

COLÓQUIOS

DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
COMÉRCIO,
SOCIEDADES E INSOLVÊNCIAS

3.^a EDIÇÃO

26.JANEIRO.2023
SALÃO NOBRE DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

COLEÇÃO LIVROS DIGITAIS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta coleção tem como objectivo principal coligir, de forma sistemática, os textos que resultem das comunicações levadas a efeito no Ciclo de Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça, atividade sistémica inserida no Plano de Atividades da atual presidência do Supremo Tribunal de Justiça. Tem por escopo disponibilizar, a toda a comunidade jurídica, o acesso livre e gratuito dos conteúdos dos colóquios, de uma forma universal, potenciada pelo modo de divulgação/disponibilização digital.

Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
Juiz Conselheiro Henrique Araújo

Chefe do Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
Juíza Desembargadora Gabriela Cunha Rodrigues

Ficha Técnica

Coordenação Institucional e Científica

Juíza Conselheira Ana Paula Boularot
Presidente Emérita da 6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça

Juíza Conselheira Graça Amaral
Presidente da 6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça

Juiz Conselheiro Ricardo Costa
6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça

Produção Executiva e Revisão

Juíza de Direito Sandra dos Reis Luís
Adjunta do Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Coordenação Executiva do Colóquio

Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Fotografia

Eduardo Pimenta
págs. 4, 5, 29, 57

Ana Coelho, Técnica Especialista do Gabinete
do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
págs. 6, 11, 81, 83

Grafismo

Ana Oliveira Pinto, Designer

Esta publicação não adopta o novo Acordo Ortográfico, deixando-se essa opção ao critério dos autores.

Edição: Dezembro de 2023

ISBN
978-989-53058-6-5

Sempre que desejar voltar ao índice, clique



ÍNDICE

07 DISCURSO DE ABERTURA

Henrique Araújo
Juiz Conselheiro
Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

10 DEVERES FUNDAMENTAIS DOS ADMINISTRADORES

Manuel Carneiro da Frada
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

12 BREVES NOTAS SOBRE OS DIREITOS DOS TRABALHADORES E A PROPOSTA DE DIRETIVA RELATIVA AO DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS EM MATÉRIA DE SUSTENTABILIDADE

Teresa Coelho Moreira
Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho

28 CONTENCIOSO SOCIETÁRIO: DESENVOLVIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Pedro Caetano Nunes
Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
(*Nova School of Law*)

30 CONSEQUÊNCIAS DO ATRASO NA APRESENTAÇÃO À INSOLVÊNCIA DAS PESSOAS COLECTIVAS E DAS PESSOAS SINGULARES

Maria de Fátima Ribeiro
Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
(Escola do Porto)

58 A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO FUNDAMENTO DE NÃO-HOMOLOGAÇÃO DO(S) PLANO(S)

Carolina Cunha
Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

82 ENCERRAMENTO

Graça Amaral
Juíza Conselheira
Presidente da 6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça

Clique para assistir ao Colóquio na íntegra.







Henrique Araújo

Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

O Supremo Tribunal de Justiça tem realizado várias conferências e colóquios sobre os mais variados temas ligados ao Direito e à prática judiciária, com a participação de prestigiados juristas e de especialistas em matérias que de algum modo se conexas com a vida nos tribunais.

A valia jurídico-científica das comunicações produzidas impõe-nos o dever de encontrar os meios de divulgação mais expeditos e práticos para fazer chegar esses conhecimentos ao maior número possível de beneficiários.

Os livros digitais (*e-books*) são uma das ferramentas mais eficazes de divulgação de conteúdos, aliando a vantagem da praticidade ao insignificante encargo financeiro de edição, e permitindo ao beneficiário a consulta gratuita dos textos.

Por isso, esta forma de divulgação dos conteúdos das intervenções em conferências e colóquios passará a estar disponível na página oficial do Supremo Tribunal de Justiça, esperando-se que assim se atinja o objetivo de disponibilizar a toda a comunidade jurídica e aos cidadãos em geral a informação mais atualizada e completa sobre as matérias de interesse jurídico e judiciário.



DISCURSO DE ABERTURA

Henrique Araújo

Juiz Conselheiro
Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Clique para assistir.



- Senhor Vice-Procurador-Geral da República, em representação da Senhora Procuradora-Geral
- Senhora Bastonária da Ordem dos Advogados
- Senhores Juízes Conselheiros
- Senhoras Vice-Presidentes dos Tribunais da Relação de Lisboa e Guimarães, em representação da Senhora Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa e do Senhor Presidente do Tribunal da Relação de Guimarães.
- Senhores Magistrados Judiciais e do Ministério Público.
- Senhor Bastonário da Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução
- Senhora Dra. Ana Cristina Pena e Silva, em representação da Senhoras Bastonária da Ordem dos Contabilistas Certificados
- Senhor Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
- Senhor Presidente da Associação Portuguesa dos Administradores Judiciais.
- Ilustres Oradores e Moderadores
- Distintos Convidados
- Minhas Senhoras e meus Senhores

Na abertura desta 3ª edição dos Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça dedicados ao Comércio, Sociedades e Insolvências, dirijo uma saudação especial aos Ilustres Colegas da 6ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, a quem compete a apreciação dos recursos nesta específica área do Direito.

Uma saudação afetuosa também a todos os distintos oradores e moderadores, a quem agradeço a disponibilidade para participarem neste evento.

Estes Colóquios tiveram a sua primeira edição no dia 22 de Janeiro de 2020, por iniciativa da Senhora Juíza Conselheira Ana Paula Boularot, que então presidia à 6ª Secção, e que com grande entusiasmo e empenho abriu o caminho que hoje aqui prosseguimos.

A pandemia impediu a realização dos Colóquios no ano de 2021, mas no ano transato, precisamente neste mesmo dia do mês de janeiro, realizou-se a segunda edição.

Nessa ocasião, referi o seguinte:

“O ciclo pandémico, que já se arrasta há dois anos, tem sido extremamente duro para as famílias e para as empresas, devastando umas e outras.

(...), não podemos ser otimistas ao ponto de pensar que o pior já passou, que as consequências do choque social e económico provocadas pela pandemia já se fizeram sentir. Pelo contrário, creio, infelizmente, que o pior ainda está para vir”.

Estava eu – e todos nós – muito longe de imaginar o que aí vinha.

A guerra da Rússia contra a Ucrânia e as ondas de choque que esse acontecimento gerou nas economias de todo o mundo, em particular nos países europeus, colocaram as famílias e as empresas numa situação ainda mais difícil.

De facto, em consequência da crise energética desencadeada pela guerra, a inflação disparou, colocando as economias europeias sob grande pressão.

Se a situação já era má em virtude da pandemia, agora está bem pior.

Estas dificuldades irão refletir-se na vida das pessoas e das empresas, pelo menos ao longo deste ano de 2023 e muito provavelmente por mais um par de anos.

Sofrerão as famílias e, principalmente, as microempresas, que constituem, como sabemos, mais de 90% do tecido empresarial nacional.

É, por isso, natural, diria mesmo, inevitável, que a situação de crise económica se venha a manifestar através da entrada nos tribunais de mais processos de insolvência e afins, na medida em que, com mais ou menos atraso, os tribunais acabam por ser a caixa de ressonância do que se passa na sociedade.

E para que bem se compreenda a sociedade em todas as suas facetas e dinâmicas é fundamental que se discutam os problemas com que ela se debate em cada momento histórico e as questões jurídicas que deles emergem.

Esta 3ª edição dos Colóquios tratará temas como os deveres fundamentais dos administradores, os direitos dos trabalhadores e a proposta de diretiva relativa ao dever de diligência das sociedades em matéria de sustentabilidade, o contencioso societário numa perspetiva jurisprudencial, as consequências do atraso na apresentação à insolvência, e o princípio da igualdade dos credores na insolvência.

Não é difícil vaticinar o sucesso desta 3ª edição dos Colóquios que, tal como as edições anteriores, conta com temas de inegável interesse jurídico, tratados por eminentes juristas.

A partilha de conhecimentos e de informação, a reflexão e o debate sobre temas do direito insolvencial e do direito comercial e societário são de extrema importância num tempo em que as empresas se assumem como o principal fator de desenvolvimento da economia nacional.

Por isso mesmo, o funcionamento dos tribunais nesta área específica do direito

deve orientar-se para a resolução atempada das situações litigiosas, facilitando o estabelecimento de um ambiente económico e empresarial saudável.

Quem lida com processos em que se discutem estas matérias sabe, porém, que continuam a existir alguns constrangimentos de natureza substantiva e processual.

Por isso, permitam-me que lance aqui o desafio para que numa das próximas edições dos Colóquios se olhe para além do direito constituído e se procurem aperfeiçoamentos à legislação vigente, principalmente no que diz respeito ao Código de Insolvência e de Recuperação de Empresas que deles anda tão necessitado.

Termino, agradecendo a presença de todos e formulando votos de uma proveitosa jornada. •

DEVERES FUNDAMENTAIS DOS ADMINISTRADORES



Manuel Carneiro da Frada
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade do Porto

Clique para assistir.



SUMÁRIO

1. Introdução: a governação de sociedades, os deveres dos administradores e a responsabilidade civil; a actualidade do tema
2. A posição jurídica dos administradores e as fontes da relação de administração: lei, estatutos, contrato
3. Deveres dos administradores, gerais e específicos; exemplos e sentido da distinção; vinculação *vs* discricionariedade/concretização
4. O dever de cuidado na decomposição analítica da “diligência” segundo a actual redacção do artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais
5. (*cont.*) A prestação típica do administrador: deveres de cuidado *vs.* dever de administrar
6. (*cont.*) Sobre os interesses a que a administração social deve atender
7. (*cont.*) Referentes (pretensos) do dever de lealdade
8. A *business judgment rule* como complemento determinativo do dever de cuidado
9. (*cont.*) A distribuição do ónus da prova na *business judgment rule*
10. (*cont.*) Apontamento sobre a responsabilidade social das empresas
11. O dever de lealdade
12. Algumas concretizações da lealdade: o dever de não concorrência e o dever de não apropriação de oportunidades societárias
13. Sentido da lealdade: dever de conduta, imposto pela boa fé, numa relação de confiança

14. Outras questões: os deveres dos administradores na insolvência
15. (*cont.*) Deveres dos administradores e acordos parassociais “omnilaterais”
16. Um “dever de legalidade” dos administradores?
17. Deveres dos administradores e responsabilidade da sociedade
18. A obrigação de os administradores restituírem os proveitos obtidos com a violação dos seus deveres
19. Acções *ut universi e ut singuli*
20. A responsabilidade do sócio por actos dos administradores (referência)
21. A responsabilidade dos administradores perante credores, sócios e outros terceiros; a responsabilidade da sociedade por actos dos administradores (referência)



BREVES NOTAS SOBRE OS DIREITOS DOS TRABALHADORES e a proposta de diretiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade*



Teresa Coelho Moreira

Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho
Membro Integrado e Coordenadora do Grupo de Investigação em Direitos Humanos do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação

Clique para assistir.



1 | As empresas europeias são líderes mundiais no desempenho em matéria de sustentabilidade. A sustentabilidade está ancorada nos valores da UE e as empresas estão empenhadas em respeitar os direitos humanos e em reduzir o seu impacto no planeta. Apesar disso, os progressos das empresas na integração da sustentabilidade e, em especial, do dever de diligência em matéria de direitos humanos e de ambiente nos processos de governo das empresas continuam a ser lentos¹.

Para fazer face a estes desafios, em março de 2021, o Parlamento Europeu instou a Comissão a apresentar uma proposta legislativa sobre a obrigatoriedade do dever de diligência nas cadeias de valor. Do mesmo modo, já em 3 de dezembro de 2020, o Conselho, nas suas conclusões, tinha também instado a Comissão a apresentar uma proposta de quadro jurídico da UE em matéria de governação sustentável das empresas, incluindo o dever de diligência das empresas dos vários setores nas cadeias de valor mundiais.

A 10 de março de 2021 o Parlamento Europeu aprovou por uma larga maioria – 504 votos a favor, 79 contra e 112 abstenções –, uma resolução – P9_TA(2021)0073 – *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial* –, que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial para uma futura diretiva sobre este tema e, no ponto 30, “Insta a Comissão a propor um mandato de negociação para que a União participe de forma construtiva na

* Este texto corresponde à nossa intervenção no STJ na 3.ª edição do Colóquio de *Comércio, Sociedades e Insolvências*. Agradecendo o honroso convite, optou-se por, no texto escrito, manter-se o carácter de oralidade da mesma.

¹ Vide ANTONIO BAYLOS, “Empresas Transnacionales y Debida Diligencia”, in *Diritti Lavori Mercati International*, 2022, 2, pp. 3 e ss..

negociação de um instrumento internacional juridicamente vinculativo das Nações Unidas para regulamentar, no direito internacional em matéria de direitos humanos, as atividades de empresas transnacionais e de outro tipo de empresas”.

Este foi um avanço importante neste processo legislativo, que surgiu na sequência de um anúncio feito pela Comissão Europeia, com base num estudo sobre os requisitos de diligência devida nas cadeias de abastecimento, de que apresentariam uma proposta legislativa a este respeito em 2021, ainda que acabassem por não cumprir o prazo.

Já antes, em 2020, o comissário europeu para a justiça tinha reconhecido a necessidade urgente de justiça empresarial, fruto de como a pandemia de Covid-19 tinha atingido o mundo – causando impactos devastadores para os direitos humanos e pondo a nu a vulnerabilidade do nosso modelo económico e das cadeias de fornecimento descontroladas com inúmeros trabalhadores das cadeias de abastecimento agrícola e de vestuário a não receber salário ou comida durante semanas porque as empresas para as quais produziam não cumpriram os seus contratos durante a crise do coronavírus.

Estes deveres seriam dirigidos a empresas que operassem no mercado interno da União Europeia, mas impenderiam sobre todo o processo de produção, tendo por isso especial relevância os deveres referentes ao controlo das cadeias de fornecimento incluindo os parceiros comerciais e entidades subcontratadas.

Desde então, vários passos foram dados para viabilizar a apresentação de uma proposta legislativa pela Comissão Europeia, como a elaboração de um relatório pela Comissão de Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu e a realização de uma consulta pública levada a cabo pela Comissão Europeia, que contou com a participação de centenas de intervenientes, desde organizações não governamentais, consumidores e sindicatos, a representantes de empresas, autoridades públicas e organizações internacionais².

2 | O escopo desta Proposta significa também que a luta contra as alterações climáticas e a preservação do ambiente, o respeito pelos direitos humanos e a boa governação não são apenas da responsabilidade dos Estados,

² Sobre esta evolução veja-se, entre outros, CARLA SPINELLI, “Regulating Corporate Due Diligence: from Transnational Social Dialogue to EU Binding Rules (and Back?)”, in *Diritti Lavori Mercati International*, 2022, 1, pp. 103 e ss. e SOFIA GUALANDI, “Addressing MNEs’ Violations of Workers’ Rights through Human Rights Due Diligence. The Proposal for an EU Directive on Sustainable Corporate Governance”, in *Diritti Lavori Mercati International*, 2022, 1, pp. 83 e ss..

mas que a atividade económica desempenha um papel muito importante.

E, para isso, a defesa de sanções efetivas/imperativas foi considerada essencial para levar a *bom porto* esta iniciativa.

Por isso, pode referir-se que uma das características que define esta Proposta é, sem dúvida, uma modalidade de responsabilidade que transcende a hipótese comumente designada de *responsabilidade social da empresa*, assumindo-se como um novo tipo de responsabilidade jurídica.

O principal objetivo da imposição de deveres de diligência em matéria de direitos humanos e em matéria ambiental é a prevenção de efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos, no ambiente e na boa governação.

3 | Esta proposta legislativa, congruente com outras iniciativas legislativas da União Europeia, como o Regulamento da Taxonomia, indicia uma gradual mudança de paradigma quanto às relações estabelecidas entre as empresas, as pessoas e o planeta.

Diria que, se pensarmos bem, ninguém quer usar roupa fabricada nas denominadas *sweatshops* ou beber chá ou cacau colhido com recurso a mão-de-obra infantil. E é isso que acontece com inúmeros trabalhadores das cadeias de abastecimento agrícola e de vestuário: não recebem salário ou comida e vivem em condições análogas às de escravos.

A preocupação com critérios de sustentabilidade vai ao encontro das tendências do mercado em que os consumidores apostam cada vez mais em produtos e serviços com impacto positivo no meio ambiente e na sociedade.

4 | Na verdade, é necessária uma reforma substantiva da lei, prevendo um dever empresarial e a responsabilidade das empresas da UE por danos e violações dos direitos humanos nas suas operações e cadeias de valor globais.

A intenção era aplicar esta legislação a empresas de todos os sectores, dado que as grandes empresas operam em variadíssimas áreas e para criar condições equitativas de concorrência. Mas, obviamente, tendo em atenção as especificidades das PME's, o que não deve implicar, contudo, que as mesmas sejam menos responsáveis pelas suas cadeias de abastecimento.

5 | Ora, a 23 de fevereiro de 2022, no âmbito do pacote de medidas para uma economia justa e sustentável, a Comissão Europeia aprovou a Propos-

ta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade, sendo que, por dever de diligência em matéria de direitos humanos, atendendo aos *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos: Aplicação do quadro das Nações Unidas Proteger, Respeitar e Reparar da ONU*, sobretudo ao ponto 17. – ou, na expressão original, *human rights due diligence* –, pretende referir-se ao processo ou ao conjunto de medidas adotadas por uma empresa, tendo em vista a identificação, a prevenção e atenuação, a cessação e a minimização dos efeitos negativos – potenciais ou reais – das suas operações, das suas filiais e, bem assim, das cadeias de valor em que está inserida, nos direitos humanos e no ambiente³.

As empresas abrangidas pelo âmbito de aplicação terão de tomar medidas adequadas – “obrigação de meios” –, tendo em conta a gravidade e a probabilidade de diferentes impactos, as medidas à disposição da empresa nas circunstâncias específicas e a necessidade de estabelecer prioridades.

Estão assim em causa verdadeiras obrigações em sentido técnico-jurídico que, uma vez incumpridas, podem legitimar uma pretensão indemnizatória a exercer contra a empresa nos termos do artigo 22.º.

As autoridades administrativas nacionais designadas pelos Estados-Membros serão responsáveis pela supervisão destas novas regras e poderão impor coimas em caso de incumprimento. Além disso, as vítimas terão a possibilidade de intentar ações judiciais por danos que poderiam ter sido evitados através de medidas de diligência adequadas.

6 | A *ratio* da Proposta de Diretiva, de acordo com o Ponto 1. da Exposição de Motivos, é a de melhorar as práticas de governação empresarial, tornando-as “mais sustentáveis”, através, *inter alia*, da responsabilidade e responsabilização das empresas e respetivos administradores pelos efeitos negativos das suas atividades e decisões nos direitos humanos e no ambiente.

7 | No que concerne ao âmbito subjetivo da Proposta de Diretiva, e ao contrário do alcance mais amplo que constava da Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de março de 2021, ficarão abrangidas pela Diretiva três categorias de empresas, na aceção do artigo 3.º. Num primeiro grupo, encontram-se *i)* todas as empresas europeias com mais de 500 trabalhadores

³ INÊS NEVES e BENEDITA SEQUEIRA, “Sobre o dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade: *Quo vadis?*”, in <https://observatorio.almedina.net>.

em média e um volume de negócios superior a 150 milhões de euros no último exercício financeiro. Num segundo grupo – atinente a empresas cuja obrigação de diligência se aplicará apenas dois anos após o decurso do prazo de transposição – encontram-se *ii)* as empresas europeias com mais de 250 trabalhadores em média e um volume de negócios líquido superior a 40 milhões de euros, desde que pelo menos 50% desse volume de negócios tenha sido gerado em um ou mais de três setores identificados como de “alto risco”, a saber: têxteis, agricultura e minerais. Por fim, a futura Diretiva visará, ainda, *iii)* as empresas de países terceiros com “operações significativas na UE”, circunstância que se entende resultar do preenchimento de uma das seguintes condições: *a)* ter(em) gerado um volume de negócios líquido superior a 150 milhões de euros, no exercício anterior ao último exercício financeiro, ou então (este, um critério alternativo aplicável apenas dois anos após a data do termo do período de transposição), *b)* ter(em) gerado um volume de negócios líquido superior a 40 milhões de euros, mas inferior a 150 milhões de euros, no exercício anterior ao último exercício financeiro, contanto que pelo menos 50% do seu volume de negócios líquido mundial tenha sido gerado em um ou mais dos setores de “alto risco”. Ainda a este propósito, saliente-se que, apesar de um âmbito subjetivo aparentemente circunscrito às empresas com um poder económico substancial, as obrigações previstas na Proposta poderão vir a ter um impacto – ainda que indireto – nas pequenas e médias empresas.

Aliás, de acordo com a Exposição de Motivos que acompanha a Proposta, “as pequenas e médias empresas (PME) [...] estão excluídas do dever de diligência. Para esta categoria de empresas, os encargos financeiros e administrativos decorrentes da criação e aplicação de um processo de dever de diligência seriam relativamente elevados [...] Além disso, a cadeia de valor do setor financeiro não abrange as PME que recebem empréstimos, crédito, financiamento, seguros ou resseguros”. Contudo, porque “estarão expostos a alguns dos custos e encargos por via das relações empresariais com empresas abrangidas, uma vez que se espera que as grandes empresas repercutam as exigências nos seus fornecedores”, “serão necessárias medidas de apoio para ajudar as PME a criar capacidade operacional e financeira. As empresas cujo parceiro comercial seja uma PME são igualmente obrigadas a apoiá-lo no cumprimento dos requisitos em matéria de dever de diligência, caso tais requisitos comprometam a viabilidade da PME.” – de acordo, *inter alia*, considerando 34, 39, 47 e 48, e artigos 7.º, n.º 2, al. d); 8.º, n.º 3, al. e) e 14.º da Proposta.

Ora, atendendo que em Portugal predominam as micro e pequenas em-

presas este facto é importante.

Contudo, esta limitação significa que o projeto de diretiva só se aplica a menos de 0,2% das empresas da UE. Ao restringir o âmbito de aplicação de forma tão dramática, a proposta ignora deliberadamente muitas operações comerciais prejudiciais, uma vez que a dimensão do pessoal e o volume de negócios anual não são, necessariamente, indicadores fiáveis do impacto de uma empresa na vida dos trabalhadores e das comunidades em todo o mundo.

8 | Por outro lado, quanto ao conteúdo da proposta de Diretiva temos de ter em atenção que ela teve em conta o que já tinha sido estabelecido em vários Estados-Membros, nomeadamente em França com a *Loi relative au devoir de vigilance*, de 2017, que impõe às grandes empresas francesas a adoção, a implementação efetiva, e, bem assim, a comunicação de um plano de vigilância, conducente à prevenção e mitigação de violações graves de direitos humanos. Assim, pode ler-se no artigo L. 225-102-4 do *Code de Commerce* que “I. – Qualquer empresa que empregue, no final de dois exercícios financeiros consecutivos, pelo menos cinco mil trabalhadores na sua própria empresa e nas suas filiais diretas ou indiretas com sede social em território francês, ou pelo menos dez mil trabalhadores na sua própria empresa e nas suas filiais diretas ou indiretas com sede social em território francês ou no estrangeiro, elaborará e implementará efetivamente um plano de vigilância.

