reforma da Lei de Recuperação e Falência*, São Paulo: Editora IASP, 2021, 625-648, 632.

²³ Ver José Gonçalves MACHADO, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE», 367.

reestruturação preventiva, preserva-se uma elevada dose de discricionariedade empresarial na avaliação dos elementos disponíveis e determinação da solução mais adequada para as dificuldades enfrentadas pela sociedade.

É indiscutível a dificuldade que administradores de sociedade em crise são obrigados a enfrentar para a avaliação da situação econômico-financeira da sociedade em questão e tomada de decisão, seja para a condução de esforços de reestruturação (e quais medidas e providências a tomar nesse contexto), seja para a apresentação à insolvência. A própria identificação da efetiva probabilidade (ou inevitabilidade) da insolvência é tarefa por vezes difícil de cumprir.²⁴

Ainda, não se pode olvidar que esforços de reestruturação não podem ser manejados com fins oportunistas, com a finalidade de meramente dar a impressão de que os administradores se empenharam (ainda que de forma inadequada ou não atempada) para evitar a insolvência, de modo a tentarem se eximir de uma eventual responsabilidade.²⁵

Por fim, ressaltamos que mesmo após sua transposição para o ordenamento jurídico Português, ainda assim a Diretiva – inclusive o disposto em seus Considerandos (70) e (71) – se afigura como fonte a nortear não apenas os administradores com relação à conduta que deva ser por eles assumida em cenários de crise econômico-financeira envolvendo sociedades, mas também os próprios Tribunais na interpretação das normas existentes (e que restaram inalteradas) que tratam dos deveres de administradores e do regime jurídico de responsabilidade a eles aplicável.²⁶

²⁴ Para variações quantitativas e qualitativas para a aferição do grau de probabilidade de ocorrência de insolvência se uma reestruturação não for efetuada, ver José Gonçalves MACHADO, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE», 358 e 359 (nota 26). Essas variações podem auxiliar os administradores na avaliação da situação e tomada de decisão.

²⁵ Ver Alexandre de Soveral MARTINS, «Em casa onde não há pão, toda a gente ralha e ninguém tem razão», 58 (nota 21).

²⁶ Ver, sobre o tema, Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, «Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência», 627; e Michelle van HAREN, «The Restructuring Directive and Its Impact on Directors' Duties and Liabilities in the Netherlands, Germany, and the United Kingdom», 46 e 48-50.

Bibliografia

- ABREU, J. M. Coutinho de, «Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência», in Catarina SERRA, coord., *V Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2019, 229-235.
- *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2010.
- COSTA, Ricardo, «Artigo 64º (Deveres fundamentais)», in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2017, 787-808.
- DINIS, David Sequeira / NUNES, Raquel Cardoso, «A Diretiva (UE) 2019/1023 e a Reestruturação Preventiva das Empresas», *Revista de Direito da Insolvência* 5 (2021) 153-174.
- DOMINGUES, Paulo de Tarso, «A transposição, na vertente societária, da Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência (Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019)», *Direito das Sociedades em Revista* 27 (2022) 221-241.
- HAREN, Michelle van, «The Restructuring Directive and Its Impact on Directors' Duties and Liabilities in the Netherlands, Germany, and the United Kingdom», in Jennifer L. L. GANT, *Harmonisation of Insolvency and Restructuring Laws in the EU*, Nottingham: INSOL Europe, 2020, 38-50.
- HENRIQUES, Sérgio Coimbra, «The Duties of Directors When There Is a Likelihood of Insolvency and the Proposal for a New Directive», *European Company Law Journal* 16/2 (2019) 50-57.
- HUNTER, Muir, «The Nature and Functions of a Rescue Culture», *Commercial Law Journal* 104/4 (1999) 426-463.
- LIMA, Igor Silva de / LEITÃO, Gustavo dos Reis, «Reflexões sobre o Plano de Credores na Reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falências», in Ronaldo VASCONCELOS *et. al.*, *Reforma da Lei de Recuperação e Falência*, São Paulo: Editora IASP, 2021, 625-648.
- MACHADO, José Gonçalves, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE», *Revista de Direito Comercial* (2022) 343-410.
- MARTINS, Alexandre de Soveral, «“Em casa onde não há pão, toda a gente ralha e ninguém tem razão”: A propósito do dever de apresentação à insolvência e do dever (?) de evitar a insolvência», *Revista de Direito da Insolvência* 5 (2021) 49-70.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, «Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência», *Revista de Direito Comercial* (2018) 533-628.

OMAR, Paul J., «The European initiative on wrongful trading», *Insolvency Lawyer* 6 (2003) 239-249.