As filiais ou sociedades controladas que ultrapassem os limiares mencionados no primeiro parágrafo serão consideradas como cumprindo as obrigações previstas neste artigo se a sociedade que as controla, na aceção do artigo L. 233-3, elaborar e executar um plano de diligência relativo à atividade da sociedade e de todas as filiais ou sociedades que controla.

O plano deve incluir medidas de diligência razoável para identificar riscos e prevenir violações graves dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, da saúde e segurança dos indivíduos e do ambiente, resultantes das atividades da empresa e das empresas por ela controladas na aceção do artigo II do artigo L. 233-16, quer direta quer indiretamente, bem como das atividades dos subcontratantes ou fornecedores com os quais tenha uma relação comercial estabelecida, sempre que essas atividades estejam ligadas a essa relação”.

Em 2019, também os Países Baixos adotaram legislação específica em matéria de trabalho infantil – a *Wet zorgplicht kinderarbeid* –, da qual resulta que as empresas que forneçam bens e serviços a consumidores no mercado neerlandês, deverão adotar e conduzir um exercício de diligência

devida em relação aos riscos de trabalho infantil. À semelhança de outra legislação como a francesa e do Reino Unido, a lei exige que todas as empresas legalmente domiciliadas nos Países Baixos realizem investigação para determinar se o trabalho infantil está a ocorrer nas suas cadeias de fornecimento e estabelecer uma linha de ação concreta para o retificar. Por outro lado, a lei também se aplicará a qualquer empresa internacional que forneça produtos ou serviços aos Países Baixos duas ou mais vezes por ano.

Já a Alemanha avançou, em 2021, com a *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten*, também chamada de *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG – Sorgfaltspflichtengesetz*, impondo obrigações de diligência às empresas alemãs, que entrou em vigor a 1 de janeiro de 2023. A obrigação da empresa de realizar a diligência devida inclui não só a sua própria atividade como aquela dos seus fornecedores diretos. Em relação aos fornecedores indiretos, não será exigido qualquer dever de diligência, a não ser no caso em que a empresa tenha conhecimento e prova de que estão a ser cometidas violações aos direitos humanos pelo comportamento desse fornecedor ou ainda caso a empresa introduza novos produtos, projetos ou áreas de negócio na sua atividade.

Sob o ponto de vista formal, a lei será aplicável, em 2023, somente a empresas com 3.000 ou mais trabalhadores na Alemanha e, a partir de 2024, a empresas com 1.000 trabalhadores ou mais naquele país. Ainda que direcionada a empresas alemãs, a lei terá certamente efeitos extraterritoriais, porque obriga as empresas a realizar *due diligence* para prevenir a ocorrência de violações de direitos humanos em toda a sua cadeia global, englobando todos os fornecedores de produtos e serviços, desde a extração de matéria-prima, até a entrega do produto acabado ou a prestação dos serviços aos seus clientes.

O cumprimento das obrigações de devida diligência pelas empresas alemãs será fiscalizado administrativamente e, se as empresas não cumprirem as suas obrigações, poderão ser multadas e ficar impedidas de contratar com a administração pública na Alemanha.

9 | Também ao nível da União Europeia não pode deixar de ter-se em atenção quer a Diretiva 2014/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2014 que altera a Diretiva 2013/34/UE no que se refere à

divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos, que “impõe a certas grandes empresas a obrigação de divulgar as políticas adotadas em relação a questões ambientais, sociais, laborais, de respeito pelos direitos humanos e em questões de anticorrupção e crime financeiro”, quer o Regulamento (UE) n.º 2019/2088 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019, relativo à divulgação de informações relacionadas com a sustentabilidade no setor dos serviços financeiros, a que acresce o Regulamento “Taxonomia” – Regulamento (UE) n.º 2020/852 do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de junho de 2020 relativo ao estabelecimento de um regime para a promoção do investimento sustentável, e que altera o Regulamento (UE) 2019/2088). Mais recentemente, consideramos muito importante a proposta de regulamento apresentada a 14 de setembro de 2022 sobre a proibição de produtos fabricados com recurso ao trabalho forçado no mercado da UE. A proposta abrange todos os produtos, incluindo os produtos fabricados na UE para consumo interno e exportação e os produtos importados, sem visar empresas ou indústrias específicas. Esta abordagem global é importante porque, segundo as estimativas, existem 27,6 milhões de pessoas em situação de trabalho forçado, em muitas indústrias e em todos os continentes. A maioria do trabalho forçado ocorre na economia privada, sendo também uma parte deste trabalho imposta pelos Estados. A proposta baseia-se nas definições e normas acordadas a nível internacional e sublinha a importância de uma cooperação estreita com os parceiros mundiais. As autoridades nacionais passam a ter a possibilidade de retirar do mercado da UE os produtos fabricados com trabalho forçado na sequência de uma investigação. As autoridades aduaneiras da UE identificarão e bloquearão os produtos fabricados com recurso ao trabalho forçado nas fronteiras da UE.

10 | Atendendo a este contexto, consideramos que a proposta de Diretiva, não apresenta muitas novidades mas visa, sobretudo, procurar harmonizar e conferir força vinculativa a um conjunto de instrumentos normativos de fonte nacional e internacional que, pelas suas limitações, se revelaram incapazes ou insuficientes.

Assim, compreende-se que a Diretiva vise colmatar esta insuficiência, garantindo às empresas maior segurança jurídica, através de um conjunto de obrigações de meios nos termos do considerando 15 onde se estabelece, na versão final do Conselho da Europa, que “as principais obrigações previstas na presente diretiva deverão ser “obrigações de meios”. A empresa

deverá tomar as medidas adequadas que se possa razoavelmente esperar que resultem na prevenção ou minimização do efeito negativo nas circunstâncias do caso específico. Haverá que ter em conta as especificidades das operações comerciais da empresa e da sua *cadeia de atividades*, o setor ou a área geográfica da empresa em que operam os seus parceiros empresariais, o poder da empresa para influenciar os seus parceiros empresariais diretos e indiretos e a possibilidade de a empresa aumentar o seu poder de influência, pelos quais as empresas abrangidas se verão obrigadas a: integrar o dever de diligência nas suas estratégias e políticas empresariais nos termos do artigo 5.º; adotar, de acordo com o artigo 6.º, medidas adequadas a identificar impactos adversos, reais ou potenciais, nos direitos humanos e no ambiente, sendo certo que nos termos do número 2 deste artigo “as empresas a que se refere o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), e o artigo 2.º, n.º 2, alínea b), só são obrigadas a identificar os efeitos negativos reais e potenciais pertinentes para o setor em causa a que se refere o artigo 2.º, n.º 1, alínea b)”; acrescentando um artigo 6.º-A que consagra uma *Priorização dos efeitos negativos reais e potenciais*; prevenir e atenuar os efeitos negativos potenciais atendendo ao disposto no artigo 7.º; fazer cessar e minimizar a extensão dos efeitos negativos reais de acordo com o artigo 8.º; prevendo-se, ainda, um dever específico ou, pelo menos, autonomizado em matéria ambiental e de combate às alterações climáticas – artigo 15.º da proposta.

Mas, se a proposta de Diretiva pretendia criar obrigações que se estendessem a toda a cadeia de valor da empresa, ou seja, que incluíssem, naturalmente, as atividades próprias e das respetivas subsidiárias, mas, e também, as suas relações comerciais com outras entidades como, *inter alia*, fornecedores ou clientes, o que é certo é que na versão aprovada este conceito de *cadeia de atividades* exclui totalmente a fase de utilização dos produtos ou de prestação de serviços da empresa.

Além disso, a nova proposta exige que determinadas grandes empresas adotem um plano para garantir que a sua estratégia empresarial é compatível com a limitação do aquecimento global a 1,5°C, em conformidade com o Acordo de Paris. Contudo, não prevê quaisquer consequências específicas para a violação deste dever climático, o que corre o risco de a tornar ineficaz.

11 | Esta proposta de Diretiva também tem princípios relativos à monitorização exigindo das empresas nos termos do artigo 9.º, a manutenção de um procedimento de reclamação segundo o qual “sempre que tenham preocupações legítimas quanto aos efeitos negativos reais ou potenciais no

que diz respeito às suas próprias operações, às operações das suas filiais e às operações dos seus parceiros empresariais nas cadeias de atividades das empresas”, sendo muito importante o consagrado no n.º 2, alínea b), deste artigo porque permite que os “Sindicatos e outros representantes dos trabalhadores que representem pessoas que trabalham na cadeia de atividades em causa” possam apresentar reclamações o que nos parece um aspeto bastante positivo desta proposta; por outro lado, o artigo 10.º estabelece o dever de acompanhamento, consagrando a avaliação e o controlo da eficácia das medidas adotadas em matéria de dever de diligência – “Os Estados-Membros asseguram que as empresas realizam avaliações periódicas das suas próprias operações e medidas, das suas filiais e, quando associadas às cadeias de atividades da empresa, da dos seus parceiros empresariais, a fim de controlar a eficácia da identificação, prevenção, atenuação, cessação e minimização da extensão dos efeitos negativos. Essas avaliações baseiam-se, se for caso disso, em indicadores qualitativos e quantitativos e são realizadas, sem demora injustificada após a ocorrência de uma alteração importante, pelo menos, a cada 24 meses e sempre que existam motivos razoáveis para acreditar que podem surgir novos riscos significativos de ocorrência desses efeitos negativos. A política de dever de diligência é atualizada em conformidade com os resultados dessas avaliações e tendo devidamente em conta as informações pertinentes das partes interessadas”. Contudo, alterou-se a redação e o prazo que na proposta de Diretiva era de 12 meses passa agora para 24 – o dobro –, o que não nos parece a melhor solução, assim como ter-se acrescentado um número 2 que exclui, mais uma vez não no melhor caminho na nossa opinião, os serviços financeiros porque preconiza que “Em derrogação do n.º 1, quando as empresas financeiras reguladas na aceção do artigo 3.º, alínea a), subalínea iv), prestam os serviços a que se refere o artigo 3.º, alínea g), realizam avaliações periódicas em relação aos seus parceiros empresariais apenas para controlar a eficácia da prevenção, atenuação, cessação e minimização da extensão dos efeitos negativos identificados em conformidade com o artigo 6.º, n.º 3”. É obrigatória, ainda, a comunicação pública das informações sobre o dever de diligência nos termos do artigo 11.º.

De acordo com o considerando 42, “As empresas deverão estabelecer um procedimento justo, acessível e transparente para tratar essas reclamações e informar os trabalhadores, os sindicatos e outros representantes dos trabalhadores, se for caso disso, sobre esses processos. A expressão “justo, acessível e transparente” deverá ser entendida em conformidade com o princípio 31 dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direi-

tos Humanos, que exige que os procedimentos sejam legítimos, acessíveis, previsíveis, equitativos, transparentes, compatíveis com os direitos e uma fonte de aprendizagem contínua. O procedimento deverá assegurar a confidencialidade da identidade do autor da reclamação, bem como as medidas necessárias para evitar qualquer forma de retaliação por parte da empresa e das suas filiais. Por retaliação deverá entender-se qualquer ato ou omissão, direto ou indireto, motivado pela apresentação de uma reclamação e que cause ou possa causar prejuízos injustificados ao autor da reclamação. O recurso ao mecanismo de reclamação e reparação não deverá impedir o autor da reclamação de recorrer a vias de recurso judiciais ou de apresentar preocupações fundamentadas às autoridades de supervisão. Em conformidade com as normas internacionais, os autores da reclamação deverão ter o direito de solicitar à empresa um acompanhamento adequado da reclamação e de se reunir com os representantes da empresa a um nível adequado para debater os efeitos negativos graves, potenciais ou reais, que são objeto da reclamação. Este acesso não deverá conduzir a solicitações injustificadas por parte das empresas”.

12 | Também nos parece importante referir que a Proposta de Diretiva trata no artigo 22.º de mecanismos de responsabilidade civil das empresas e direito à reparação integral por danos causados a uma pessoa singular ou coletiva, conforme já tínhamos referido anteriormente, o que inclui trabalhadores, em razão do incumprimento das suas obrigações de diligência, sendo certo que se consagra que “empresa não pode ser responsabilizada se os danos tiverem sido causados apenas pelos seus parceiros empresariais na sua *cadeia de atividades*”.

Também consagra, e quanto a nós bem, um sistema de *public enforcement*, caracterizado pela intervenção de autoridades de supervisão no artigo 18.º, às quais são atribuídos diversos poderes, entre os quais o de impor sanções pecuniárias que devem ser proporcionadas ao volume de negócios líquido da empresa a nível mundial nos termos do artigo 20.º, n.º 3. Contudo, mais uma vez vê-se uma diferença de redação porque na proposta de Diretiva estabelecia-se que “Quando forem impostas sanções pecuniárias, estas devem basear-se no volume de negócios da empresa”. Nota-se como agora tentou clarificar-se mas pode significar uma diminuição do montante em causa. Para auxiliar na interpretação podemos ver o considerando 54 que também sofreu alterações onde se pode ler que “Os Estados-Membros deverão assegurar que a sanção pecuniária seja proporcional ao volume de

negócios líquido da empresa a nível mundial quando for imposta. No entanto, tal não deverá obrigar os Estados-Membros a basear a sanção pecuniária unicamente no volume de negócios líquido da empresa em todos os casos. Os Estados-Membros deverão ter flexibilidade para basear a sanção também noutros critérios, como a situação económica da empresa”.

Da proposta de Diretiva resulta claro, parece-nos, e consideramos isso positivo, que os administradores têm um papel muito importante na internalização das questões de sustentabilidade na cultura da empresa. A proposta visou clarificar a extensão ou o conteúdo do dever geral de diligência dos administradores de agir no interesse da empresa. Em particular, estabelece-se, não apenas o dever de os administradores terem em conta as questões de sustentabilidade, incluindo, se for caso disso, as consequências em termos de direitos humanos, alterações climáticas e ambientais, inclusive a curto, médio e longo prazo, nas suas decisões, adaptando a estratégia empresarial em conformidade, mas também a sua responsabilidade pela adoção, aplicação e supervisão das medidas relativas ao dever de diligência, sempre tendo em conta o contributo das partes interessadas e das organizações da sociedade civil.

Contudo, se na versão inicial parecia sustentar-se nos artigos 25.º e 26.º uma espécie de segunda via de responsabilização dos administradores da empresa com fundamento na violação do dever de diligência dos mesmos, na versão aprovada no Conselho Europeu, ao suprimir-se o que constava destes artigos e os considerandos 63 e 64, a situação pode alterar-se.

13 | Por outro lado, apesar de a proposta inicial já ter um âmbito de aplicação menor do que a Resolução do Parlamento, o Conselho Europeu, a 1 de dezembro de 2022, aprovou várias alterações ao texto no sentido de ainda diminuir mais este âmbito. Desde logo, o Conselho introduziu uma abordagem progressiva no que respeita à aplicação das regras estabelecidas na diretiva. As regras seriam aplicáveis, em primeiro lugar, às empresas de muito grande dimensão com mais de 1000 trabalhadores e 300 milhões de euros de volume de negócios mundial líquido, ou 300 milhões de euros de volume de negócios líquido gerado na UE para empresas de países terceiros, 3 anos a contar da entrada em vigor da diretiva.

Se é verdade que o Conselho Europeu colmatou algumas das lacunas da proposta da Comissão Europeia, nomeadamente proporcionando maior clareza às condições da responsabilidade civil no artigo 22.º, estabelecendo uma disposição que assegura a reparação integral pelos danos resultantes

do incumprimento, por parte de uma empresa, das obrigações em matéria de dever de diligência, e reforça igualmente a abordagem baseada no risco e as regras relativas à priorização dos efeitos negativos, a fim de assegurar que o cumprimento das obrigações em matéria de dever de diligência é viável para as empresas, parece-nos, contudo, que chegou a um acordo cujas lacunas permitirão que várias empresas consigam escapar à responsabilidade e que minam o potencial de impor uma conduta empresarial responsável. Na verdade, desde logo com o conceito de *Cadeia de atividades* que foi aprovado e que substitui o termo cadeia de valor que constava da proposta inicial. Após várias negociações sobre até onde as obrigações deveriam chegar nas cadeias de valor das empresas, surgiu o conceito vago, considerado neutro pelo Conselho de *cadeia de atividades*. A questão é que este conceito não se estende a todo o espectro de atividades a jusante porque o próprio Conselho esclarece que este conceito exclui totalmente a fase de utilização dos produtos ou de prestação de serviços da empresa.

14 | Para além disto, outra alteração que não nos parece no melhor sentido está relacionado com o combate às alterações climáticas e, especificamente, com o artigo 15.º, ao retirarem o número 3 do artigo que estava relacionado com a introdução de métricas de sustentabilidade na componente variável da remuneração. Segundo o Conselho Europeu, “Devido às grandes preocupações dos Estados-Membros relativamente à disposição proposta pela Comissão que associava a remuneração variável dos administradores à sua contribuição para a estratégia empresarial da empresa e para o interesse e a sustentabilidade a longo prazo, esta disposição foi suprimida (artigo 15.º, n.º 3). A forma e a estrutura da remuneração dos administradores são matérias essencialmente da competência da empresa e dos seus órgãos ou acionistas relevantes. As delegações apelaram a que não se interfira com os diversos sistemas de governação das empresas na União, que refletem os diferentes pontos de vista dos Estados-Membros sobre o papel das empresas e dos seus órgãos na determinação da remuneração dos administradores”.

Acrescenta-se ainda que a proposta não faz nada para derrubar as barreiras legais enfrentadas pelos requerentes na instauração de processos contra empresas, tais como os custos elevados, prazos curtos e o acesso limitado a provas. Isto torna mais difícil aos trabalhadores e comunidades em situações de vulnerabilidade conseguir recorrer ao tribunal alegando trabalhos forçados ou condições de trabalho inseguras. Para alguns parece que os interesses empresariais vêm em primeiro lugar, protegendo as pessoas e o

planeta num segundo lugar e bem distante do primeiro...

15 | Não podemos deixar de atender que sendo a Diretiva um instrumento carecido de transposição, o equilíbrio adequado entre a adoção de conceitos que se pretendem suficientemente flexíveis, por um lado, e a necessidade de evitar a fragmentação cujos perigos se pretendem mitigar, por outro, poderá ser bastante difícil de conseguir na prática. Na verdade, sendo um dos objetivos da Diretiva assegurar maior segurança jurídica, a formulação das obrigações em termos de tal forma vagos ou, pelo menos, desprotegidos de orientação adicional, poderá originar divergências que devem ser evitadas seja na transposição, seja através da adoção de atos delegados nos termos dos artigos 11.º e 28.º.

16 | Contudo, há aspetos positivos e temos de referir que a Proposta de Diretiva se afigura um importante passo na responsabilização das empresas por comportamentos que, não obstante possam ser *lucrativos*, se apresentam lesivos do ambiente e dos direitos humanos. E isto, quer se trate de danos causados pela própria empresa, quer se trate de impactos negativos para os quais as empresas contribuíram.

Assim, as obrigações de meios previstas exigirão das empresas em causa um comprometimento contínuo com o respeito pelos direitos humanos e pelo ambiente, sob pena de eventual responsabilidade pelos danos advinentes do incumprimento de um dever de pronta e diligente atuação.

As empresas que operam no mercado da UE terão regras comuns e claras de dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade.

17 | Contudo, não podemos deixar de considerar que apesar de algumas características interessantes, fica muito aquém do que é necessário para proteger os direitos humanos e o ambiente.

Fica particularmente aquém na parte relativa ao envolvimento concreto dos trabalhadores e das associações sindicais na elaboração e monitorização de estratégias de diligência prévia sustentáveis destinadas a prevenir ou cessar os impactos adversos sobre os direitos humanos e o ambiente.

A proposta suscita preocupações reais de que a mesma produz muito pouco para impulsionar as mudanças de comportamento necessárias nas empresas para abordar e prevenir eficazmente as violações dos direitos hu-

manos e os danos ao ambiente.

O papel dos sindicatos limita-se à apresentação de queixas internas sobre violações e não ao envolvimento total na conceção, controlo e aplicação da devida diligência, apesar de o Parlamento Europeu ter adotado explicitamente, e por larga maioria, uma proposta com um envolvimento forte e proactivo dos sindicatos e outros intervenientes, bastando ver o considerando 19 da Resolução que defendia que “para a eficácia do dever de diligência, é necessário que as empresas conduzam, de boa fé, debates eficazes, construtivos e informados com as partes interessadas pertinentes; realça que um quadro da União em matéria de dever de diligência deve assegurar a participação dos sindicatos e dos representantes dos trabalhadores, aos níveis nacional, da União e mundial, na elaboração e aplicação da estratégia de devida diligência;”, ou o considerando 21 “Solicita que os instrumentos comerciais sejam associados ao acompanhamento da aplicação da futura legislação em matéria de dever de diligência pelas empresas da União que operam fora da UE, e que as delegações da União participem ativamente neste processo, designadamente através da organização de trocas de pontos de vista construtivas com titulares de direitos, comunidades locais, câmaras de comércio e instituições nacionais de defesa dos direitos humanos, intervenientes da sociedade civil e sindicatos, e da prestação de apoio a estas entidades”. O próprio considerando 38 reforça esse direito “Um dever de diligência cabal exige que todas as partes pertinentes sejam consultadas de forma eficaz e significativa e que os sindicatos sejam devidamente envolvidos. A consulta e a *participação das partes interessadas* podem ajudar as empresas a identificar os efeitos negativos potenciais e reais de forma mais precisa e a elaborar uma estratégia mais eficaz em matéria de dever de diligência”, assim como o próprio artigo 5.º com a epígrafe *participação das partes interessadas* que estabelece “Os Estados-Membros devem assegurar que, ao estabelecer e aplicar a sua estratégia em matéria de dever de diligência, as empresas realizem de boa-fé discussões efetivas, significativas e informadas com as partes interessadas.

As empresas devem realizar discussões e envolver os sindicatos e os representantes dos trabalhadores de forma adequada à sua dimensão, bem como à natureza e ao contexto das suas operações”, devendo as empresas nos termos do n.º 2 do artigo 6.º, “comunicar a sua estratégia em matéria de dever de diligência aos representantes dos seus trabalhadores, aos sindicatos”, assim como o artigo 8.º, n.º 2, “A avaliação e a revisão da estratégia em matéria de dever de diligência devem ser efetuadas mediante discussão com as partes interessadas e com a participação dos sindicatos e dos represen-

tantes dos trabalhadores, tal como aquando do estabelecimento da estratégia em matéria de dever de diligência nos termos do artigo 4.^o”, assim como o artigo 11.^o, n.^o 2, “Os Estados-Membros devem assegurar que as partes interessadas pertinentes, nomeadamente os sindicatos, os representantes dos trabalhadores e as organizações da sociedade civil, tenham o direito de participar na definição de planos de ação setoriais em matéria de dever de diligência”.

Nota-se, assim, como a proposta de Diretiva fica muito aquém quanto a esta participação. E infelizmente quanto a nós.

Embora algumas novas propostas positivas de sanções, tais como a suspensão temporária das operações comerciais e a suspensão temporária dos auxílios estatais e da utilização de fundos públicos sejam importantes, limitam a responsabilidade civil, sem mencionar nada a nível criminal.

18 | Torna-se vital que a diligência devida incorpore um envolvimento significativo das partes interessadas, incluindo os trabalhadores, desde a avaliação dos riscos até à solução de abusos. Os trabalhadores devem estar no centro dos processos de devida diligência das empresas, estando envolvidos na sua conceção, implementação e avaliação.

Contudo, mesmo tendo em conta a falta de *ambição* desta proposta, parece-nos que uma coisa é certa. As empresas de todo o mundo devem estar preparadas para incorporar parâmetros de governança ambiental, social e corporativa – *environmental, social and governance*, ESG –, nos seus processos produtivos e criar políticas internas de direitos humanos e manuais de *compliance*, pois isso poderá (irá) tornar-se muito em breve uma condição de acesso ao mercado internacional. •



⁴ No mesmo sentido veja-se ETUC, *Commission delivers “bare minimum” on Corporate Sustainability Due Diligence*, www.etuc.org.

CONTENCIOSO SOCIETÁRIO: DESENVOLVIMENTOS JURISPRUDENCIAIS



Pedro Caetano Nunes
Professor Associado da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa (*Nova School of Law*)

Clique para assistir.



SUMÁRIO

1. Introdução
2. Desenvolvimentos jurisprudenciais no contencioso societário
3. Desenvolvimentos jurisprudenciais no contencioso societário cautelar





CONSEQUÊNCIAS DO ATRASO NA APRESENTAÇÃO À INSOLVÊNCIA DAS PESSOAS COLECTIVAS E DAS PESSOAS SINGULARES*



Maria de Fátima Ribeiro
Professora Associada da Faculdade de Direito da
Universidade Católica Portuguesa (Escola do Porto)
Membro do *Católica Research Center for the Future of Law*

Clique para assistir.



SUMÁRIO

1. O dever de apresentação à insolvência
2. A quem cabe o dever de apresentação
3. As consequências do não cumprimento do dever de apresentação à insolvência
4. A não apresentação à insolvência quando se prossiga “uma exploração deficitária” não ignorando, ou não devendo ignorar, que ela conduzirá com grande probabilidade a uma situação de insolvência – ou ao seu agravamento
5. Os efeitos da qualificação da insolvência como culposa pelo incumprimento do dever de apresentação à insolvência
6. O incumprimento do dever de apresentação à insolvência e a exoneração do passivo restante

1 | O dever de apresentação à insolvência

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 18.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), o devedor está obrigado a requerer a declaração da sua insolvência no prazo de 30 dias a partir do momento em que sabe ou devia saber que está impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas¹.

*Este texto foi publicado na *Revista de Direito Comercial*, 2023, 615-674.

¹ Sobre a relevância da fixação de um prazo adequado para a apresentação à insolvência, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, in *O Direito*, 142.º, 2010, I, 81-128, pp. 84 ss.; *idem*, “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa”, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011, 391-413, pp. 395 ss..

Cumprе salientar o facto de este prazo se contar em geral a partir do momento em que o devedor devia saber que se encontra na situação descrita, sendo irrelevante o momento em que o sabe, se ele ocorrer depois daquele. Na verdade, quando se estabelece que releva o momento que o devedor teve conhecimento da situação de insolvência ou “a data em que devesse conhecê-la”, está-se a considerar que o momento em que o devedor sabe que está insolvente só é determinante para efeitos de contagem do prazo de 30 dias se ele souber da situação antes da data em que lhe era exigível que dela tomasse conhecimento.

A este propósito, cumprе ainda salientar que esse conhecimento se presume inilidivemente assim que decorridos 3 meses sobre o incumprimento generalizado de obrigações de algum dos tipos referidos na alínea g) do n.º 1 do artigo 20.º (tributárias; de contribuições e quotizações para a segurança social; dívidas emergentes de contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato; rendas de qualquer tipo de locação, incluindo financeira; prestações do preço da compra ou de empréstimo garantido pela respectiva hipoteca, relativamente a local em que o devedor realize a sua actividade ou tenha a sua sede ou residência). Nestes casos, então, o prazo de 30 dias conta-se a partir do decurso dos 3 meses sobre o incumprimento generalizado destas obrigações.

Afirmámos acima que o prazo de 30 dias se conta a partir do momento em que o devedor sabe ou devia saber que está impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas, tal como descrito do n.º 1 do artigo 3.º. Porém, o artigo 3.º determina que se consideram em situação de insolvência (actual) as pessoas que se encontrem quer na situação descrita no n.º 1 (impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas) quer na situação descrita no n.º 2, quando se trate de pessoas colectivas ou patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma directa ou indirecta – e, portanto, pode colocar-se a questão de saber se o dever de apresentação existe em qualquer destas situações de insolvência actual. Pois bem, o n.º 1 do artigo 18.º, ao remeter exclusivamente para o n.º 1 do artigo 3.º na identificação da situação de insolvência relevante para este efeito (“situação de insolvência, tal como descrita no n.º 1 do artigo 3.º”), afasta a existência do dever de apresentação à insolvência aqui previsto quando ela caia na previsão do n.º 2 deste artigo (ou seja, quando a situação de insolvência consista exclusivamente no facto de o passivo do devedor² ser manifestamente superior ao activo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis e desde que não se verifique o disposto no n.º 3). Então, pelo menos aparentemente, se o devedor está insolvente exclusivamente

² Devedor esse que, nestes casos, será pessoa colectiva ou património autónomo por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma directa ou indirecta.

por o seu passivo ser manifestamente superior ao activo não existe dever de apresentação à insolvência³ – usamos a expressão “pelo menos aparentemente” pois, como veremos adiante, a inexistência deste dever só pode ser afirmada em função do estabelecido no artigo 18.º, mas poderá afirmar-se a sua existência desde que verificadas certas outras circunstâncias.

Isto posto, existem situações em que o dever de apresentação à insolvência fica afastado.

Desde logo, ele fica afastado se a empresa se apresentou a um processo especial de revitalização (PER), embora apenas durante o período de suspensão das medidas de execução do artigo 17.º-E, n.ºs 1 e 2 (período de 4 meses, eventualmente prorrogável por um mês) – trata-se de uma alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 9/2022⁴, que introduziu o disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 18.º. Mas coloca-se a propósito desta norma uma questão interpretativa: é seguro que se aplica esta alínea aos casos em que a empresa fica em situação de insolvência actual durante o período referido, mas não é claro que se aplique se ela ficou nessa situação no período que se situa entre o início do PER e o período de suspensão das medidas de execução, embora se possa tender a considerar uma resposta positiva⁵ – excluindo que está, seguramente, que ela se aplique quando já existia situação de insolvência actual no momento do requerimento de abertura do PER.

O dever de apresentação também fica suspenso se, após o depósito de um protocolo de negociação no âmbito do regime extrajudicial de recuperação de empresas (RERE), o devedor ficar em situação de insolvência – a contagem do prazo de apresentação à insolvência, neste caso, apenas se inicia após o encerramento das negociações, sem que exista possibilidade de prorrogação do seu prazo (artigo 13.º RERE⁶)⁷.

Finalmente, o dever de apresentação à insolvência está suspenso actualmente (ainda, por força do artigo 3.º da Lei 13.º-B/2021, de 5 de Abril) pela Lei n.º 1-A/2020, artigo 6.º-E, n.º 7, alínea a), no âmbito das medidas surgidas em reacção à situação excepcional de prevenção e controlo da pandemia⁸, apesar de todas as dúvidas que possam colocar-se

³ Note-se que no direito alemão a obrigação de apresentação à insolvência existe quer na situação de incapacidade de pagamentos quer na situação de sobreendividamento, equiparável à manifesta superioridade do passivo sobre o activo como descrita no artigo 3.º, n.º 2. Todavia, difere o prazo para essa apresentação: no primeiro caso é de 3 semanas, no segundo é de 6 semanas. Cfr. o disposto no §15a da *Insolvenzordnung*.

⁴ Em transposição do artigo 7.º, 1, da Directiva 2019/1032. O disposto neste artigo com a redacção introduzida pela Lei n.º 9/2022 apenas se aplica aos processos especiais de revitalização instaurados após a sua entrada em vigor, por força do disposto no n.º 2 do artigo 10.º desta lei (no que se afasta do regime geral estabelecido no n.º 1 do mesmo artigo, que determina que a presente lei é imediatamente aplicável aos processos pendentes na data da sua entrada em vigor).

⁵ Com este entendimento, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Volume I, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 120.

⁶ Lei n.º 8/2018, de 2 de Março.

⁷ O artigo descreve o caso em que o devedor fica em situação de insolvência “nos termos dos n.ºs 1 a 3 do artigo 3.º do CIRE”, o que tem dado azo a dúvidas interpretativas. Cfr. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., pp. 115 e ss..

⁸ Para mais desenvolvimentos sobre esta medida, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 81, Jan-Jun 2021, 263-288, pág. 264, nota 1, e a bibliografia aí referida.

relativamente à sua vigência na actualidade⁹.

2 | A quem cabe o dever de apresentação

O dever de apresentação à insolvência aqui considerado impende sobre pessoas colectivas e pessoas singulares que sejam titulares de uma empresa na data em que incorram em situação de insolvência, tal como decorre do artigo 18.º, n.º 2, pelo que, conseqüentemente, não impende sobre pessoa singular que não seja titular de empresa nesse momento.

Quando o devedor seja pessoa colectiva, a iniciativa de apresentação cabe ao órgão de administração ou aos seus administradores, nos termos do artigo 19.º. Apesar de neste artigo apenas se referir “órgão de administração” e “administradores”, sem mais, o que pode levar à conclusão de que estão legitimados exclusivamente titulares formais dessa qualidade, a verdade é que estão sujeitos a ser afectados pela qualificação da insolvência como culposa em resultado da violação do dever de apresentação quer os administradores de direito quer os administradores de facto, atenta a redacção da alínea a) do n.º 1 do artigo 189.º — o que é tanto mais relevante quanto existe até presunção *iuris tantum* de culpa grave, consagrada no n.º 3 do artigo 186.º, quando os administradores de direito ou os administradores de facto não tenham cumprido o dever de requerer a declaração de insolvência. Note-se que a Lei n.º 9/2022 veio alterar a redacção do preceito, no sentido de esclarecer que o facto desconhecido que se retira do facto conhecido é tão somente a existência de culpa grave, não a própria insolvência culposa (ou seja, não se retira do atraso na apresentação à insolvência que, por esse facto, a situação de insolvência foi agravada, pelo que deve ser efectivamente provado, para que a insolvência possa ser qualificada como culposa, que este atraso agravou a situação de insolvência, nos termos do n.º 1 do artigo 186.º, como melhor se analisará *infra*).

Esclarecido que está o alcance desta presunção, não existem dúvidas de que o incumprimento do dever de apresentação do devedor à insolvência, pelos seus administradores de direito ou de facto, constitui presunção ilidível de existência de culpa grave desses administradores. Temos, assim, que se um administrador de facto não apresenta o devedor pessoa colectiva à

⁹ Entre nós, defende-se que pode considerar-se que a L 1-A/2020 (e, decorrentemente, o Regime Processual Excepcional e Transitório estabelecido no seu artigo 6.º-E) cessou por caducidade, porque a situação de alerta não foi renovada pelo Governo a partir das 00:00 do dia 1 de outubro de 2022. É certo que a L 1-A/2020, na redacção original, estabelecia que o regime processual excepcional sobre prazos e diligências só por decreto-lei poderia deixar de se aplicar (cf. artigo 7.º, n.º 2), mas, tendo este preceito sido revogado pelo artigo 8.º L 16/2020, de 29/5, não parece subsistir qualquer impedimento a que se defenda a cessação da vigência da L 1-A/2020 por caducidade (uma vez que a revogação deixou de ser a forma prevista para aquela lei deixar de vigorar). Estará em causa a caducidade, devido ao facto de ter deixado de existir a realidade que a lei se destinava a regular (a situação excepcional da pandemia). J. H. DELGADO DE CARVALHO, “Cessação de vigência da L 1-A/2020, de 19/3”, in <https://blogipcc.blogspot.com>.

insolvência nos 30 dias seguintes àquele em que soube ou deveria ter sabido que ela estava insolvente vai ser presumida a sua culpa grave¹⁰.

Daqui se retira, então, que também sobre os administradores de facto impende o dever de apresentação à insolvência. Mas coloca-se a questão de saber como pode um gerente ou administrador de facto apresentar uma sociedade comercial à insolvência, por exemplo, quando o gerente ou administrador meramente nominal não o faça, uma vez que o tribunal não pode presumir a legitimidade de qualquer terceiro que se apresente como gerente ou administrador de facto. É certo que no artigo 23.º, n.º 2, alínea b), se prescreve que o requerente da declaração de insolvência “[i]dentifica os administradores, de direito e de facto, do devedor”; e que no artigo 24.º, n.º 2, alíneas a) e b), se determina que o devedor requerente deve ainda juntar “documento comprovativo dos poderes dos administradores que o representem”, o que dificilmente pode acontecer no que respeita ao administrador de facto que cumpra o dever de apresentação. Sendo certo que não deve bastar a referida identificação, na petição, do requerente como administrador de facto para que o juiz lhe reconheça essa qualidade, parece que ele terá de requerer que lhe seja reconhecida essa qualidade, em incidente que corra por apenso¹¹.

Cabe neste ponto esclarecer que o que fica exposto não se confunde com a questão de saber se impende sobre o julgador qualquer dever de verificação de que o administrador nominal que apresente a sociedade à insolvência é também seu administrador de facto. A resposta a essa questão só pode ser negativa, pois a existência de um administrador de facto não afasta os deveres, a legitimidade, nem, conseqüentemente, a responsabilidade, dos administradores que sejam meramente nominais¹².

¹⁰ Atente-se, contudo, neste ponto, no entendimento expresso no acórdão do TRC, de 14 de Junho de 2022 (Emídio Francisco Santos): só impenderá sobre administrador de facto o dever de apresentação à insolvência nos casos em que não exista administrador de direito. É a seguinte a fundamentação exposta no referido acórdão: “Segundo o artigo 19.º do CIRE, a iniciativa da apresentação à insolvência cabe ao órgão social incumbido da sua administração, ou, se não for o caso, a qualquer um dos seus administradores. Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º do CIRE, são considerados como administradores aqueles a quem incumba a administração ou liquidação da entidade ou património em causa, designadamente os titulares do órgão social que para o efeito for competente. Resulta destes dois preceitos que, quando o devedor seja uma pessoa colectiva, designadamente uma sociedade comercial, o dever de a apresentar à insolvência recai sobre os administradores que o CIRE designa por “administradores de direito”, ou seja, às pessoas a quem, segundo a lei, o contrato de sociedade, ou decisão judicial, incumbe administrar a sociedade. Depõe ainda neste sentido a alínea a) do n.º 2 do artigo 24.º do CIRE, ao impor ao devedor, quando seja ele a apresentar-se à insolvência, o dever de juntar documento comprovativo dos poderes dos administradores que o representem e cópia da acta que documente a deliberação da iniciativa do pedido por parte do respectivo órgão social de administração, se aplicável. Este é o regime regra, pois é de admitir excepcionalmente que os administradores de facto, ou seja, as pessoas que, na realidade, dirigem e administram a sociedade, sem terem sido investidos em tais funções, tenham o dever de apresentar a sociedade à insolvência. Estamos a pensar nas situações em que a sociedade não tem administradores de direito. É que, a não se admitir esta hipótese excepcional, ficará sem sentido a alínea a) do n.º 3 do artigo, na parte em que presume a existência de culpa grave dos administradores de facto do devedor que não seja uma pessoa singular quando tenham incumprido o dever de requerer a declaração de insolvência”.

¹¹ Sobre a legitimidade excepcional do administrador de facto, uma vez verificados os requisitos de legitimação como tal, cfr. RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014 (reimpressão 2016), pp. 882-884, 910-912, 928-929, 930 a 937 e 987. Especificamente sobre a legitimidade do administrador de facto para cumprir o dever de apresentação à insolvência, cfr. *idem*, pp. 931 e ss.. E sobre o conceito unitário do administrador de facto para efeitos societários e, em particular, insolvenciais, cfr. *idem*, pp. 663 ss..

¹² Sobre a responsabilidade dos administradores que, sendo-o, não exercem de facto as suas funções, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Responsabilidade dos administradores meramente nominais pelos actos praticados por administrador de facto”, in *Revista de Direito Comercial*, 2022, 519-556, *passim*.

3 | As consequências do não cumprimento do dever de apresentação à insolvência

A principal consequência do não cumprimento do dever de apresentação à insolvência é a possível qualificação da insolvência como culposa, em termos que se analisarão neste ponto.

Nos termos da cláusula geral estabelecida no n.º 1 do artigo 186.º, a insolvência é culposa quando a situação de insolvência tenha sido causada ou agravada pela actuação, com dolo ou culpa grave, do devedor ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos 3 anos anteriores ao início do processo de insolvência. Em caso de violação do dever de apresentação, está naturalmente em causa apenas o agravamento da situação de insolvência, uma vez que a sua existência prévia é condição de existência do próprio dever.

A não apresentação à insolvência no prazo fixado no n.º 1 do artigo 18.º, quando exista dever de apresentação, constitui presunção de culpa grave, pelo que fica dispensada a prova deste requisito.

Neste ponto, deve recordar-se que está hoje esclarecido que se trata, no n.º 3, de presunções *iuris tantum* de culpa grave e não de presunções *iuris tantum* de insolvência culposa, em função de mais uma alteração operada pela Lei n.º 9/2022 ao corpo do preceito, com a introdução da palavra “unicamente” imediatamente antes de “existência de culpa grave”¹³. Mas existiam sérias divergências quanto ao que deveria presumir-se, à luz da anterior redacção, na doutrina e na jurisprudência, considerando-se ora que se trataria de presunções *iuris tantum* de insolvência culposa^{14/15}, pelo que se não

¹³ Na doutrina espanhola também se discute o alcance do disposto no artigo 443. (Supuestos especiales) e no artigo 444. (Presunciones de culpabilidad) do texto refundido de Ley Concursal (TRLR). Em particular, discute-se se no artigo 443. estão consagradas presunções *iuris et de iure* de insolvência culposa, consagrando o artigo 444. presunções *iuris tantum* de insolvência culposa (essencialmente, pelo facto de no primeiro dos preceitos se dispor que a insolvência se qualificará como culposa, “[e]m todo caso”, nas situações descritas; e de no segundo constar expressamente “salvo prueba en contrario”, relativamente às situações elencadas). A questão que se discutia (e ainda discute, pois a Ley 16/2022 não alterou estes artigos) é, desde logo, a de saber de as presunções *iuris et de iure* do artigo 443. são realmente presunções inilidíveis de insolvência culposa ou se, para esta qualificação, ainda se deve provar o nexo de causalidade entre a actuação do devedor e a causação ou agravamento da situação de insolvência. Sobre o tema, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital ex artículo 456 TRLR Conc”, in *Revista de Derecho Concursal e Paraconcursal*, n.º 34, 2021, 21-58, pp. 24 ss..

¹⁴ O facto de no n.º 2 do artigo 186.º estarem em causa presunções *iuris et de iure* de insolvência culposa, dispensando-se a prova de culpa grave ou dolo e a prova do nexo de causalidade entre o acto e o prejuízo para a situação patrimonial da empresa, não é controvertido. Todavia, encontram-se decisões nos nossos tribunais nas quais é exigida a prova deste nexo causal, como é o caso da decisão posta em crise pelo TRE, de 24 de Março de 2022 (Emília Ramos Costa), na qual se decidia que, por força “da exigência plasmada no n.º 1 do artigo 186.º do CIRE, quer as situações que se encontram prevenidas nas diversas alíneas do n.º 2, desse artigo, quer as situações descritas nas alíneas do seu n.º 3 – v.g., a falta de apresentação tempestiva à insolvência – embora fazendo presumir a culpa (grave, nos casos que se enquadrem no aludido n.º 3) dos administradores, só autorizam a qualificar a insolvência como culposa no caso de se evidenciar a existência de nexo de causalidade entre essas faltas e o estado de insolvência. A circunstância de se ter como certa – porque inilidível – a culpa, no caso de que tratam as referidas alíneas do n.º 2, não dispensa o apuramento do nexo de causalidade entre o comportamento aí descrito e a criação da situação de insolvência ou o agravamento dessa situação. No caso dos autos não foi produzida qualquer prova quanto ao nexo de causalidade entre a violação da obrigação (...) de manter uma contabilidade organizada e fidedigna (...) (tudo causas objetivas que resultaram provadas) e a criação ou agravamento da situação de insolvência da (...). Não se provando o nexo de causalidade, falece um dos requisitos para a qualificação da insolvência como culposa, não obstante a factualidade provada”. Também no STJ, nomeadamente no acórdão de 8 de Fevereiro de 2022 (Ricardo Costa), se encontra o entendimento de que no n.º 2 do artigo 186.º se consagram meramente presunções *iuris et de iure* “da existência de comportamento culposos (doloso ou com negligência grosseira e consciente) no surgimento ou no agravamento do estado de insolvência”. Na doutrina, com este entendimento, cfr. RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, cit., pp. 124 ss., nota 249.

¹⁵ Na doutrina, já entendiam que se tratava exclusivamente de uma presunção de culpa grave, nomeadamente, LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª ed., Quid Iuris, Lisboa, 2015, pág. 681, ALEXANDRE SOVE-

fosse afastada a existência de culpa grave dos administradores de direito ou de facto bastaria a verificação dos factos descritos nas duas alíneas do n.º 3 (entre os quais se encontra, precisamente, o dever de apresentação à insolvência) para que a insolvência fosse qualificada como culposa; ora que se trataria apenas de uma presunção ilidível de culpa grave, pelo que, ainda que ela não fosse ilidida, sempre seria necessária também a prova de que os factos descritos nessas alíneas tinham causado ou agravado a situação de insolvência do devedor (no caso do não cumprimento do dever de apresentação à insolvência, o agravamento).

Com a nova redacção, pode inequivocamente concluir-se que se uma empresa, explorada por pessoa singular ou colectiva, está insolvente e não foi cumprido o dever de apresentação nos termos do disposto no artigo 18.º existe presunção ilidível de culpa grave – e, então, apenas provado que seja que esse incumprimento agravou a insolvência existirá qualificação desta como culposa.

Poderá retirar-se da alteração legislativa que fica de todo comprometida a possibilidade de qualificação da insolvência como culposa pelo atraso na apresentação à insolvência? Ela fica, de facto, dificultada, quando assente no disposto no artigo 186.º, n.º 2, alínea a), se se defendesse que se tratava aí de uma presunção *iuris tantum* de insolvência culposa – sobretudo pela dificuldade de prova do nexo de causalidade entre o atraso na apresentação à insolvência e o agravamento da situação de insolvência¹⁶. Mas poderemos eventualmente ancorar a qualificação da insolvência como culposa noutra preceito. A este tema voltaremos no ponto seguinte.

RAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 572 (referindo a sua posição anterior à alteração legislativa), e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pág. 287. Mas com entendimento diverso, afirmando que se tratava de presunções ilidíveis de insolvência culposa, cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, pp. 301 ss., MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, II, Lisboa, Setembro, 2006, 653-702, pág. 692, FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 214 ss., NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “A responsabilidade civil dos administradores pela insolvência culposa”, in *I Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso* (coord. Catarina Serra), Almedina, Coimbra, 2014, 195-256, p. 207, e, aparentemente, ANA PRATA/JORGE MORAIS DE CARVALHO/RUI SIMÕES, in *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 512. Na jurisprudência, veja-se com o último entendimento, nomeadamente, o acórdão do STJ, de 23 de Outubro de 2018 (Catarina Serra). No mesmo sentido, também os acórdãos do TRC, de 22 de Novembro de 2016 (Maria João Areias), de 27 de Fevereiro de 2018 (Emídio Francisco Santos), ou o acórdão do TRP, de 23 de Abril de 2018 (Miguel Baldaia de Moraes): “A alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo 186º, para além de uma presunção relativa de culpa qualificada, consagra outrossim uma presunção, ainda que *iuris tantum*, de causalidade, pelo que competirá ao sujeito que incumprir o dever (legal) de apresentação à insolvência o ónus da prova de que a situação de insolvência ou o seu agravamento se ficou a dever a outros fatores, designadamente, as condições de mercado ou a conjuntura económica”. Em sentido diverso, porém, cfr. nomeadamente o acórdão do STJ, de 7 de Junho de 2022 (Maria Olinda Garcia), bem como o acórdão do TRC, de 12 de Julho de 2017 (Falcão de Magalhães).

¹⁶ Assim, cfr. CATARINA SERRA, “Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades”, in *Revista de Direito Comercial*, 2023, 359-398, pp. 362 ss.; *idem*, “O incidente de qualificação da insolvência depois da Lei n.º 9/2022 – algumas observações ao regime com ilustrações de jurisprudência”, in *Julgar*, n.º 48, 2022, 11-38, pp. 21 ss.: “Ora, uma presunção (unicamente) de culpa grave serve de pouco ou de nada se for difícilimo provar os restantes requisitos da insolvência culposa. Em quantos casos se demonstrará o nexo de causalidade entre o incumprimento da obrigação de apresentação à insolvência ou entre o incumprimento da obrigação de elaborar as contas anuais, de submeter as contas à fiscalização ou de depositar as contas na conservatória do registo comercial e a criação ou o agravamento da insolvência?”. A presunção de causalidade neste tipo de casos justificar-se-ia, como defende a Autora, *idem, ibidem*, por várias razões: tratando-se de presunção ilidível, nunca seria demasiado gravosa para os afectados, que sempre poderiam afastar a existência de causalidade relativamente ao agravamento da insolvência; justificar-se um regime mais exigente de deveres e responsabilidade para os empresários, os administradores e os titulares de órgãos de sociedades, a par do que acontece para estes sujeitos em lugares paralelos do nosso sistema jurídico; estando em causa disposições legais destinadas a proteger

E pode concluir-se, outrossim, que não existe nenhum dever de apresentação à insolvência quando a situação de insolvência corresponda à manifesta superioridade do passivo em relação ao activo, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º, embora a empresa consiga continuar a solver as suas obrigações conseguindo crédito? Também a esta questão responderemos nesse ponto.

4 | A não apresentação à insolvência quando se prossiga “uma exploração deficitária” não ignorando, ou não devendo ignorar, que ela conduzirá com grande probabilidade a uma situação de insolvência – ou ao seu agravamento

Adiantamos, antes de mais, que em nosso entender a resposta a estas duas últimas questões deve ser negativa. Vejamos porquê.

No artigo 186.º, n.º 2, alínea g) está estabelecida uma presunção inilidível de insolvência culposa quando o devedor, ou os seus administradores de direito ou de facto, tenham “[p]rosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência”^{17/18}. Esta presunção de insolvência culposa assenta na violação grosseira, por parte de administradores de direito e de facto, dos seus deveres de lealdade (embora, naturalmente, também esteja em causa a violação do dever de cuidado) – já não existem condições para que a continuação da exploração da actividade empresarial possa servir o interesse social, mas há uma decisão de continuação dessa exploração exclusivamente ao serviço dos interesses desses administradores ou de terceiros.

Os factos conhecidos dos quais se retirará o facto desconhecido (a qualificação da insolvência como culposa) devem então ser os seguintes: o devedor

interesses alheios (e, portanto, tratando-se de normas de protecção no sentido do artigo 483., n.º 1, do CC), ser de presumir o nexo de causalidade entre a sua violação e os danos que sejam do tipo dos que a disposição visa prevenir ou evitar, como se defende em geral no âmbito da responsabilidade civil. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência”, in *Revista de Direito Comercial*, 2018, 533-628, pp. 601 ss., explora desenvolvida e fundamentadamente o último argumento.

¹⁷ RUI PINTO DUARTE, “Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE”, in *III Congresso de Direito da Insolvência, Almedina*, Coimbra, 2015, 151-173, p. 162, identifica esta situação como uma das que não devem constar da lista de presunções, por, em alguns casos de prosseguimento de exploração deficitária no interesse dos sócios ou de trabalhadores, poder não ser merecida censura grave ou, talvez, sequer qualquer censura.

¹⁸ Como pode ler-se no acórdão do TRP, 23 de Abril de 2018 (Miguel Baldaia de Morais), “A descrita fattispecie normativa pressupõe como base da respetiva presunção que o administrador não tenha cumprido com os deveres de fidelidade/de lealdade a que se encontra adstrito por força, v.g., do disposto nas als. a) e b) do artigo 64º do Cód. das Sociedades Comerciais, praticando atos que, prejudicando a situação patrimonial da insolvente, em simultâneo trazem benefícios para quem os pratica ou para terceiros. Atos desse tipo são naturalmente incompatíveis e desconformes com o padrão da diligência de um gestor criterioso e ordenado e com o estrito cumprimento dos aludidos deveres. É que, em conformidade com tal normatividade, os administradores, no exercício das suas funções, devem considerar e intentar em exclusivo o interesse da sociedade, com a correspondente obrigação de omitirem comportamentos que visem a realização de outros interesses, próprios e/ou alheios, estando-lhes, por isso, vedada (sob pena de conduta desleal) a promoção, de forma direta ou indireta, de situações que importem benefício, vantagem ou proveito próprio dos administradores ou de terceiros, por si influenciados ou dominados (nomeadamente outra sociedade), ou de familiares, em prejuízo ou sem consideração pelo conjunto dos interesses diversos atinentes à sociedade que representa”.

ou os seus administradores, de direito e de facto, prosseguem uma exploração deficitária; fazem-no no seu interesse pessoal ou de terceiro; sabem ou deviam saber que ela conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência; e esta actuação tem lugar nos 3 anos anteriores ao início do processo de insolvência¹⁹.

Analisemos as dúvidas que pode suscitar a apreciação de alguns deles.

Desde logo, é certo que não se exige, aqui, a prova do nexos causal entre a exploração deficitária da pessoa coletiva devedora levada a cabo pelo administrador, de direito ou de facto, em benefício próprio ou de terceiro, e a situação de insolvência em que ela se encontra, ou o seu agravamento²⁰ – estamos, nos casos das alíneas do n.º 2 do artigo 186.º, perante uma das presunções de insolvência culposa, não meramente de culpa grave (como acontece nos casos das duas alíneas do n.º 3).

Também parece inequívoco que a situação de agravamento da situação de insolvência em que a sociedade já se encontrava deve ser abrangida pela *ratio* na norma, apesar de a formulação legal parecer excluí-lo: “conduzir com grande probabilidade a uma situação de insolvência”. O legislador terá dito aqui menos do que queria dizer, pelo que se justifica esta interpretação²¹.

No que respeita ao prosseguimento da exploração da empresa pelos administradores, de direito ou de facto, “no seu interesse pessoal ou de terceiro”, trata-se de facto que deve ser alegado e provado, por não se presumir²². Mas deverá, em nosso entender, bastar a prova, no que respeita ao interesse de gerentes e administradores, de que eles continuavam a auferir pontualmente as suas remunerações, ou a beneficiar de quaisquer outros benefícios proporcionados pela empresa²³ – embora já tenha sido afastado na jurisprudência o preenchimento deste requisito quando essa remuneração não

¹⁹ Embora o corpo do n.º 2 não remeta para o limite temporal estabelecido no n.º 1 do artigo 186.º, tem sido defendido que ele é também aqui aplicável. Com este entendimento, cfr. já LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., pág. 611. Afirma MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, cit., pp. 690 ss., a existência de uma “modelação temporal da situação de responsabilidade”.

²⁰ Cfr. o acórdão do TRG, de 31 de Março 2022 (José Alberto Moreira Dias).

²¹ Cfr. o acórdão do TRG, de 31 de Março 2022 (José Alberto Moreira Dias).

²² Cfr. o acórdão do TRC de 16 de Setembro de 2014 (Catarina Gonçalves). Decidiu-se neste caso que a “mera circunstância de os gerentes da devedora estarem (ou deverem estar) cientes da situação de insolvência (ou pré-insolvência) em que esta se encontrava e de, ainda assim, terem prosseguido a actividade deficitária não é bastante para que se considere verificada a situação prevista no artigo 186.º, n.º 2, alínea g), do CIRE, sendo ainda necessário que tal exploração deficitária seja prosseguida no interesse pessoal dos administradores da devedora ou no interesse de terceiro”.

²³ Sobre as razões que levam os administradores a adiar a apresentação à insolvência da sociedade comercial, no seu interesse pessoal, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, cit., pág. 84; *idem*, “Os modelos de remuneração dos membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais e as comissões de remunerações”, in *A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal*. Volume Comemorativo do 10.º Aniversário do Instituto Português de Corporate Governance (coord. José Costa Pinto), Almedina, Coimbra, 2013, 51-100, pp. 53 ss.: os membros do órgão de administração vêem-se, na crise da sociedade e na sua insolvência actual, compelidos a “ignorar” ou “mascarar” a situação económica e financeira da empresa, “com o intuito de assegurar, durante o maior período de tempo possível, a manutenção das condições de remuneração pré-estabelecidas, ou de evitar que o mercado de trabalho se aperceba do insucesso da sua actuação na administração da sociedade e, consequentemente, que a sua imagem profissional seja penalizada (ainda que aquele tenha sido claramente determinado por razões de mercado)”. Esta situação é ainda mais preocupante porquanto é propícia à ocorrência dos chamados comportamentos “oportunistas”: “os administradores podem optar por fazer a empresa societária correr riscos excessivos, numa tentativa de evitar ou adiar a sua insolvência, com todas as consequências que isso implica para a sua própria situação”.

era elevada e o titular do órgão de administração não apresentava sinais exteriores de riqueza²⁴. Parece-nos que aquele é o melhor entendimento, por na lei nada se exigir quanto à justificação, proporcionalidade ou adequação do interesse próprio que se prossegue. Apenas se exige que a exploração deficitária seja continuada no interesse próprio destes administradores ou no interesse de terceiro, sem que possa ou deva ser tida em conta qualquer apreciação relativamente a esse interesse – por ser absolutamente certo, estando verificados os restantes requisitos, que a continuação da exploração já não tem lugar no interesse da sociedade (a exploração é deficitária e vai conduzir com grande probabilidade à insolvência da sociedade ou ao agravamento dessa situação, quando ela exista).

Já no que respeita ao prosseguimento do interesse de terceiro, surge a questão de saber se está abrangido qualquer terceiro, ou apenas terceiro com o qual o devedor ou os seus administradores de direito e de facto estavam, de algum modo, especialmente relacionados. Nos nossos tribunais, já se considerou estar preenchido o requisito quando uma sociedade insolvente prosseguiu exploração deficitária em benefício de uma outra, sem que tenha ficado provada qualquer relação entre ambas ou entre uma e os sócios ou membros do órgão de administração da outra²⁵; mas também já se indicou expressamente que neste âmbito cabem terceiros influenciados ou dominados pela sociedade devedora ou pelos seus administradores de direito ou de facto, nomeadamente outra sociedade, ou familiares²⁶, parecendo assim que se pressupõe a existência de uma relação especial entre a sociedade e os terceiros a considerar. Parece-nos, neste ponto, que onde a lei não distingue não deverá distinguir o intérprete, quando a *ratio* da norma a interpretar o não exija. Nas situações em análise, recorde-se, o que releva é que inte-

²⁴ Cfr. o acórdão do STJ, de 29 de Outubro de 2019 (Graça Amaral). É o seguinte o teor do acórdão neste ponto: “Quanto ao relevo do interesse próprio na prossecução da exploração deficitária, não é despidendo notar que a remuneração do gerente (também afetado pela declaração de insolvência culposa) é de pouco mais de € 7.000,00 anuais (como consta da factualidade provada nos pontos 11, 12 e 13, com a redação que lhes foi dada após a alteração operada pela 2ª instância), não tendo a empresa qualquer outro trabalhador ao seu serviço. Acresce que, como resulta do relatório do administrador da insolvência, e se encontra referido na decisão da primeira instância, o administrador da insolvência não identificou sinais exteriores de riqueza do gerente da insolvente. Conclui-se, assim, que a factualidade provada não fornece elementos probatórios suficientes para demonstrar o preenchimento da hipótese prevista na alínea g)”.

²⁵ Cfr. o acórdão do TRG, 31 de Março 2022 (José Alberto Moreira Dias). Embora se tenha provado que, pelo mesmo entre 29 de maio de 2015 a 31 de dezembro de 2020, a sociedade devedora trabalhou em exclusivo para essa outra sociedade, que lhe emprestava as máquinas e as matérias primas necessárias para que aquela lhe prestasse os serviços; que a sociedade devedora era apenas prestadora de serviços, serviços esses que a mesma prestou, em exclusivo, a essa outra sociedades, pelo menos 29/05/2015 e 31/12/2020, nunca tendo tido equipamentos ou instalações próprias, laborando nas instalações que lhe eram fornecidas por ela; que a única razão de ser para a existência da sociedade devedora era o fornecimento de mão de obra a esta outra sociedade, sendo que a sociedade devedora não reflectia, nos preços que cobrava a esta última sociedade, como contrapartida da mão de obra que lhe fornecia, o custo dessa mão de obra, acabando por ser ela (sociedade devedora) a suportar o diferencial entre aquilo que recebia como contrapartida da mão de obra fornecida e o custo efectivo que a própria sociedade devedora tinha de suportar por essa mão de obra, o que levou a que a sociedade devedora não tivesse capacidade para honrar os seus compromissos, em especial, junto da Segurança Social e da Fazenda Nacional.

²⁶ Cfr. o acórdão do TRP, de 23 de Abril de 2018 (Miguel Baldaia de Moraes). Expõe-se no acórdão: “em conformidade com tal normatividade, os administradores, no exercício das suas funções, devem considerar e intentar em exclusivo o interesse da sociedade, com a correspondente obrigação de omitirem comportamentos que visem a realização de outros interesses, próprios e/ou alheios, estando-lhes, por isso, vedada (sob pena de conduta desleal) a promoção, de forma direta ou indireta, de situações que importem benefício, vantagem ou proveito próprio dos administradores ou de terceiros, por si influenciados ou dominados (nomeadamente outra sociedade), ou de familiares, em prejuízo ou sem consideração pelo conjunto dos interesses diversos atinentes à sociedade que representa”.

resses que não se reconduzem ao interesse da sociedade (*corporate governance*), por isso já não ser possível, nem ao interesse da generalidade dos credores (*insolvency governance*), são prosseguidos pelos administradores, em circunstâncias nas quais a consideração de uns e de outros imporá a apresentação à insolvência ou, reunidas que estivessem as condições necessárias, a um meio pré-insolvencial de recuperação da empresa. Finalmente, ainda se pode questionar, nesta sede, se é de excluir a existência de ilícito quando a continuação da exploração nestas condições prossiga o interesse daquele grupo de terceiros que são relevantes para a sustentabilidade da sociedade, como por exemplo os seus trabalhadores, tendo em consideração o disposto no artigo 64.º, alínea b), parte final, do CSC. Também aqui não distinguiríamos, uma vez que o argumento da relevância da prossecução dos interesses destes *stakeholders* pode ser rejeitado pelo facto de a apresentação à insolvência não implicar necessariamente a liquidação da sociedade, e até de a apresentação atempada propiciar mais facilmente a recuperação da empresa, salvaguardando-se assim muito provavelmente de modo mais eficiente a tutela dos interesses destes terceiros. De resto, também já não está em causa, na insolvência actual, a sustentabilidade da sociedade, dado que existe elevada probabilidade de agravamento da situação de insolvência.

Passando agora à análise de outro requisito: é necessário demonstrar que o devedor ou os seus administradores sabiam, ou tinham a obrigação de saber, que continuando a exploração da empresa estavam a causar ou agravar a insolvência – e, portanto, não prosseguiam a actividade não lucrativa por acreditarem, fundadamente, que iriam superar um período deficitário e conseguir equilibrar a situação da empresa²⁷. Note-se que apenas afasta o preenchimento deste requisito o facto de esta crença na possibilidade de superação das dificuldades ser fundada – e não meramente numa convicção pessoal, que pode assentar na incapacidade de estes administradores obterem e analisarem a informação necessária e relevante para chegarem a tal convicção. Por outras palavras, será necessário que se possa concluir que os administradores se muniram da informação necessária para poderem razoavelmente crer, depois do seu adequado tratamento, que seria possível evitar o agravamento ou a causação da situação de insolvência da empresa.

Depois de identificados e analisados os factos que, conhecidos, levarão a que deles se retire o facto desconhecido (a insolvência culposa), cumpre agora responder às duas questões que formulámos *supra*.

Assim, e quanto à primeira: nas situações em que o passivo é manifes-

²⁷ Cfr. o acórdão do STJ, de 29 de Outubro de 2019 (Graça Amaral). Neste acórdão, esclarece-se que “não basta que se prossiga, durante algum tempo, uma actividade deficitária para se concluir que tal serve o interesse próprio ou de terceiro; é necessário demonstrar que o devedor ou os seus administradores sabiam, ou tinham a obrigação de saber, que, agindo desse modo, estavam no caminho da insolvência, pois há que distinguir entre a situação tipicamente prevista na alínea g) e aquela outra em que o devedor ou os seus administradores persistem numa actividade não lucrativa porque acreditam, fundadamente, que conseguirão superar um período deficitário e voltar a uma actividade rentável”.

tamente superior ao activo, como descrito nos n.ºs 2 e 3 do artigo 3.º (nas quais, portanto, está afastado o dever de apresentação à insolvência estabelecido no artigo 18.º)²⁸, e o devedor ou os seus administradores, de direito ou de facto, sabem ou não devem ignorar que a empresa não apresenta perspectivas de viabilidade²⁹, servindo a prossecução da actividade meramente o seu interesse pessoal ou de terceiros, este devedor deve necessariamente apresentar-se à insolvência, sob pena de poderem ver a insolvência ser qualificada como culposa, nos termos da alínea g) do n.º 2 do artigo 186.º.

Situação distinta é aquela em que esta empresa, apesar de se encontrar em situação de insolvência actual por ter um passivo manifestamente superior ao activo nos termos descritos no n.º 2 do artigo 3.º, apresenta perspectivas sérias de recuperação: ela não é obrigada a apresentar-se à insolvência, mas está impedida de recorrer a um meio pré-insolvencial de recuperação – com excepção do processo extraordinário de viabilização de empresas, PEVE, até 30 de Junho de 2023³⁰; pode, porém, apresentar-se à insolvência e procurar a recuperação no âmbito de um processo de insolvência. Nesta situação, e enquanto a empresa apresentar perspectivas de viabilidade, a continuação da sua exploração não vai ser apta a integrar a previsão da alínea g) do n.º 2 do artigo 186.º – a actuação aí proscribita é o facto de se prosseguir a exploração deficitária sem se ignorar (ou ignorando com culpa) que a insolvência ou o seu agravamento³¹ é inevitável.

Note-se que, em geral, fica afastado o funcionamento da presunção *iuris et de iure* de insolvência culposa consagrada nesta alínea g) do n.º 2 do artigo 186.º com a demonstração de que o devedor recorreu a um meio pré-insolvencial de recuperação da empresa (PER, RERE ou PEVE), numa fase em que ela se encontrasse ainda em situação económica difícil ou de insolvência iminente e apresentasse perspectivas de recuperação (de outro modo, como se expôs, esse recurso estar-lhe-ia vedado – com a excepção

²⁸ Nestes casos, o devedor está em situação de insolvência actual. Questão distinta (e actualmente muito discutida) é a de saber se, não estando a empresa ainda em situação de insolvência actual e apresentando perspectivas de viabilidade, será de afirmar um dever de recurso a um dos meios pré-insolvenciais de recuperação da empresa (note-se que essa recuperação não está afastada no âmbito do próprio processo de insolvência, havendo aprovação de um plano de insolvência que a vise, e que se se tratar de insolvência iminente o devedor tem a faculdade de se apresentar à insolvência, como resulta do disposto no artigo 3.º, n.º 4). Sobre o tema, cfr. LUÍS ANTÓNIO RAMOS CORREIA ARAÚJO, *A Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Credores na Insolvência da Sociedade Comercial. A Qualificação da Insolvência entre as Vias para a Responsabilização dos Administradores*, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 42 ss..

²⁹ Atente-se, a este propósito, na eventual necessidade de repensar a situação de insolvência actual enquanto pressuposto objectivo da declaração de insolvência, como propõe VITTORIO MINERVINI, “Il (necessario) ripensamento delle procedure concorsuali dopo il “lockdown”: dal concetto di “insolvenza” a quello di “risanabilità”?”, in *Il Diritto Fallimentari e delle Società Commerciali*, 5/2020, 965-989, pp. 976 ss., passando a considerar-se a possibilidade de viabilização da empresa como impeditiva da declaração da sua insolvência. Para mais desenvolvimentos, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência”, cit., pág. 275, nota 15, e a bibliografia aí referida.

³⁰ Sobre os deveres dos administradores de empresa em crise que apresente perspectivas de viabilidade e o recurso ao PEVE, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Deveres dos administradores da empresa em crise: as perspectivas de viabilidade e o recurso ao PEVE”, in *Revista de Direito Comercial*, 2021, acessível in www.revistadedireitocomercial.com, 1229-1254, pp. 1230 ss..

³¹ Como se viu, deve entender-se que cabe na ratio da norma o facto de se saber, ou não se dever ignorar, que a situação de insolvência, a existir, se agrava com a continuação da exploração da empresa.

das situações em que já se encontrasse em situação de insolvência actual e tenha recorrido a um PEVE, o que é possível até 30 de Junho de 2023)³². Para o efeito, seria necessário que a situação de insolvência actual ou o seu agravamento ocorressem no decurso dos referidos procedimentos de recuperação ou num curto período após o respectivo encerramento. Assim, estaria afastado o prosseguimento da exploração deficitária, facto cuja verificação é essencial para que possa funcionar a presunção de insolvência culposa aqui em análise.

Inversamente, se os administradores de uma empresa societária, por exemplo, prosseguem a exploração da empresa, sem recorrerem a um destes meios de recuperação quando as específicas circunstâncias o permitam, ou sem apresentarem a entidade que administram à insolvência (eventualmente visando a sua recuperação através de um plano de insolvência), ou sem tomarem quaisquer outras medidas que se mostrem *in casu* aptas a prevenir a situação de insolvência, estarão preenchidos os pressupostos para o funcionamento da presunção de insolvência culposa estabelecida na alínea g) do n.º 2 do artigo 186.º se, concomitantemente, ficar provado que eles sabiam ou não podiam ignorar sem culpa que essa actuação provocaria a insolvência de entidade que ainda não se encontrasse nessa situação, ou agravaria a insolvência de entidade que já se encontrasse em situação de insolvência actual.

Isto posto, e para concluir, nos casos em que não se consegue fazer a prova do agravamento da situação de insolvência com o incumprimento do dever de apresentação (como resulta agora expressamente da conjugação do disposto no n.º 3 e do n.º 1 do artigo 186.º, não se presumirá nesses casos a insolvência culposa), ou se a situação de insolvência corresponde exclusivamente a uma superioridade manifesta do passivo em relação ao activo (nos termos do disposto no artigo 18.º, n.º 1, não haverá dever de apresentação à

³² De resto, entre nós, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores – Entre o Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 72, retira dos deveres de cuidado e de lealdade que impendem sobre os administradores (e do disposto no artigo 228.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal, no qual se dispõe que o devedor que, tendo conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da sua empresa, não requerer em tempo nenhuma providência de recuperação é punido, se ocorrer a situação de insolvência e esta vier a ser reconhecida judicialmente, com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias) um dever geral de actuação adequada à situação da sociedade em cada momento – e, logo, um dever de recorrer aos instrumentos de reestruturação ou recuperação da empresa, se as circunstâncias o exigirem para assegurar a prevenção da situação de insolvência. E CATARINA SERRA, “Dever de prevenção da insolvência e (des) responsabilização dos administradores de sociedades”, cit., pp. 366 ss., enfatiza a necessidade de adequação do direito insolvencial português ao disposto no artigo 19.º da Directiva sobre reestruturação e insolvência, que desloca o momento em que surgem especiais deveres dos administradores na prevenção da situação de insolvência para a fase de probabilidade de insolvência ou insolvência provável, visando uma intervenção dos administradores numa fase mais precoce da crise da empresa e agravando, assim, a sua responsabilidade. No direito espanhol, em função das alterações introduzidas pela Ley 16/2022 ao TRLC, foi criado o estado de “probabilidade da insolvência”, no âmbito dos pressupostos objectivos para o recurso a um meio pré-concursal de recuperação. Nos termos do disposto no artigo 584.2 TRLC, considera-se que existe probabilidade de insolvência quando seja objectivamente previsível que, sem um plano de recuperação, o devedor não poderá cumprir pontualmente as obrigações que se vençam nos dois anos seguintes. Esta situação de crise, assim definida, antecede a de insolvência iminente, pelo que poderia entender-se próxima da entre nós denominada situação económica difícil, definida no artigo 17.º-B do CIRE em termos distintos (nesta situação, a empresa enfrenta “dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito”, pelo que, se nada for feito, previsivelmente também estará incapacitado para cumprir as suas obrigações vencidas nos dois anos seguintes). Sobre o tema, cfr. ANA BELÉN CAMPUZANO, “Los estados de insolvencia”, in *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 58, 2023, 15-46, pp. 28 ss..

insolvência, pelo que nunca poderá existir presunção de culpa grave no seu incumprimento), nem por isso pode ser afirmado que a insolvência não será qualificada como culposa pelo facto de os administradores não terem apresentado a empresa, singular ou colectiva, à insolvência – ela presumir-se-à inilidivelmente culposa se estiverem concomitantemente preenchidos os requisitos da alínea g) do n.º 2 do artigo 186.º, nos termos aqui analisados.

5 | Os efeitos da qualificação da insolvência como culposa pelo incumprimento do dever de apresentação à insolvência

Os efeitos da qualificação da insolvência como culposa estendem-se a todos os afectados pela qualificação, devendo o juiz identificá-los na sentença.

O âmbito dos afectados é mais lato do que o âmbito daqueles cuja actuação pode levar à qualificação da insolvência como culposa (que são exclusivamente o devedor e seus administradores, de direito e de facto): além destes, poderão ser afectados contabilistas certificados, revisores oficiais de contas, e outros (“nomeadamente”), nos termos do artigo 189.º, n.º 1, alínea a)³³.

No leque destes outros³⁴ e no que respeita ao grupo de situações de que nos ocupamos neste texto, poderá ser considerado um terceiro que, no período em que se preenchem os pressupostos para o funcionamento da presunção estabelecida na alínea g) do n.º 2 do artigo 186.º é aquele em cujo interesse o devedor ou os seus administradores, de direito ou de facto, prosseguem a exploração da empresa, não ignorando que ela conduzirá, com grande probabilidade, a um agravamento da situação de insolvência da mesma. É também importante que se esclareça que, se no período em que deveria já ter ocorrido a apresentação à insolvência existiram operações de agravamento da situação de insolvência e se as pessoas que nelas tenham participado (por acção ou omissão) delas aproveitaram, também essas pes-

³³ Note-se que também nos termos do disposto nos artigos 442. e seguintes da *Ley Concursal* a insolvência será qualificada como culposa por força da actuação, exclusivamente, do devedor e seus administradores, representantes legais ou liquidatários – sendo o leque dos possíveis afectados (e também daqueles eventualmente declarados cúmplices e sujeitos a algumas das consequências da qualificação) significativamente mais vasto (podem ser afectados os directores gerais, e declaradas cúmplices quaisquer pessoas que, com dolo ou culpa grave, tenham colaborado com os possíveis afectados na práticas dos actos que levaram à qualificação da insolvência como culposa). Subsistem no país vizinho as dúvidas acerca da possibilidade de ser declarado afectado o representante, pessoa singular, de um administrador pessoa colectiva, bem como do fundamento legal para tal declaração – até porque na *Ley de Sociedades de Capital* se estabelece que aquela pessoa está sujeita aos mesmos deveres que impendem sobre o administrador pessoa colectiva e responde solidariamente com ela (artigo 236.5, introduzido na *Ley de Sociedades de Capital* pela *Ley* 31/2014). Sobre o tema, cfr. ABEL JOAN SALA SANJUÁN, “La reforma de la calificación del concurso”, in *Anuario de derecho concursal*, n.º 58, 2023, pp. 188 ss.. Note-se ainda que no direito espanhol existe a noção de “cúmplice” da insolvência culposa, para o efeito de sujeitar estas pessoas a algumas das consequências da qualificação da insolvência como culposa: o artigo 445. da *Ley Concursal* indica que se consideram cúmplices “las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus directores generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”. Então, para esta qualificação como cúmplice, também para as pessoas que não provocam a qualificação da insolvência como culposa se exige, ali, a existência de dolo ou culpa grave.

³⁴ Sobre a possível inclusão do sócio único, nos termos do artigo 84.º CSC, no leque dos afectados pela qualificação da insolvência como culposa, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O artigo 84.º e a sua função actual na tutela dos credores sociais”, in *Congresso Comemorativo dos 30 anos do Código das Sociedades Comerciais* (coord. Paulo de Tarso Domingues), Almedina, Coimbra, 2017, 83-105, *passim*.

soas podem ser declaradas afectadas pela qualificação da insolvência como culposa³⁵.

Quanto aos efeitos, para os afectados, da qualificação da insolvência como culposa, regem as alíneas b) e seguintes do n.º 2 do artigo 189.º. Prestaremos aqui particular atenção ao disposto na alínea e), relativa à obrigação de indemnização dos credores da insolvência, por ter o texto desta alínea sido objecto de alteração pela Lei n.º 9/2022, no que respeita à determinação do montante da indemnização³⁶.

Começamos por enunciar as duas principais orientações seguidas, nesta matéria, antes da referida alteração. O teor da alínea e) do n.º 2 do artigo 189.º era o seguinte: “Na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve:” (...) “Condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados”.

Em face deste texto legal, havia tribunais que aplicavam literalmente a norma, condenado os afectados a indemnizar os credores do insolvente na totalidade dos créditos não satisfeitos. Mas também era frequente a condenação em montante inferior, como se o montante dos créditos não satisfeitos constituísse um limite máximo (ele próprio, por sua vez, limitado às forças

³⁵ E este terceiro até poderá, no processo de insolvência, ser credor. A este propósito, embora não no âmbito da alínea g) do n.º 2 do artigo 186.º nem do atraso na apresentação à insolvência, cfr. o acórdão do STJ, de 9 de Junho de 2022 (António Barateiro Martins), no qual se declarou afectado pela qualificação da insolvência como culposa aquele credor que, mancomunado com os administradores, adquiriu sem contrapartida todos os bens da sociedade insolvente dois meses antes do início do processo de insolvência da mesma. Parece, assim, que se começa a interpretar o vocábulo “nomeadamente”, no âmbito dos afectados indicados no artigo 189.º, n.º 2, alínea a), com o sentido que na vizinha Espanha, no âmbito do TRLC, se dá aos “cúmplices” na qualificação da insolvência como culposa. De facto, como já exposto, o artigo 445. TRLC, sob a epígrafe “Cúmplices”, estabelece que “[s] e consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus directores generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”. Depois, estas pessoas declaradas cúmplices podem ser sujeitas às consequências da qualificação da insolvência como culposa estabelecidas no artigo 455. TRLC, de entre as quais destacamos a possível condenação, a indemnizar, com ou sem solidariedade, pelos danos causados pelos actos que levaram à qualificação da insolvência como culposa. Recentemente, no acórdão do Tribunal Supremo 600/2021, Sala Civil, de 14 de setembro de 2021, considerou-se a questão da cumplicidade concursal. Nesse acórdão, esclareceu-se que o cúmplice é necessariamente um terceiro, que colaborou nos actos, praticados pelo devedor ou pelos seus administradores, que determinaram a qualificação da insolvência como culposa. Assim, *in casu*, a qualificação assentou na saída de bens do património do devedor, nos dois anos anteriores à declaração de insolvência, consistindo na transmissão de dois imóveis onde se localizavam as instalações industriais da insolvente, bem como maquinaria e actividade empresarial, para uma sociedade, com o objectivo de se prosseguir a actividade da insolvente sob a aparência dessa sociedade adquirente. O Tribunal Supremo considerou que esta actuação integra os requisitos necessários para declarar a cumplicidade, uma vez que a sociedade adquirente e os seus administradores se dispuseram a participar na transmissão em causa e tornaram possível que a mesma empresa, com aparência societária diferente, assegurasse a continuação da insolvente no que respeita aos activos e exercício da actividade empresarial no mercado, mas não no que respeita aos seus passivos e responsabilidades. Considerou ainda que esta “cooperação” se realizou dolosamente, com a intenção de subtrair os activos da insolvente à responsabilidade patrimonial para com os seus credores. Deste modo, a sociedade adquirente foi declarada cúmplice, pela intervenção dos seus administradores (também declarados cúmplices), imprescindível para a consumação da conduta que levou à qualificação da insolvência como culposa.

³⁶ Também no direito espanhol existiu alteração relevante nesta matéria. É o seguinte o teor do artigo 445. 5.ª da *Ley Concursal*, com a redacção introduzida pela *Ley 16/2022*: 5.º “La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a indemnizar, con o sin solidaridad, los daños y perjuicios causados”. Assim, admite-se agora expressamente que o juiz possa afastar a existência de solidariedade. Por sua vez, o artigo 456. (não modificado por aquela última intervenção legislativa) prevê, havendo liquidação, a possibilidade de condenação de todos ou alguns dos afectados na satisfação parcial ou total do passivo, com ou sem solidariedade, na medida em que a conduta destas pessoas que tenha determinado a qualificação da insolvência como culposa tenha causado ou agravado a insolvência. Em caso de pluralidade de condenados nesta cobertura do passivo, a sentença deve individualizar a quantia a satisfazer por cada um, na medida da sua participação nos factos que determinaram a qualificação da insolvência com culposa.

dos patrimónios dos afectados), permitindo-se o julgador determinar o montante da indemnização em função de determinados critérios, especialmente no caso de qualificação da insolvência como culposa pelo incumprimento do dever de apresentação à insolvência³⁷.

Os critérios aplicados para esta adequação do montante da indemnização nem sempre eram claros e também não eram sempre os mesmos. Eram maioritariamente considerados, individual ou cumulativamente, a gravidade do ilícito, o grau de culpa, e o nexo de causalidade entre o atraso na apresentação à insolvência e o dano dele decorrente – embora, frequentemente, sem esta especificação, e geralmente com base num princípio de proporcionalidade³⁸.

Precisamente, no que respeita à gravidade do ilícito, um atraso não muito significativo na apresentação à insolvência seria tido em conta para o efeito em análise. Mas retira-se da fundamentação das decisões na matéria que o nexo de causalidade entre esse atraso e o dano era o mais considerado, embora nada na lei permitisse a sua ponderação para o apuramento do montante da indemnização, sobretudo tendo em conta que se tem entendido maioritariamente que esta responsabilidade tem natureza sancionatória, a par da necessária natureza ressarcitória.

Entretanto, o texto da alínea e) do n.º 2 do artigo 189.º foi alterado pela Lei n.º 9/2022, determinando-se agora que o juiz deve: “Condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos, considerando as forças dos respetivos patrimónios, sendo tal responsabilidade solidária entre todos os afetados”.

³⁷ Para um elenco das várias decisões jurisprudenciais que acolhiam uma ou a outra interpretação do preceito em análise, independentemente da causa da qualificação da insolvência como culposa, cfr. CATARINA SERRA, “O incidente de qualificação da insolvência depois da Lei n.º 9/2022 – algumas observações ao regime com ilustrações de jurisprudência”, cit., pp. 24 ss., notas 34 e 35. Veja-se a referência da Autora, *idem*, p. 25, ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 280/2015, de 20 de Maio, que terá feito pender a orientação dos tribunais para a segunda interpretação indicada no texto (sobretudo na parte em que no acórdão se afirma expressamente que “a própria fixação do montante da indemnização prevista na alínea e) do n.º 2 do mesmo preceito legal, deverá ser feita em função do grau de ilicitude e culpa manifestado nos factos determinantes dessa qualificação legal”.

³⁸ Cfr. o acórdão do TRP, de 23 de Março de 2021 (Anabela Tenreiro): “A condenação das pessoas afectadas pela qualificação da insolvência como culposa, no pagamento de uma indemnização, constitui um efeito imperativo, previsto no artigo 189.º, n.º 2, al. e) do CIRE, que não corresponde meramente à diferença entre o passivo e o resultado do activo mas sim ao real prejuízo que a sua conduta causou aos credores” – itálico no original. Mas articulando a medida da culpa e o nexo de causalidade entre o facto e o dano, de modo bastante complexo, porque considerando o grau de culpa quer na fixação do montante global da indemnização quer nas relações internas dos afectados, cfr. o acórdão do TRG, de 18 de Dezembro de 2017 (João Diogo Rodrigues): “A indemnização devida por aqueles que são atingidos com a qualificação de insolvência deve ser limitada, por um lado, pelo montante dos créditos relativos à massa insolvente, e, por outro, pelo património desses mesmos atingidos, mas também pode ser ponderada em função da culpa destes últimos, se e na medida em que o prejuízo dos credores possa ser atribuído a um ato ou atos concretos determinantes dessa mesma culpa. [...] Além disso, havendo mais de uma pessoa atingida pela referida qualificação, a responsabilidade de cada uma delas também deve ser dimensionada em função da respetiva culpa, se houver elementos para tal”. Semelhantemente, quanto aos critérios a considerar, cfr. ainda o acórdão do TRP, de 21 de Abril de 2022 (Paulo Dias da Silva): “A al. e) do n.º 2 do artigo 189.º do CIRE deve ser interpretada em termos hábeis quando conjugada com o subsequente n.º 4: a indemnização não pode ultrapassar a diferença entre o valor dos créditos reconhecidos e o que é pago aos credores pelas forças da massa insolvente, e também não pode ser desproporcional relativamente à gravidade da situação prejudicial criada pelo afectado na insolvência, aproximando-se do valor dos danos efectivamente causados, sem esquecer que tem também natureza sancionatória. [...] Entendemos que a indemnização devida não pode ser fixada em montante igual ao dos créditos reconhecidos no processo de insolvência e que não obterão pagamento, mas fazendo apelo a um juízo equitativo, ponderando a culpa do afectado, que deverá responder apenas na medida em que o prejuízo possa/deva ser atribuído ao acto ou actos determinantes dessa culpa”.

Analise os dois segmentos da norma que foram objecto desta intervenção legislativa.

Desde logo, “no montante dos créditos não satisfeitos” foi substituído por “até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos”. Permite-se então agora expressamente que o montante da indemnização fixada seja inferior ao valor dos créditos não satisfeitos. Mas subsistem muitas questões interpretativas.

Em primeiro lugar, não se especifica se esta permissão se dirige à fixação do valor total da indemnização ou, especificamente, ao valor imputado a cada um dos afectados, no caso de não existir apenas um. Aparentemente, o sentido da lei será o primeiro, permitindo-se então que haja fixação de um valor global da indemnização a pagar aos credores que não alcance o valor máximo dos créditos não satisfeitos. E, sendo a responsabilidade solidária, qualquer dos coobrigados pode ser chamado a responder pela totalidade da indemnização, não podendo invocar o benefício da divisão (nos termos do disposto no artigo 518.º CC) e cabendo-lhe depois o direito de regresso sobre os restantes coobrigados pela parte que lhes compete, se tiver satisfeito a obrigação acima do que lhe cabia, como resulta do artigo 524.º CC. Pelo menos até à alteração de redacção de 2022, entendia-se que em sede de direito de regresso e para a determinação da parte da obrigação que cabia a cada um dos obrigados deveria ser considerado o grau de culpa de cada um dos afectados, sendo esse o único efeito útil da fixação do grau de culpa de cada um dos afectados a que se refere a parte final da alínea a) do n.º 2 do artigo 189.³⁹

Mas existem outras dificuldades na aplicação do preceito: embora da sua redacção actual resulte agora então expressamente que o valor da indemnização pode ficar aquém do valor máximo dos créditos não satisfeitos, não se elencam os critérios a ter em consideração para fixar o valor total da indemnização devida em montante inferior⁴⁰. Analisemos então sucintamente alguns desses possíveis critérios.

Do ponto de vista da gravidade do ilícito, e reportando ao caso de que nos ocupamos neste trabalho, poderia ser de atender à extensão do atraso na apresentação à insolvência, ou seja, à dimensão do período temporal decorrido entre o momento em que o devedor deveria ter-se apresentado à insolvência e o momento em que efectivamente o fez, ou em que um terceiro veio requerer a declaração da sua insolvência. Não repugna uma conside-

³⁹ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol”, in *Diário das Sociedades em Revista*, ano 7, volume 14, 2015, 70-111, pp. 100 e ss.. Acompanha o nosso entendimento HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Natureza e funções da responsabilidade civil por insolvência culposa”, in *V Congresso de Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Almedina, Coimbra, 2019, 135-167, pp. 163 ss..

⁴⁰ Para CATARINA SERRA, “O incidente de qualificação da insolvência depois da Lei n.º 9/2022 – algumas observações ao regime com ilustrações de jurisprudência”, cit., p. 27, a alteração legislativa implica mesmo que “[o] montante dos créditos não satisfeitos deixa de poder ser utilizado como ponto de partida ou como padrão para o cálculo da indemnização e o (novo) critério, disponibilizado no artigo 189.º, n.º 4, passa a ser o montante dos prejuízos sofridos” – cabendo então agora ao montante dos créditos não satisfeitos apenas o papel de limite máximo do valor da indemnização.

ração deste teor, sobretudo tendo em conta o diminuto prazo fixado pelo legislador para o cumprimento do dever de apresentação.

Do ponto de vista do grau de culpa dos afectados, a questão que agora se pode colocar é a de saber de ele deve ser considerado na fixação do valor global da indemnização, ou tão só nas relações internas, nos termos do n.º 4 do artigo 189.º – pois, havendo pluralidade de afectados, o grau de culpa poderá, muito provavelmente, ser diferente para cada um⁴¹. Embora possa aceitar-se esta possibilidade, existem alguns escolhos de ordem prática à aplicação deste critério, nestes termos. Desde logo, o facto de, havendo pluralidade de afectados com graus de culpa distintos, não se perceber muito bem de que modo o julgador poderá considerá-los para a fixação do valor global da indemnização. Parece que se lhe exige, actualmente, que além de fixar o grau de culpa de cada um para efeitos de direito de regresso nas relações internas, fixe ainda um grau de culpa “global”, sem que se consiga saber de que modo isso será possível. De resto, é certo que necessariamente pelo menos um dos afectados que será o devedor, ou todos ou parte dos seus administradores, de direito ou de facto, deverá ter agido com culpa grave ou dolo (de outro modo, nunca a insolvência poderia ter sido qualificada como culposa). Mas podem outros afectados, por exemplo um contabilista certificado, ter agido com um grau de culpa inferior, uma vez que a lei não exige, para essa qualificação, grau de culpa idêntico ao exigido para efeitos da qualificação da insolvência como culposa⁴². Saber de que modo o julgador deverá ponderar esta diversidade de graus de culpa dos diversos afectados para o efeito de poder determinar globalmente que o valor da indemnização deve ser inferior ao valor máximo dos créditos não satisfeitos não se afigura, de todo, fácil.

Mais: é certo que o legislador manteve expressamente o regime da solidariedade passiva entre todos os afectados, pelo que não pode retirar-se da redacção actual do preceito que o grau de culpa de cada afectado pode funcionar como um limite máximo à responsabilidade externa de cada um. O regime da solidariedade desloca o risco do incumprimento por parte dos coobrigados da esfera jurídica do credor ou dos credores para a esfera jurí-

⁴¹ Para ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., pp. 585 ss., sobretudo p. 595, o grau de culpa deixou agora de ter relevo meramente nas relações internas: passa agora a ter de ser considerado (ao lado da consideração do seu património) na fixação, pelo juiz, do valor a pagar por cada afectado relativamente aos créditos não satisfeitos.

⁴² Diferentemente do que acontece, como vimos, no direito espanhol, quer relativamente à qualificação como afectados quer relativamente à declaração como cúmplices.

dica dos devedores solidários⁴³. Assim, o impacto desta alteração legislativa não será o de impedir que cada um dos afectados possa vir a responder pela totalidade da indemnização fixada, pois poderá haver impossibilidade de recuperação, pelo afectado que cumpriu, da parte que caberia aos restantes coobrigados pela via de regresso⁴⁴.

Do ponto de vista do nexo de causalidade entre o não cumprimento da obrigação de apresentação à insolvência e o agravamento da situação de insolvência, pode agora ser tido em conta na fixação do valor da indemnização o valor dos danos que efectivamente resultem desse facto, funcionando como mais um limite à sua determinação (necessariamente abaixo do valor máximo dos créditos não satisfeitos). Mas, então, terá que ser repensada a função desta responsabilidade, que se tem comumente identificado também como sancionatória, e ultrapassando assim a função ressarcitória típica da responsabilidade civil⁴⁵. Além disso, nos casos (de que não nos ocupamos neste trabalho) de qualificação da insolvência como culposa por força do funcionamento das presunções *iuris et de iure* de insolvência culposa, consagradas no n.º 2 do artigo 186.º, a necessidade de se atender ao nexo de causalidade para este fim de determinação dos danos a ressarcir poderá vir, sem dúvida, a colocar novos desafios ao intérprete, em particular ao julgador: se uma das grandes vantagens daquelas presunções era, precisamente, o facto de não ser exigida a prova da causação ou agravamento da

⁴³ Isto, independentemente do alcance do disposto no n.º 2 do artigo 512.º CC, que estabelece que a obrigação não deixa de ser solidária pelo facto de os devedores “estarem obrigados em termos diversos ou com diversas garantias, ou de ser diferente o conteúdo das prestações de cada um deles”, acrescentando-se no preceito que “igual diversidade se pode verificar quanto à obrigação do devedor relativamente a cada um dos credores solidários”. De facto, o que resulta deste n.º 2 do artigo 512.º é que “não é essencial, para que exista solidariedade, que todas as obrigações tenham o mesmo conteúdo obrigacional”, podendo, nomeadamente, “ter lugar e tempo diferente de cumprimento ou ter a sua eficácia condicionada pela verificação de evento futuro e incerto ou diferida por termo suspensivo, ou ainda estarem umas e não outras garantidas por fiança, penhor ou hipoteca”. Cfr. ANA AFONSO, “Artigo 512.º. Noção”, in *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 432. O que o n.º 2 não afasta é o funcionamento do disposto no n.º 1, mesmo nestes casos: sendo solidária a obrigação, cada um dos devedores responde pela prestação integral, pois de outro modo estaria afastado o regime da solidariedade. Contudo, com entendimento aparentemente distinto, cfr. CATARINA SERRA, “O incidente de qualificação da insolvência depois da Lei n.º 9/2022 – algumas observações ao regime com ilustrações de jurisprudência”, cit., pp. 29 e ss..

⁴⁴ Curiosa é, neste ponto, a solução consagrada no TRLC espanhol. Aí, coexistem dois tipos de indemnização na insolvência culposa. Por um lado, pode haver condenação das pessoas afectadas na cobertura do passivo do devedor insolvente, nos termos do artigo 456.1: havendo liquidação sem a satisfação total dos credores da massa e/ou da insolvência, o juiz, na sentença de qualificação, poderá condenar, com ou sem solidariedade, na cobertura total ou parcial do passivo, todos ou alguns dos afectados pela qualificação da insolvência como culposa, na medida em que a sua actuação que tenha determinado a qualificação tenha provocado ou agravado a insolvência. Embora o preceito não o esclareça, a actuação ilícita que pode dar origem a esta indemnização, com função estritamente ressarcitória, estará forçosamente entre as condutas tipificadas nos artigos 442. a 444. como fundamentos para a qualificação da insolvência como culposa – assim se tem entendido na doutrina; e também se tem entendido, neste contexto, que o grau de culpa exigido para que se gere a obrigação de indemnizar será o dolo ou a culpa grave, tal como se exige para a própria qualificação da insolvência como culposa. Simultaneamente, o artigo 456.3 estabelece que em caso de pluralidade de condenados na cobertura do passivo, a sentença deverá individualizar a quantia a satisfazer por cada um, tendo em conta a participação nos factos que tenham determinado a qualificação da insolvência como culposa. Por outro lado, nos termos do artigo 455.2.5.º, ainda existirá a condenação das pessoas afectadas pela qualificação da insolvência como culposa ou declaradas cúmplices a indemnizar, agora também “com ou sem solidariedade” (este segmento da norma foi introduzido pela Ley 16/2022), pelos danos causados. Assim, o juiz pode determinar a solidariedade, tanto entre as pessoas afectadas, como, na segunda indemnização referida, entre estas e as declaradas cúmplices, ou apenas entre diversos cúmplices. De outro modo, a responsabilidade será conjunta. Cfr. ABEL JOAN SALA SANJUÁN, “La reforma de la calificación del concurso”, cit., pp. 166 ss., e p. 196. Mas nada disto pode retirar-se da lei portuguesa, pelo que nas relações externas será sempre de aplicar a solidariedade entre “todos” os afectados, sem excepção.

⁴⁵ Também chama a atenção para esta significativa alteração da função da responsabilidade por insolvência culposa CATARINA SERRA, “O incidente de qualificação da insolvência depois da Lei n.º 9/2022 – algumas observações ao regime com ilustrações de jurisprudência”, cit., p. 28.

insolvência, uma vez verificados aqueles factos, agora, afinal, dessa prova poderá depender o montante da indemnização fixada – o que, no mínimo, põe em causa a função daquelas presunções inilidíveis em sede de responsabilidade⁴⁶.

Passemos à análise da substituição da expressão “até às forças dos respetivos patrimónios” por “considerando as forças dos respetivos patrimónios”. Afirma-se então agora que o juiz deve, na condenação das pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos, considerar as forças dos respetivos patrimónios.

Também não é fácil apurar o alcance possível desta alteração. Parece-nos que continua arredada a possibilidade de existência de uma insolvência derivada, provocada pela incapacidade do património da pessoa afectada em satisfazer o valor da indemnização, como se entendia à luz da redacção anterior do preceito⁴⁷ – embora a letra da lei agora não obste claramente a que se produza essa consequência.

A consideração das forças dos patrimónios dos afectados não parece, à primeira vista, corresponder a um critério de fixação do valor global da indemnização, mas antes, a par do que já acontecia relativamente ao grau de culpa de cada um dos afectados, ser destinada à determinação da parte da indemnização a suportar por cada um, relevante nas relações internas. Isto, porque o património de cada um dos afectados terá forças distintas, levando a que a respectiva consideração produza resultados diferentes relativamente a cada um deles. Assim, se, havendo por exemplo dois afectados, se verifica que um deles é titular de um valioso património, enquanto o outro vive exclusivamente de uma parca remuneração mensal, sem outros bens ou recursos, escusado será dizer que a consideração dos respectivos patrimónios não pode ser apta a condicionar o valor total da indemnização, quer em função do património do primeiro quer em função do património do segundo; e também não parece que possa ser retirada qualquer utilidade deste segmento do preceito se o julgador ponderar em conjunto as forças destes patrimónios, com isto beneficiando injustamente um dos afectados, sem qualquer benefício para o outro (que necessariamente poderá ter de

⁴⁶ Idêntica questão surge à luz do disposto no artigo 456.1 do TRLC espanhol, preceito no qual se estabelece expressamente que o juiz poderá condenar todas ou algumas das pessoas afectadas pela qualificação da insolvência como culposa, com ou sem solidariedade, na cobertura total ou parcial do passivo, “en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia”. Ora, como se viu *supra*, também nos artigos 443. e 444. do TRL se consagram presunções de insolvência culposa (discutindo-se se no artigo 443. se trata de presunções iuris et de iure de insolvência culposa, como já analisado), com a particularidade de, na lei espanhola, o apuramento deste nexo causal ser essencial para a própria fixação da quantia a satisfazer por cada um dos responsáveis, individualmente: é que o artigo 456.3 prevê que “[e]n caso de pluralidad de condenados a la cobertura del déficit, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”. Deste modo, não parece haver inversão do ónus da prova para a responsabilização destes afectados. Sobre o problema, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital ex artículo 456 TRLConc”, cit., pp. 25 ss..

⁴⁷ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 296.

responder até às forças do respectivo património, se o valor global da indemnização fixada for igual ou superior a essas forças, por não ser possível que responda por mais do que isso).

Mesmo que se considere que a ponderação deve ter meramente impacto no âmbito das relações internas e, portanto, na determinação da parte da indemnização que cabe a cada coobrigado, não é claro o sentido útil desta alteração ao texto legal, por várias razões. Desde logo, porque, como já analisámos *supra*, existe, ou melhor, subsiste o regime da solidariedade entre todos os afectados pela qualificação da insolvência como culposa⁴⁸, pelo que a redução da parte de um dos afectados pode não produzir qualquer efeito útil, se esse afectado for chamado a responder pelo valor total da indemnização, ou tão-só por valor superior à parte que lhe cabe, e não conseguir, em via de regresso, reaver a parte que compete aos restantes afectados (embora no caso da consideração das forças do património de cada um isto seja menos provável, pela simples razão de que dificilmente aquele afectado cujo património é menos consistente responderá em montante muito superior ao que lhe caberia, e de que também não será tão provável que, em via de regresso, não consiga obter a parte que caberia a outros afectados cujos patrimónios tenham forças superiores às do seu).

Mas ainda é importante que se considere a *ratio* que esteve subjacente a esta alteração. E a primeira questão que pode colocar-se nesta sede é a de saber se terá aqui o legislador pretendido introduzir uma referência à equidade, enquanto fonte mediata do Direito, autorizando o julgador a adequar o montante da indemnização à situação patrimonial do responsável (em termos próximos do que se prevê para a responsabilidade civil por acto negligente, no artigo 494.º CC: “Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”).

Na resposta a esta questão não pode, pelo menos, ignorar-se a unidade do sistema jurídico enquanto elemento lógico de interpretação de normas jurídicas. O que significa que o julgador apenas em certos casos estaria autorizado a recorrer à equidade, considerando o grau de culpa e as forças do património de cada afectado. Senão, vejamos.

Na situação de um afectado cujo grau de culpa consista em dolo ou culpa grave (o que será, necessariamente, o caso do devedor e de algum dos seus

⁴⁸ A consideração das forças do património de cada afectado tem apenas relevância no plano interno ou também no plano externo? A lei não é clara e ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 587, defende que o juiz deve considerar as forças do património de cada um dos afectados logo na condenação a indemnizar, ultrapassando o mero relevo no plano interno. Mas parece-nos que o regime da solidariedade pode pôr em causa esta solução, quando exista pluralidade de afectados, como esposto no texto.

administradores, de direito ou de facto – pois de outro modo não existiria insolvência culposa –, mas também o pode ser, embora já não necessariamente, de outros afectados) e o valor da indemnização não supere o valor dos danos causados pelo incumprimento da obrigação de apresentação à insolvência, não parece que o julgador esteja autorizado a considerar as forças do respectivo património para reduzir a parte que lhe cabe na indemnização. Isto, porque a fixação do valor da indemnização em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados apenas está prevista, no nosso ordenamento jurídico, para os casos em que existe negligência ou mera culpa, e, mesmo aqui, quando tal se justifique atendendo ao grau de culpabilidade do agente – o que exclui a possibilidade de se reduzir o montante da indemnização nos casos de culpa grave. Deste modo, uma adequada interpretação do disposto no preceito em análise, considerando nomeadamente a unidade do sistema jurídico, apenas permitirá ao juiz a redução do valor da indemnização relativamente a afectados pela qualificação da insolvência como culposa quando estes afectados não sejam o devedor ou os seus administradores, de direito ou de facto, cuja actuação levou à qualificação da insolvência como culposa, e ainda, cumulativamente, quando eles (sejam outros administradores, contabilistas certificados, revisores oficiais de contas, ou outros) tenham agido com um grau de culpa correspondente a mera culpa ou negligência que não possa ser qualificada como culpa grave⁴⁹.

Já nos casos em que o valor da indemnização supere, eventualmente, o que corresponderia aos danos causados pela violação do dever de apresentação à insolvência, parece que o julgador poderá, independentemente do grau de culpa dos afectados, reduzi-lo até ao valor desses danos, em função da consideração das forças dos respectivos patrimónios – nestas situações, apesar de o grau de culpa dos afectados poder ser culpa grave ou dolo, será possível que em resultado da intervenção do julgador a indemnização em análise passe a ter unicamente uma função ressarcitória, abandonando a função sancionatória que lhe tem sido tradicionalmente imputada.

Estas considerações, particularmente no caso da estrita violação do dever de apresentação à insolvência, assentam no facto de o recurso à equidade não fazer sentido quando aplicado, sem outras considerações, a devedores, gerentes e administradores, de direito e de facto (únicos possíveis afectados neste grupo de casos, por não impender sobre outros o dever de apresentação), uma vez que só existe qualificação da insolvência como culposa nestas situações se a actuação destes afectados for gravemente culpo-

⁴⁹ Note-se que na origem do disposto no artigo 494.º CC está, precisamente, o intuito de obstar à injustiça a que poderia conduzir o facto de, nos casos em que “à pequena gravidade da culpa correspondessem danos muito elevados”, se poder verificar “grave desproporção” entre o valor da indemnização e o grau de culpa do lesante. Cfr., para mais desenvolvimentos sobre a razão de ser do preceito, GABRIELA PÁRIS FERNANDES, “Artigo 494.º. Limitação da indemnização em caso de mera culpa”, in *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, pp. 336 ss., e a bibliografia aí referida.

sa ou dolosa – sendo certo que o dolo ou a culpa grave se presumem, mas também que, tratando-se de presunção *iuris tantum*, estava ao alcance dos visados afastarem-na e, com isso, afastarem a própria qualificação da insolvência como culposa. Por outro lado, se se presume neste caso a existência de dolo ou culpa grave destas pessoas é por existir uma razão para tal, ou seja, porque é exigível a estas pessoas uma adequada monitorização e vigilância da situação, com a reacção prevista no artigo 18.º. Aqui, portanto, apenas será de ponderar a redução do valor da indemnização, em função da consideração das forças dos patrimónios dos afectados, quando ele supere o que corresponderia aos danos causados pela violação do dever de apresentação à insolvência, e apenas até ao valor destes danos,.

Isto posto, resta concluir que as alterações introduzidas nesta matéria pela Lei n.º 9/2022 não vieram resolver os problemas que já se identificavam relativamente às consequências, ao nível da indemnização, da qualificação da insolvência como culposa. Ao invés, persistem as dúvidas e as dificuldades de interpretação das normas aplicáveis⁵⁰.

6 | O incumprimento do dever de apresentação à insolvência e a exoneração do passivo restante

A exoneração do passivo restante é um mecanismo que se aplica a pessoas singulares, devedores titulares de empresas ou não titulares de empresas. E, embora o regime legal especificamente estabelecido em sede de exoneração do passivo restante não distinga expressamente uma situação de outra, certo é que elas apresentam especificidades que se repercutem neste regime⁵¹.

Como já vimos *supra*, se se tratar de pessoa singular titular de empresa, está sujeita ao dever de apresentação previsto no artigo 18.º; se se tratar de pessoa singular não titular de empresa, não está sujeita ao dever de apresentação estabelecido neste artigo – e, nos termos do disposto no n.º 5, a sua insolvência “não será considerada culposa em virtude da mera omissão ou retardamento na apresentação, ainda que determinante de um agravamento da situação económica do insolvente”.

⁵⁰ Não podemos deixar de salientar, nesta matéria, a curiosa novidade introduzida, na *Ley Concursal*, pela *Ley 16/2022*: o novo artigo 451. prevê que o administrador da insolvência, os credores que tenham apresentado relatório de qualificação da insolvência como culposa e as pessoas que pudessem ser afectadas por essa qualificação ou ser declaradas cúmplices podem agora chegar a um acordo de transacção sobre o “conteúdo económico da qualificação”, sujeito a aprovação pelo juiz. Para uma análise das muitas dificuldades que a aplicação do disposto neste artigo pode vir a colocar, cfr. ABEL JOAN SALA SANJUÁN, “La reforma de la calificación del concurso”, cit., 141-202, pp. 184 ss..

⁵¹ O facto de o procedimento de exoneração do passivo restante abranger pessoas singulares titulares ou não de empresa (incluindo no desenvolvimento de actividades ligadas às profissões liberais), independentemente da sua dimensão, pode ser de cabimento duvidoso (CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 613, propõe o tratamento autónomo do sobre-endividamento dos consumidores, em lei própria). Note-se que a Directiva (UE) 2019/2023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Junho de 2019, nos artigos 20.º e seguintes, apenas obrigou à harmonização de regimes relativamente à pessoa singular empresária, tendo todavia o legislador português adoptado as medidas de transposição relativamente a todos os devedores pessoas singulares, incluindo consumidores (o que estava permitido pelo artigo 1.º, n.º 4, da Directiva transposta). Sobre este ponto, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A exoneração do passivo restante e a Lei n.º 9/2022 – alterações de regime, problemas resolvidos, problemas criados e problemas ignorados”, in *Revista de Direito Comercial*, 2022, 1375-1406, pp. 1392 ss..

Começemos por analisar a situação quando a pessoa singular é titular de empresa. A pessoa singular titular de empresa está obrigada a apresentar-se à insolvência nos termos do disposto no artigo 18.º, ou seja, nos 30 dias seguintes àquele em que conheça ou deva conhecer que se encontra impossibilitada de cumprir as suas obrigações vencidas.

Nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 238.º, a este devedor, por não ter cumprido o dever de apresentação à insolvência nesse prazo de 30 dias, vai ser liminarmente indeferido o pedido de exoneração do passivo restante se se verificarem, cumulativamente, os restantes requisitos enumerados nessa alínea: o atraso na apresentação à insolvência há-de ter causado prejuízo aos credores; e o devedor sabia, ou não podia ignorar sem culpa grave, que não existia qualquer perspectiva séria de melhoria da sua situação económica.

Tem sido amplamente o alcance do segmento da norma “com prejuízo em qualquer dos casos para os credores”⁵².

Desde logo, não pode vislumbrar-se no texto legal uma presunção relativamente a este pressuposto, devendo, portanto, esse prejuízo ser provado para que haja indeferimento. Porém, os tribunais têm seguido orientações distintas, fazendo em alguns casos presumir esse prejuízo⁵³. Neste âmbito, ainda se discute se o avolumar dos juros devidos pelo atraso no cumprimento de obrigações pecuniárias é suficiente para se considerar, para este efeito, a causação de prejuízo aos credores^{54/55}.

⁵² Para uma análise das questões que se colocam em sede de interpretação desta alínea, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A exoneração do passivo restante e a Lei n.º 9/2022 – alterações de regime, problemas resolvidos, problemas criados e problemas ignorados”, in *Revista de Direito Comercial*, 2022, acessível in www.revistadedireitocomercial.com, 1375-1406, pp. 1394 ss..

⁵³ Cfr., entre muitos outros, o acórdão do TRC, de 7 de Setembro de 2010 (Artur Dias): “[n]o incidente de exoneração do passivo restante, apurado que o requerente incumpriu o dever de apresentação à insolvência ou, não tendo tal dever, não se apresentou no prazo de seis meses previsto na al. d) do n.º 1 do art.º 238.º do CIRE, é lícito presumir judicialmente o prejuízo para os credores”. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 618, nota que, então, não se justificaria a autonomização deste requisito, devendo ser lido articuladamente com os restantes.

⁵⁴ Como se entendeu, por exemplo, no acórdão do TRL, de 30 de Junho de 2011 (Rosa Ribeiro Coelho): “[o] atraso na apresentação à insolvência causa prejuízo aos credores quando existem dívidas vencidas em que o decurso do tempo implica o sucessivo vencimento de juros de mora, assim levando ao crescimento do valor das dívidas”. No mesmo sentido, também, cfr. o acórdão do TRG, de 3 de Dezembro de 2009 (Conceição Saavedra): “[o] agravamento do débito decorrente do agravamento dos juros moratórios não corresponde, as mais das vezes, a uma valorização do património que por ele responde. Ao contrário, com o decurso do tempo o património em geral desvaloriza-se, quando não se perde, e quanto mais passa o tempo mais se acentua a descompensação entre as duas realidades. Assim, quanto mais tarde se proceder à liquidação do património dos insolventes para pagamento aos credores, menor é a possibilidade da satisfação destes. Nessa medida pode afirmar-se que dessa simples circunstância decorre sempre um prejuízo para os credores com o atraso na apresentação à insolvência”. Mas em sentido contrário cfr., nomeadamente, o acórdão do TRC, de 23 de Fevereiro de 2010 (Alberto Ruço): “[o] prejuízo para os credores, a que alude a al. d), do n.º 1, do artigo 238.º do CIRE, resultante da apresentação do devedor em juízo após terem passado mais de seis meses sobre o conhecimento da sua própria insolvência, não decorre automaticamente da passagem do tempo e vencimento de juros, tratando-se antes de um prejuízo concreto, a demonstrar a partir de factos já apurados no processo”; o acórdão do TRP, de 24 de Março de 2011 (Leonel Seródio): “[o]ra, se se entende que pelo facto de o devedor se atrasar a apresentar-se à insolvência resultavam automaticamente prejuízos para os credores, então não se compreendia por que razão o legislador autonomizou o requisito de prejuízo. Só se compreende esta autonomização se este prejuízo não resultar automaticamente do atraso, mas sim de factos de onde se possa concluir que o devedor teve uma conduta ilícita, desonesta, pouco transparente e de má fé e que dessa conduta resultaram prejuízos para os credores”; e o acórdão do TRC, de 7 de Setembro de 2021 (Arlindo Oliveira): “[o] retardamento na apresentação à insolvência não é, ipso facto, causa de prejuízos para os credores, devendo exigir-se um nexo de causalidade entre a não apresentação atempada à insolvência e o prejuízo para os credores que, em qualquer caso, deve ser irreversível e grave e tem de ser tal que implique patente agravamento da situação dos credores que, assim, ficam mais onerados pela atitude culposa do devedor”.

⁵⁵ Sobre estes pontos e as distintas orientações na jurisprudência, veja-se a fundamentação do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de Maio de 2021 (Carlos Gil), in www.dgsi.pt. Para a análise do debate doutrinal, cfr. LETÍCIA MARQUES COSTA, *A Insolvência de Pessoas Singulares*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 124 ss..

Ainda no contexto da interpretação desta alínea, também se colocam dúvidas quanto a saber se a mera existência de determinadas situações de facto, como o desemprego do devedor, pode fazer presumir o seu conhecimento, ou desconhecimento com culpa grave, da inexistência de perspectiva séria da sua recuperação económica⁵⁶; ou se, ao invés, nomeadamente, “[a] mera circunstância de estar a receber subsídio de desemprego tem subjacente a procura activa de emprego por parte do devedor”, “pois tal postura é um pressuposto daquela atribuição”, considerando-se por isso razoável que, antes de se apresentar à insolvência, um devedor desempregado, nestes casos, tenha a legítima expectativa de conseguir novo emprego ou de receber os valores e indemnização a que tenha direito pela cessação do contrato de trabalho, que lhe permitiriam liquidar pontualmente as suas obrigações⁵⁷.

Finalmente, ainda tem existido divergência interpretativa relativamente ao ónus de alegação e prova dos factos que, nos termos do artigo 238.º, n.º 1, levam ao indeferimento liminar do pedido de exoneração, particularmente no que respeita a esta alínea d) – foi frequentemente decidido nos tribunais superiores que este ónus impende sobre os devedores, nomeadamente com base no disposto no artigo 236.º, n.º 3⁵⁸; mas tem sido maioritariamente decidido que, tendo estes factos natureza impeditiva da pretensão do devedor, esse ónus impende sobre o administrador e os credores da insolvência⁵⁹.

Mais: nestes casos de pessoa singular titular de empresa, o incumprimento do dever de apresentação constitui facto gerador da presunção de culpa grave para efeitos de qualificação da insolvência como culposa, por aplicação do disposto no artigo 186.º, n.º 3, alínea a), com todas as consequências analisadas *supra*.

Deste modo, mesmo tendo havido já concessão efectiva da exoneração do passivo restante, se a decisão do incidente de qualificação da insolvência tiver concluído pela existência de culpa do devedor na criação ou agravamento da situação de insolvência poderá haver cessação antecipada do procedimento de exoneração, nos termos do artigo 243.º, n.º 1, alínea c), a requerimento fundamentado de algum credor da insolvência, do administrador da insolvência, se estiver ainda em funções, ou do fiduciário, caso este tenha sido incumbido de fiscalizar o cumprimento das obrigações do devedor. Note-se que para que exista a cessação antecipada apenas se exige a existência de culpa do devedor na criação ou agravamento da insolvência,

⁵⁶ O que não se confunde com o facto de, já numa situação de significativo incumprimento e numa fase em que já estavam decorridos os 6 meses seguintes à verificação da situação de insolvência, o devedor ter rescindido por mútuo acordo com a entidade empregadora o contrato de trabalho, com a consequente diminuição dos seus rendimentos, como foi apreciado no acórdão do TRP, de 10 de Setembro de 2013 (José Igreja Matos) – aqui, será inequívoco que se encontram plenamente preenchidos os requisitos definidos no artigo 238.º, n.º 1, alínea d).

⁵⁷ Cfr. o acórdão do TRL, de 16 de Outubro de 2012 (Gouveia Barros).

⁵⁸ Cfr. o acórdão do TRG, de 5 de Abril de 2010 (Rosa Tching).

⁵⁹ Cfr., nomeadamente, o acórdão do STJ, de 6 de Junho de 2011 (Fernandes do Vale) e o acórdão do TRC, de 7 de Setembro de 2021 (Arlindo Oliveira).

independentemente do grau dessa culpa, que se presume grave nos casos de incumprimento do dever de apresentação à insolvência.

Passemos agora à análise dos casos de não apresentação à insolvência de pessoa singular não titular de empresa – que não são casos de incumprimento do dever de apresentação, por estas pessoas não estarem obrigadas à apresentação à insolvência, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, alínea b).

Nestes casos, não estando o devedor obrigado a apresentar-se, se ele se tiver absterido dessa apresentação nos 6 meses seguintes à verificação da situação de insolvência, “com prejuízo em qualquer dos casos para os credores, e sabendo, ou não podendo ignorar sem culpa grave, não existir qualquer perspectiva séria de melhoria da sua situação económica”, haverá indeferimento liminar do pedido de exoneração do passivo restante, como disposto no artigo 238.º, n.º 1, alínea d).

Então, tem de verificar-se cumulativamente que: o devedor não estava obrigado a apresentar-se nos termos do disposto no artigo 18.º; ele não se apresentou nos 6 meses seguintes à verificação da situação de insolvência; o facto de o devedor não se ter apresentado à insolvência neste prazo causou prejuízo aos credores; e o devedor sabia ou não podia ignorar sem culpa grave que não existia qualquer perspectiva séria da melhoria da sua situação económica.

Note-se que, aqui, o legislador é significativamente mais tolerante, no que respeita ao período durante o qual o devedor pode, sem qualquer consequência ao nível da exoneração do passivo restante, não se apresentar à insolvência – em vez de 30 dias, tem o amplo prazo de 6 meses, o que se pode explicar por não ser de exigir a um não empresário a mesma diligência na gestão do seu património. No entanto, este prazo conta-se da verificação da situação de insolvência, qualquer que seja a sua origem, enquanto nos casos de existência do dever de apresentação ele é contado a partir do momento em que o devedor conhece ou devia conhecer o facto de estar impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas.

Quanto à análise dos restantes requisitos, remete-se para o que ficou dito *supra* a propósito do indeferimento liminar nos casos de devedor pessoa singular titular de empresa.

Uma última questão que ainda se coloca nesta sede é a de saber se pode ser considerado que, verificados todos estes requisitos, havia na verdade dever de apresentação de devedor pessoa singular, por força do disposto na alínea g) do n.º 2 do artigo 186.º, *supra* analisado, presumindo-se inilidivavelmente a insolvência culposa quando o devedor tivesse prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, “uma exploração deficitária” – uma vez

que, estando o devedor insolvente e sabendo ou não podendo ignorar com culpa grave que não existe perspectiva séria da sua recuperação económica (como exige a alínea d) do n.º 1 do artigo 238.º), a situação será subsumível ao facto de “saber[em] ou dever[em] saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência” (como exige a alínea g) do n.º 2 do artigo 186.º).

Parece que a resposta a esta questão terá de ser, em geral, negativa. No corpo do n.º 2 do artigo 186.º refere-se expressamente que estas presunções abrangem apenas pessoas colectivas – embora o n.º 4 estabeleça que o disposto nos n.ºs 2 e 3 é aplicável, com as necessárias adaptações, à actuação de pessoa singular insolvente e seus administradores, onde a isso não se opuser a diversidade das situações. Isto posto, nada obstará a que se possa incluir no âmbito de aplicação desta norma a situação em que a pessoa singular é titular de empresa, mas já não aquela que o não seja⁶⁰. •



⁶⁰ Neste sentido, cfr. o acórdão do TRP, de 14 de Janeiro de 2014 (Catarina Gonçalves), bem como o acórdão do TRG, de 28 de Janeiro de 2015 (Ana Cristina Duarte). Decidiu-se neste último caso que esta é “uma das alíneas que mais dificilmente se conseguirá adaptar a uma pessoa singular, que sempre trabalhou por conta de outrem, face ao conceito de ‘exploração deficitária’, claramente ligado à administração de uma pessoa colectiva”. Embora o acórdão pareça excluir a possibilidade de existir exploração de empresa por pessoa singular (e, portanto, a possibilidade de aplicação desta alínea a esses casos), certo é que ela não pode existir relativamente a pessoa singular não titular de empresa – e, portanto, fica a possibilidade de lhe ser aplicada a presunção da alínea g) do n.º 2 do artigo 186.º. Mas se isto é assim no que respeita à alínea g) do n.º 2 do artigo 186.º, aqui em análise, já o mesmo poderá não ser de afirmar relativamente a outras alíneas do mesmo n.º 2, sobretudo para aferir da existência de culpa da pessoa singular. Neste sentido, cfr. o acórdão do STJ, de 8 de Fevereiro de 2022 (Ricardo Costa): “Para a averiguação de culpa presumida na insolvência de pessoa singular em regime de trabalho subordinado e na relação com a sua entidade patronal, é legítima a aplicação adaptada das situações previstas no artigo 186.º, n.º 2 (presunções legais inilidíveis de culpa), de acordo com a habilitação conferida pelo n.º 4 do artigo 186.º, sempre do CIRE” (estava aqui especificamente em causa a aplicação das alíneas d) e f) daquele n.º 2).



A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE como fundamento de não-homologação do(s) plano(s)



Carolina Cunha
Professora Associada da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra
Membro e Investigadora Integrada do Instituto Jurídico
da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Clique para assistir. 

SUMÁRIO

1. O problema
 - 1.1. Relevo prático
 - 1.2. As formulações simples confrontam-se com uma realidade complexa
2. Algumas “ferramentas” de análise e enquadramento
 - 2.1. O que é um tratamento desigual dos créditos?
 - 2.2. As “razões objectivas” que justificam o tratamento diferenciado de créditos
 - 2.2.1. Créditos iguais e créditos desiguais: factores determinantes da distinção entre créditos
 - 2.2.2. Da mera distinção entre créditos à justificação de um tratamento diferenciado entre créditos
3. Em busca das “razões objectivas” que justificam o tratamento diferenciado entre créditos
 - 3.1. Argumentos ligados à categoria insolvencial do crédito
 - 3.1.1. Enunciado do problema: a mera diferença (de qualificação) entre créditos não é justificação
 - 3.1.2. A “razão objectiva” traduz-se na concreta dimensão do pagamento que a garantia seria susceptível de proporcionar
 - 3.1.3. Dificuldades práticas: necessidade de apurar o valor do bem objecto da garantia para discriminar correctamente o estatuto do crédito
 - 3.1.4. Dificuldades metodológicas: créditos garantidos e perspectiva de pagamento na ausência de plano
 - 3.1.5. O tratamento dispensado aos créditos subordinados

- 3.2. Argumentos ligados ao montante do crédito
- 3.3. Argumentos ligados ao regime legal (imperativo, supletivo ou facultativo) de certos créditos
- 3.4. Argumentos ligados à origem ou ao tipo de crédito
- 3.5. Argumentos ligados a factores externos ao crédito
- 4. Quão discrepante pode ser um tratamento diferenciado? O relevo da proporcionalidade

1 | O problema

1.1. Relevo prático

O princípio da igualdade dos credores está consagrado no artigo 194º CIRE. O n.º 1 diz-nos que o plano de insolvência obedece ao princípio da igualdade, sem prejuízo das diferenciações entre credores justificadas por razões objectivas.

O n.º 2 esclarece que – quando não ocorrer uma tal justificação objectiva – o tratamento mais desfavorável relativamente a outros credores em idêntica situação depende do consentimento do credor afectado, e que o consentimento se considera tacitamente prestado no caso de *voto favorável*.

Em virtude das remissões legais, este regime, consagrado em sede de *plano de insolvência*, acaba por ser (até sobretudo, diria) aplicado ao *plano de recuperação em PER* (processo especial de revitalização), ao *acordo de pagamento em PEAP* (processo especial para acordo de pagamento e (recentemente) aos *planos ou acordos aprovados em PEVE* (processo extraordinário de viabilização de empresas)¹.

Saber se o princípio da igualdade de credores foi respeitado ou violado é crucial para a decisão de homologar ou não o plano ou acordo, pois o juiz deve recusar oficiosamente² a homologação no caso de violação não negligenciável de normas aplicáveis ao seu conteúdo – artigo 215.º CIRE³.

1.2. As formulações simples confrontam-se com uma realidade complexa

Na sua formulação nuclear, o princípio da igualdade revela uma simplicidade desarmante: implica *tratar de forma igual o que é idêntico e tratar de*

¹ Tendência “expansiva” que não é nova e que já havia sido identificada por NUNO FERREIRA LOUSA, “Crónica de jurisprudência dos Tribunais da Relação (2015/2016)”, *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 1, abril, 2017, p. 194-222, p. 195, ao salientar a “renovada (e acrescida) relevância” do artigo 215.º (norma que permite sindicatizar a violação do princípio da igualdade) a partir da reforma legislativa que em 2012 introduziu o PER. Em consonância, quando por comodidade fizer referência ao “plano de insolvência” devem entender-se abrangidos, *mutatis mutandis*, os restantes planos e acordos.

² Como é sabido, a circunstância de os fundamentos de não homologação previstos no artigo 215.º serem de apreciação oficiosa pelo juiz não impede que sejam invocados pelos interessados que solicitem a não homologação do plano.

³ Adverte-se que todas as normas citadas neste estudo sem indicação de proveniência pertencem ao CIRE e que todos os acórdãos mencionados se podem consultar em www.dgsi.pt.

*forma desigual o que é diferente*⁴. E porventura, noutros quadrantes normativos mais ligados à pessoa humana e aos seus direitos fundamentais, a densificação requerida ao jurista não é necessariamente um quebra-cabeças.

Todavia, quando falamos de credores e dos respectivos direitos de crédito, o que parece simples torna-se bastante mais complexo.

Foi o que pude constatar analisando um conjunto de várias dezenas de acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais da Relação, proferidos ao longo dos últimos dez anos. Optei por trazer a esta conferência um simples *inventário e apreciação preliminar das principais questões* com que me deparei na análise desse interessantíssimo repositório. Espero que seja uma abordagem útil para alimentar a reflexão individual de quem é chamado a dirimir este tipo de conflitos.

2 | Algumas “ferramentas” de análise e enquadramento

Começo por propor algumas ferramentas de análise que, com base na pesquisa que fiz, me parecem úteis para ajudar a “pôr o problema em equação” – etapa fundamental para alicerçar qualquer posterior resolução.

2.1. O que é um tratamento desigual dos créditos?

De que falamos quando concluímos que ocorreu um tratamento desigual dos créditos?

O ponto de partida para a construção do raciocínio será a igualdade formal, definida aqui como o *tratamento absolutamente idêntico dos créditos e dos credores pelo plano*⁵.

A noção desdobra-se tipicamente em dois *vectores*:

- A igualdade formal em sede da chamada reestruturação do passivo, ou seja, todos os créditos serem pagos em idênticas condições quanto a capital, juros vencidos e vincendos, prazos e moratórias (adianto, desde já, que se trata do vector mais frequentemente discutido);
- A igualdade formal *em outros aspectos do plano que extravasem a estrita reestruturação do passivo*⁶. Pode ser vulnerada quando, por ex., ocorra a constituição de novas garantias em benefício apenas de certos credores; operações harmónio e aumentos de capital por

⁴ Cfr., por todos, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. II, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 26 (“o que é igual deve ser tratado da mesma forma, o que é desigual também deve ser tratado de forma diferente”); ou CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 441 (“o princípio da igualdade tem uma dimensão material: devem ser tratadas igualmente situações iguais e distintamente situações distintas”).

⁵ Para uma análise aprofundada e crítica da igualdade formal na veste de *par condicio creditorum*, cfr. CAROLINA CUNHA, *A par condicio creditorum como igualdade formal dos credores: expectativa vs. realidade*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 65-72, 173-178 e *passim*.

⁶ Reestruturação que as providências previstas no artigo 196.º CIRE ajudam a caracterizar, embora sem a esgotar.

conversão de créditos reservados a certos credores⁷; saneamento por transmissão de que apenas beneficiem certos credores⁸; exercício da faculdade de compensação pelo titular de certo crédito.

Partindo desta base de igualdade *formal*, encontramos *dois tipos de situações* que podem vir a constituir uma violação do princípio da igualdade *material*:

- A. *O desvio à igualdade formal*, ou seja, a discriminação de certos créditos em face dos restantes, conferindo-lhes um tratamento diferente. Esta discriminação pode ser:
- (i) *Positiva* – quando o *titular do crédito fica beneficiado* em face dos restantes credores, p. ex., é o único favorecido com a manutenção do capital em dívida ou dos juros, com um menor prazo de pagamento, ou com a eliminação do período de carência.
 - (ii) *Negativa* – quando o *titular do crédito fica prejudicado* em face dos restantes credores, p. ex., suporta uma maior percentagem de perdão de capital ou de juros, ou um maior prazo de reembolso ou de carência.

Claro que, em face de uma concreta situação, estes desvios à igualdade formal *tendem a surgir emparelhados, como verso e reverso da mesma discrepância*: se o credor A é beneficiado em relação ao credor B, então o credor B é prejudicado em face do credor A. Saber a qual das dimensões conferimos ênfase é uma questão de perspectiva, amiúde relacionada com amplitude do universo dos credores beneficiados em contraponto com o universo dos prejudicados⁹.

B. *A manutenção da igualdade formal*, ou seja, a ausência de discriminação de certos créditos em face dos restantes¹⁰.

Importa sublinhar, contudo, que nenhuma destas situações (A ou B) constitui *automaticamente* uma violação do princípio da igualdade.

Tudo depende da existência ou não daquilo a que a lei chama “razões objectivas”.

Se *houver* discriminação de certos créditos (hipótese A) *sem que se verifiquem* “razões objectivas”, haverá violação do princípio da igualdade.

Se for *omitida* a discriminação de certos créditos (hipótese B) *quando havia* “razões objectivas” para o fazer, poderá também ocorrer violação do princípio da igualdade.

⁷ Reservados a certos credores no sentido em que aos restantes credores interessados não é dada a oportunidade de participar.

⁸ Também aqui no sentido de se excluir a possibilidade de participação dos restantes credores interessados.

⁹ Ou seja, se apenas um credor for beneficiado ou prejudicado em face de todos os outros, é no seu singular privilégio ou desfavor que tenderá a centrar-se a discussão. O que não quer dizer que os restantes credores não estejam, também, a ser (respectiva, inversa e colectivamente) desfavorecidos ou privilegiados.

¹⁰ Esta situação é menos frequente, mas igualmente detectada e discutida. Cfr., entre outros, RC 25-06-2013, proc. n.º 3369/10.5TBVIS-L.C1, sobre um caso em que credores ex-trabalhadores reclamavam da ausência de discriminação positiva pelo plano.

2.2. As “razões objectivas” que justificam o tratamento diferenciado de créditos

É relativamente simples apurar a existência de um *tratamento diferenciado* ou de um *tratamento uniforme* entre créditos e/ou respectivos credores¹¹: basta comparar as medidas previstas no plano para cada um deles.

A dificuldade está em determinar a existência de “razões objectivas” – as quais, como vimos, fornecem o parâmetro para aquilatar se um tratamento diferenciado ou um tratamento uniforme configuram uma violação do princípio da igualdade.

Na prática, a máxima “tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual” tem conduzido a que a procura das “razões objectivas” *quase se confunda* com a investigação das próprias *diferenças* entre os créditos em confronto, com vista a apurar se são “iguais” ou “desiguais” entre si¹².

Vejamos os resultados a que semelhante investigação geralmente conduz, apresentados sob a forma de “tipologia de créditos” agregados pela presença de determinados factores¹³.

2.2.1. Créditos iguais e créditos desiguais: factores determinantes da distinção entre créditos

Num primeiro lote, encontramos aquilo que poderemos designar por diferenças decorrentes de *características inerentes* aos próprios créditos. Podemos, nesta perspectiva, distinguir os créditos atendendo a factores como a sua *origem ou finalidade*.

Quanto à *origem* dos créditos, atribui-se tipicamente relevo a características genéricas da relação que os fez surgir – ao tipo de relação, portanto, normalmente indissociável da qualidade do credor. Na aplicação deste critério encontramos, assim, créditos laborais, créditos tributários, créditos de instituições financeiras, créditos de fornecedores, créditos de locadores financeiros, etc..

A nota da *finalidade* é frequentemente utilizada para efectuar subdistinções no interior de cada uma destas tipologias. Os créditos laborais podem ser salariais ou indemnizatórios; os créditos de instituições financeiras podem ser subdivididos em crédito à habitação, crédito ao consumo, crédito à actividade

¹¹ A referência feita em texto aos “créditos e/ou respectivos credores” explica-se porque: (i) o mesmo credor pode ser titular de vários créditos com características diferentes, podendo uns créditos vir a ser desfavorecidos e outros créditos avantajados pelo plano; (ii) por vezes o tratamento favorável é conferido à pessoa do credor, e não aos créditos de que é titular: pense-se em operações harmónicas, aumentos de capital por conversão de créditos ou saneamentos por transmissão que o plano reserva para certos credores.

¹² Atente-se na seguinte passagem de CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 441: “quando o tratamento distinto tem por base uma situação distinta não existe desconformidade com o princípio da igualdade” (sublinhados meus). Como vemos adiante, em 2.2.2, a mera constatação de uma diferença objectiva entre créditos (“situação distinta”) não equivale ao reconhecimento de uma razão objectiva que alicerce o tratamento diferenciado.

¹³ Baseio-me em dados recolhidos no acervo de acórdãos seleccionados – os quais irei referindo a título exemplificativo, sem a preocupação de ser exaustiva.

empresarial, crédito relacionado com a utilização de cartões bancários, etc..

Característica inerente ao crédito é também o seu *montante* – que, todavia, só tende a relevar na prática como factor de distinção quando se destaca do mapa geral dos restantes créditos por ser ou muito elevado, ou muito reduzido.

Finalmente, temos um factor que ainda poderemos considerar intrínseco (uma característica do crédito em si), embora seja determinado por um elemento do ambiente jurídico em que o crédito se insere: refiro-me ao especial regime legal a que certos créditos estão sujeitos.

O exemplo recorrente é o da *categoria insolvencial* a que pertencem, factor que nos permite distinguir entre créditos garantidos, privilegiados, comuns e subordinados (artigo 47.º, 4 CIRE) e que determina diferenças importantes na disciplina aplicável no decorrer do processo de insolvência (sobretudo na fase de liquidação)¹⁴.

Invocam-se, também, outros regimes legais que singularizam certas tipologias de créditos. Todavia, como tendem a aplicar-se a créditos *já* subsumidos a uma tipologia baseada na origem, é esse factor mais imediato que tende a assumir proeminência na *designação* dos créditos. Como é sabido, existe uma disciplina especial para os créditos tributários e para os créditos laborais. Ora, se identificarmos um crédito como tributário ou laboral (critério da origem), estamos *simultaneamente* a identificá-lo como pertencente a uma tipologia definida pelo critério do especial regime legal.

Num segundo lote, a prática confere visibilidade a diferenciações que convocam *factores externos ao crédito*, como sejam a existência de garantia pessoal ou real prestada por terceiros (p. ex., existência de avalistas ou fiadores; a hipoteca constituída sobre prédio de terceiro); a existência de reserva de propriedade (*lato sensu*) a favor do credor¹⁵; ou a existência de um *seguro de crédito* em benefício do credor. Estas tipologias tendem a ser binárias (*i.e.*, o crédito tem ou não tem associado a si o factor externo relevante) e menos abrangentes (tipicamente incluem um número residual da massa total de créditos).

2.2.2. Da mera distinção entre créditos à justificação de um tratamento diferenciado entre créditos

Repare-se que a mera constatação de uma diferença objectiva entre créditos não equivale ao reconhecimento de uma razão objectiva que alicerce o trata-

¹⁴ Cfr. *infra* 3.1.1.

¹⁵ Quando a reserva de propriedade resulte da disciplina legal aplicável (o que ocorre tipicamente em sede de incumprimento de certos créditos), também poderia pensar-se em mobilizar para a qualificação do crédito o critério do especial regime legal. Todavia, a dinâmica da reserva de propriedade enquadra-se melhor no contexto dos factores externos, além de que o conceito tende a ser mobilizado em sentido amplo, ou seja, de modo a abranger situações como a da locação financeira (em que o locador é proprietário do bem durante a vigência do contrato).

mento diferenciado entre eles¹⁶. Porque se haverá de tratar diferentemente um crédito à habitação em face de um crédito ao consumo? Porque tratar diferenciadamente créditos com valores diferentes? E créditos com datas de constituição diversas também ostentam uma diferença objectiva: pode isso dar azo a um tratamento diferenciado? A *mera* invocação do factor de distinção não providencia um esclarecimento automático.

Por conseguinte, constatada uma diferença entre créditos surge a interpe-lação ao princípio da igualdade: *justifica-se ou não um tratamento desigual?* Paradoxalmente, o princípio da igualdade não nos fornece a resposta. Como acutilantemente observa JOSÉ MARÍA GARRIDO, na dimensão material que agora nos ocupa¹⁷ o princípio da igualdade possui um *carácter tautológico: a formulação* ‘tratar igualmente os que são iguais e tratar desigualmente os desiguais’ não nos dá, *per se*, qualquer conteúdo concreto¹⁸. São valores éticos e jurídicos, externos ao princípio da igualdade, que terão de ser *convocados* para alicerçar e justificar diferenças de tratamento entre créditos¹⁹.

Mas sobre isto o artigo 194.º, 1 CIRE nada diz. Deixa inteiramente ao intérprete-aplicador a tarefa de identificar o que são as tais “razões objectivas” – ou seja, aqueles pontos de apoio, externos ao conceito de igualdade, mas imprescindíveis à sua concretização.

Portanto, em sede de plano de insolvência e ao mesmo tempo que *apela* a um fecundo conceito de igualdade material, o *legislador desonera-se* das ponderações diferenciadoras que para si havia reservado nas fases anteriores do processo de insolvência (nomeadamente, em sede de liquidação), subsidiariamente regidas por um mero conceito de igualdade formal cuja aplicação se revela bastante simples²⁰.

¹⁶ Mesmo avançando um pouco mais, como faz SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. II, cit., p. 26, quando, na esteira da doutrina germânica, propõe como critério para determinar se os credores estão nas mesmas circunstâncias e, portanto, se revelam merecedores de tratamento idêntico, terem “posições jurídicas idênticas e interesses económicos semelhantes”. Salvo o devido respeito, podemos por aplicação deste critério encontrar “grupos” de credores diferentes, mas não se justifica, sem mais, o tratamento diferenciado entre esses grupos: é preciso apresentar o fundamento material que legitima o benefício ou justifica o prejuízo.

¹⁷ Da dimensão formal me ocupei em CAROLINA CUNHA, *A par condicio creditorum como igualdade formal dos credores*, cit., p. 173, concluindo que “o concurso insolvencial de credores nada tem de intrinsecamente igualitário: assenta numa lógica de estratificação diferenciadora, que se estende da citação de credores à graduação e catalogação dos respectivos créditos, culminado, naturalmente, na satisfação prioritária de uns à custa da não-satisfação de outros, que perante a escassez do património devedor se vêem confrontados com a quase-fatalidade de nada vir a receber”. O que actua sob as vestes de *par condicio* é tão-só uma regra de tratamento proporcional, que emergiu historicamente com finalidades pragmáticas, como a de repartir o dano entre uma pluralidade de sujeitos e a de estimular a concessão de crédito (p. 66-67). Assim, a igualdade que o tratamento paritário realiza é exclusivamente formal – o que constitui, aliás, a sua grande vantagem operativa, pois permite uma radical economia de meios na tomada de uma decisão que se converte em puramente aritmética (p. 68-69). E, bem vistas as coisas (p. 69-70), a *par condicio creditorum* apenas é chamada a actuar numa área residual: entre credores comuns que entram em concurso perante o património de um devedor, funcionando aí numa pura perspectiva liquidatária (o que virá a ser dividido é o preço dos bens do devedor) através de uma simples operação de rateio (a divisão será feita proporcionalmente).

¹⁸ JOSÉ MARÍA GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, Madrid, 2000, p. 731.

¹⁹ Nas exactas palavras de J. M. GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, cit., p. 731: “são valores éticos e jurídicos, externos ao conceito, que vão estabelecer diferenças e semelhanças de tratamento entre sujeitos distintos em circunstâncias diversas”.

²⁰ Na verdade, ao longo das mencionadas fases, “o legislador leva a cabo uma ponderação prévia desniveladora do terreno de jogo: com base em considerações materiais de ordem diversa, escolhe os eleitos para a aplicação de regimes mais favoráveis” – regimes que vão desde a eficácia no modo de citação até à preferência nos rateios; regimes que incluem prerrogativas como a possibilidade de mover execuções na pendência do processo de insolvência, a isenção do efeito extintivo de créditos associado à exoneração do passivo restante ou a faculdade de operar a individual satisfação do

E desonera-se precisamente através do recurso à ampla cláusula geral das “razões objectivas” – cuja concretização, todavia, não ensaia e nem sequer exemplifica²¹.

Sem surpresa, é aqui que entroncam as maiores dificuldades (mas também os mais aliciantes desafios), que nos compelem a descer do éter das proposições analíticas à realidade concreta dos planos de insolvência – o viveiro onde fervilham, afinal, as diferenças entre créditos, bem como as propostas de tratamento diferenciado entre eles –, procurando descortinar pontos de referência válidos no vai-e-vem entre a prática e a sua moldura normativa. Procurando determinar, portanto, que “razões objectivas” podem *justificar* o tratamento diferenciado entre créditos.

3. Em busca das “razões objectivas” que justificam o tratamento diferenciado entre créditos

Como nestas questões me assumo como discípula de CASTANHEIRA NEVES, gosto de prestar particular atenção ao irrequieto problema, que constantemente interpela o sistema e o obriga a explicar-se, a densificar-se e, até, a renovar-se. Por isso o meu ponto de partida tende a ser a jurisprudência, laboratório quotidiano desta frutífera criação do direito. Vou, portanto, começar por inventariar algumas das “razões objectivas” que têm sido discutidas, acolhidas e também rejeitadas pelos nossos tribunais. Mas, ao fazê-lo, não me demito da minha própria função enquanto doutrina – que se traduz, aqui, na pretensão de uma análise ao mesmo tempo crítica e sistematizadora. Dada a complexidade da questão, nesta breve abordagem limitar-me-ei a uma visão de conjunto que permita identificar e testar a *ratio* (nem sempre explicitada) que está (ou que se deduz que esteja) por detrás das principais justificações avançadas.

3.1. Argumentos ligados à categoria insolvencial do crédito

3.1.1. Enunciado do problema: a mera diferença (de qualificação) entre créditos não é justificação

Vimos acima que mobilização da categoria insolvencial a que pertencem (artigo 47.º CIRE) é um *factor* que nos permite *distinguir* entre créditos:

seu crédito por compensação, passando por várias outras. E será unicamente “nos interstícios deste mosaico de instituídas desigualdades” que a *par condicio creditorum* é, afinal, convocada para a sua modesta tarefa de divisão aritmética e rateio (CAROLINA CUNHA, *A par condicio creditorum como igualdade formal dos credores*, cit., p. 173-174).

²¹ Também a nossa doutrina não tem sido particularmente fértil em tentativas de densificação da cláusula geral das “razões objectivas” – com algumas excepções, como a de NUNO FERREIRA LOUSA/PAULO ABREU SANTOS, “Crónica de jurisprudência dos Tribunais da Relação (2021)”, *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 6, julho, 2022, p. 234-259, p. 240-241. Fazendo eco da jurisprudência, sustentam os Autores que tais razões devem ser “constitucionalmente admissíveis” e “objectivamente apreciáveis”, não podendo ser nem “arbitrárias nem injustificadas”, advertindo para a “necessidade de clareza do plano quanto aos motivos para o tratamento diferenciado”, pois só assim se possibilita o “controlo judicial em sede de decisão de homologação do plano”.

alguns serão garantidos, outros privilegiados, outros comuns e outros, ainda, subordinados. Contudo, a diferente categoria insolvencial – ou seja, a mera diferença (neste caso, de qualificação legal) entre créditos – é amiúde apontada como a própria razão objectiva para um tratamento diferenciado.

Ora, tal *não me parece suficiente*, por não providenciar o *tal critério ético ou jurídico externo* que possa verdadeiramente servir de fundamento a que o plano de insolvência conceda um tratamento diferenciado a cada uma das categorias. Ou seja: invocar sem mais a categoria do crédito não responde à questão: porque devemos tratar melhor ou pior um crédito pertencente a certa categoria em sede de plano de insolvência? Não serve, pois, apresentar a *mera diferença como se fosse ipso facto* razão objectiva apta a fundar um tratamento diverso²².

A ideia imediatamente subjacente à mobilização da categoria insolvencial como justificação para um tratamento diferenciado dos créditos parece ser a de que a hierarquia estabelecida pelo artigo 47º do CIRE²³ implica uma automática diferenciação da *disciplina jurídica* a que os créditos estão sujeitos. E é verdade que a hierarquia do artigo 47º vai, em *sede de liquidação*, determinar uma específica escala de *prioridades de pagamento*: só poderão ser pagos os créditos das categorias a jusante depois de integralmente satisfeitos os das categorias a montante²⁴.

É também verdade que, tal como acontece na liquidação, na reestruturação do passivo constante de um plano de insolvência, de um PER, ou de um PEAP, também está tipicamente em causa a satisfação dos credores através do pagamento. Mas, apesar dessa semelhança, não estamos manifestamente dentro do quadro normativo aplicável à liquidação da massa insolvente. Cabe, então, perguntar: como é que aquela valoração legislativa, construída na perspectiva de um cenário de liquidação, “funciona” no cenário da aprovação de um plano de insolvência, revestindo a qualidade de “razão objectiva” para um tratamento diferenciado entre créditos?

²² Para ilustrar a afirmação, volto ao exemplo mais básico de créditos com diferentes datas de constituição: existe uma diferença entre ambos, mas não se vislumbra razão objectiva para os tratar diferentemente. Do mesmo modo, o facto de um crédito ser, por ex., classificado como privilegiado, também o diferencia, mas não constitui em si e por si uma justificação para um tratamento desigual em sede de plano de insolvência. Não obstante, são frequentes na jurisprudência afirmações que fazem equivaler a mera diferença de categoria à automática justificação do tratamento desigual.

²³ Uma hierarquia legal, com base em considerações diversas e afastando a *par condicio creditorum*, que retoma e expande a matriz civilista estratificada do artigo 604.º CCiv., adicionando-lhe a categoria dos créditos subordinados a jusante da dos créditos comuns (que, na escala civilista, constituem a base da pirâmide), e mantendo, acima desta, as categorias dos créditos garantidos e privilegiados (aqueles que na terminologia civilista, beneficiam de “causas legítimas de preferência”). Cfr. CAROLINA CUNHA, *A par condicio creditorum como igualdade formal dos credores*, cit., p. 103-104.

²⁴ Como é sabido, a repartição do produto da liquidação obedece a uma lógica sequencial, movendo-se o pagamento do patamar dos créditos garantidos para o dos privilegiados, deste para o dos comuns e, por fim, para o patamar dos subordinados, mas tudo isto apenas se e na medida em que os créditos de cada categoria imediatamente a montante se encontrem satisfeitos – artigo 173.º, ss., CIRE. Sendo o produto da liquidação insuficiente (como acontece na esmagadora maioria dos casos), sacrificados (porventura até totalmente) serão os credores dos níveis inferiores (desenvolvidamente, CAROLINA CUNHA, *A par condicio creditorum como igualdade formal dos credores*, cit., p. 103-108).

3.1.2. A “razão objectiva” traduz-se na concreta dimensão do pagamento que a garantia seria susceptível de proporcionar

Não me parece que, as mais das vezes, apesar de se invocar nominalmente a categoria insolvencial do crédito tal como plasmada no artigo 47.º CIRE²⁵, se esteja verdadeiramente a invocar a *mera qualificação*, ou sequer directamente o regime que o CIRE lhe associa em sede de liquidação, como “razão objectiva” suficiente para um tratamento singular.

Existe, aliás, jurisprudência que explicitamente não se basta com a invocação da categoria do crédito, sobretudo quando está em causa uma reacção contra a ausência de diferenciação (*i.e.*, quando o credor reclama que a manutenção da igualdade formal constitui uma violação da igualdade material)²⁶.

Por conseguinte, não basta invocar a circunstância de estarmos perante um crédito garantido²⁷ para se encontrar *ipso facto* justificado o seu tratamento diferenciado. Porque *não é a natureza (invariável) do crédito garantido que justifica o tratamento privilegiado, e sim a perspectiva (variável) do pagamento que o credor viria a obter na ausência de um plano* (isto tanto em cenário de liquidação, como à luz do direito comum)²⁸.

A comprová-lo, repare-se que as mesmas “razões objectivas” invocadas para lidar diferenciadamente com um crédito garantido em face, por exemplo, dos créditos comuns, acabam por ser as invocadas para tratar diferentemente um crédito garantido *em face de outro crédito garantido* (por ex., quando o valor do bem objecto da garantia não cobre o valor nominal de um dos créditos). Ora, sendo ambos os créditos garantidos, *não pode ser essa qualidade, de que ambos comungam e na qual são, portanto, “iguais”, que vai justificar um tratamento desigual* entre eles.

Esta conclusão ajuda-nos a compreender por que motivo também não faz sentido invocar a simples natureza do crédito garantido como suficiente

²⁵ Como fazem, por exemplo, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2015, p. 712, anot. n.º 4 ao artigo 194.º: “a razão objectiva porventura mais clara que fundamenta a diferença de tratamento dos credores assenta na distinta classificação dos créditos, nos termos em que agora está assumida no artigo 47.º”.

Na jurisprudência, sirva de exemplo o que se lê em RP 07-04-2016, proc. n.º 1709/15.0T8AVR.P1: “a legitimação da diferenciação reside no critério legal previsto no artigo 47.º do CIRE, onde se enuncia de forma diversa o que é diferente: créditos garantidos e privilegiados; créditos comuns e créditos subordinados”

²⁶ Assim RE 26-04-2018, proc. n.º 128/17.8T8VVC.E1: “não pode configurar uma violação do princípio da igualdade entre credores o facto de não ser dado um tratamento preferencial aos credores cujos créditos sejam classificados como garantidos” (no caso, não era feito “qualquer tratamento diferenciado entre os créditos resultantes de financiamento de entidades bancárias, gozando todos eles (comuns ou garantidos) dos mesmos prazos, condições e garantias de pagamento”); RC 12/07/22, proc. n.º 744/20.0T8FND.C2: “a circunstância da apelante gozar de hipoteca, ao ser-lhe dado o mesmo tratamento que aos demais credores, onde se incluem outras instituições bancárias, não determina a violação do princípio da igualdade”.

²⁷ É quase sempre nos créditos garantidos que se centra a discussão em torno da categoria insolvencial como “razão objectiva” de diferenciação de tratamento. Ainda assim, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. II, cit., p. 26, refere a diferenciação dos créditos subordinados como estando justificada por razões objectivas. Sobre a diferenciação dos créditos subordinados, cfr. *infra*, 3.1.5 e 3.3.

²⁸ Foi precisamente esta a lógica assumida nos acórdãos mencionados *supra*, na nota 26, para alicerçar a recusa de um tratamento mais favorável dos créditos garantidos. Na verdade, em RE 26-04-2018, proc. n.º 128/17.8T8VVC.E1, concluiu-se que, “para além do montante do crédito, não foi alegado, nem existe nos autos, qualquer referência ao valor (quer matricial, quer de mercado) dos bens hipotecados adstritos ao seu pagamento”; em RC 12/07/22, proc. n.º 744/20.0T8FND.C2, constatou-se que “é possível conhecer sobre que bens recai a garantia, mas (...) não consta qualquer valor atribuído aos bens, nem consta cópia da sua inscrição matricial, para se apurar, pelo menos, o seu valor tributário”.

“razão objectiva” para privilegiar o seu titular *fora do contexto das medidas de reestruturação do passivo*²⁹. Por exemplo, quando esteja em causa a constituição, só para esse credor, de uma nova garantia sobre um bem do insolvente; ou quando a aquisição de controlo da sociedade insolvente for reservada pelo plano para alguns credores garantidos (através de mecanismos como os previstos nas als. a) e b) do artigo 198.º, 2 CIRE), sem possibilidade de participação dos restantes credores interessados; ou a previsão exclusiva de que alguns credores garantidos constituirão uma nova sociedade através do mecanismo do saneamento por transmissão (artigo 199.º), também sem possibilidade de participação dos restantes credores interessados. Todos estes benefícios extravasam a lógica de pagamento privilegiado decorrente da existência da garantia. A sua concessão, para poder reputar-se sem entorse ao princípio da igualdade, exige uma justificação *ad hoc*.

Em suma, não é *ipso facto* a natureza do crédito garantido que pode justificar o seu tratamento privilegiado, e sim a concreta dimensão do pagamento que a garantia seria susceptível de proporcionar ao credor na ausência de um plano. Desta asserção decorrem consequências práticas e metodológicas.

3.1.3. Dificuldades práticas: necessidade de apurar o valor do bem objecto da garantia para discriminar correctamente o estatuto do crédito
Em termos práticos, resulta *imprescindível* que a fundamentação do tratamento privilegiado atribuído ao crédito tenha em conta a *percentagem do respectivo valor nominal efectivamente “coberta” pela garantia*.

Tal destriça pode já haver sido levada a cabo em sede de verificação de créditos, caso o administrador haja procedido à estimativa de valor mencionada no n.º 2 do artigo 174.º, ou seja, caso haja *discriminado* a (eventual) parcela de valor do crédito respaldado por garantia real que deve ser reconhecida como crédito comum (nas palavras do legislador, o “saldo estimado reconhecido como crédito comum”). Ora, se essa estimativa se mantiver actual e acertada, podemos dizer que, na ausência de plano, o credor recuperaria 100% do crédito qualificado como garantido (*rectius*, da parcela de valor do seu crédito reconhecido como garantido). Fica, portanto, justificada uma discriminação positiva que lhe proporcione, através do plano, o recebimento integral dessa parcela (que naturalmente pode corresponder à totalidade do crédito, se o valor do bem o permitir). Já para a (eventual) parte do crédito

²⁹ Cfr o que dissemos *supra*, 2.1, quanto ao tratamento diferenciado em outros planos que não a reestruturação do passivo.

considerada comum não se justifica qualquer tratamento mais favorável³⁰.

Todavia, se no momento actual o valor do bem objecto da garantia *não se afigurar suficiente para o integral pagamento* do crédito reconhecido como garantido – ou porque não foi feita a *supra*-mencionada discriminação aquando da verificação de créditos (o que é particularmente plausível no âmbito de procedimentos pré-insolvenciais como o PER ou o PEAP)³¹, ou porque a avaliação nesse momento efectuada não se revela acertada –, tal circunstância não pode deixar de pesar no juízo a tecer em sede de igualdade. Dito de outra forma: nesse caso, *carecerá* de justificação uma discriminação positiva consubstanciada no recebimento integral do valor do crédito através do plano, embora se possa justificar uma menor percentagem de pagamento correspondente ao valor do bem objecto da garantia, mesmo que isso continue a configurar uma discriminação positiva em face dos restantes créditos.

Naturalmente que esta exigência prática é susceptível de introduzir alguma complexidade adicional na fundamentação do plano, sobretudo quando o valor do bem objecto da garantia não seja claramente equivalente ou superior ao valor do crédito garantido e/ou quando existam diversas garantias sobre o mesmo bem, cuja hierarquia e correlação com o valor do bem haverá, então, que estabelecer. Mas só desta forma se consegue encontrar a “razão objectiva” apta a fundar a diferenciação positiva do crédito garantido em questão – seja em face dos créditos comuns, seja em face dos restantes créditos garantidos^{32/33}.

³⁰ Esta já é a posição comum na jurisprudência para as situações em que o mesmo credor detém dois (ou mais) créditos de diferente natureza, o que é frequente no caso das instituições bancárias (que, a par com créditos garantidos por hipotecas, são amiúde titulares de créditos comuns, decorrentes de financiamentos bancários simples, normalmente respaldados por aval ou fiança, da utilização de cartões, etc.). Quando os planos determinam um *upgrade* no tratamento destes créditos comuns, equiparando-os aos garantidos, identifica-se uma clara violação do princípio da igualdade. Esta “uniformização” de tratamento pretende, tipicamente, assegurar que o credor garantido viabilize o plano: “ou seja, paga-se integralmente o crédito comum deste credor para que este vote favoravelmente o plano” (RG 25-02-2016, proc. n.º 2588/15.2T8GMR.G1). Vejam-se, ainda, RP 14-05-2013, proc. n.º 1172/12.7TBMCN.P1; RE 21-04-2016, proc. n.º 1065/15.6T8STR.E1; RL 19-05-2015; proc. n.º 863/14.2T8BRR.L1-7). Note-se que isto já é uma linha de argumentação diversa, não baseada na categoria do crédito.

³¹ Cfr., precisamente, o relatado por RE 26-04-2018, proc. n.º 128/17.8T8VVC.E1, e por RC 12/07/22, proc. n.º 744/20.0T8FND.C2: absolutamente nada constava dos processos quanto ao valor dos bens objecto da garantia.

³² Cremos que à mesma conclusão acaba por chegar NUNO LOUSA, “Crónica de jurisprudência (2015/2016)”, cit., p. 197. Na verdade, embora comece por afirmar que “a qualificação de um crédito como subordinado, comum ou garantido constitui, em princípio, razão objectiva de diferenciação do tratamento dos créditos”, logo acrescenta que “assim não deve acontecer se se demonstrar que o valor da garantia real de que goza o crédito é manifestamente insuficiente para justificar a diferença de tratamento prevista no plano”. Portanto, a mera qualificação de um crédito como garantido *não é suficiente* para justificar a sua diferenciação positiva: há que descer ao nível concreto do valor do bem sobre o qual a garantia incide.

Não foi o que sucedeu, por exemplo, em RE 10/03/22, proc. n.º 400/21.2T8OLH-A.E1 – não se destrinçou a parte dos créditos garantidos e privilegiados não coberta pelo valor dos bens, a qualificar como comum, parte que assim “escapou”, sem qualquer justificação, ao destino dos restantes créditos comuns (perdão de 70%).

³³ Isto mesmo já foi sublinhado em STJ 09-03-2021, proc. n.º 760/19.5T8ACB.C1.S1 a propósito de uma interessante situação que envolvia a discriminação negativa de um crédito garantido, tanto em face de outro crédito garantido, como perante os créditos comuns. O STJ não enjeitou a complexidade que referimos em texto e deu-se ao imprescindível trabalho de fazer as contas: aplicando a diferenciação – pagamento total da parte garantida e pagamento parcial da parte comum –, chegou à conclusão de que deveria o credor receber, nos termos do plano, um valor correspondente a 78,40% do seu crédito total.

3.1.4. Dificuldades metodológicas: créditos garantidos e perspectiva de pagamento na ausência de plano

Um outro problema que se levanta é o de uma *eventual duplicação metodológica*. Repare-se: o raciocínio que estamos a convocar implica de certa forma a *mobilização do cenário que vigoraria na ausência de plano*: é a dimensão do pagamento expectável nesse cenário sem plano que vai alicerçar a justificação da (medida da) discriminação positiva em sede de plano.

Sucedem que a comparação com a situação do credor no cenário sem plano é *igualmente convocada* como base para a conclusão de que o plano o deixa em *situação previsivelmente menos favorável*, o que constitui fundamento autónomo de recusa de homologação nos termos do artigo 216.º, 1, a).

Pelo que se pode perguntar: é adequado fazer valer no interior do princípio da igualdade (sindicado, recorde-se, no âmbito do artigo 215.º) um raciocínio que tem a sua sede normativa explícita num outro vector do procedimento de homologação do plano (*i.e.*, no artigo 216.º)?

Começamos por notar que a mobilização do raciocínio em causa (chame-mos-lhe, simplificada, *comparação com o cenário sem plano*) obedece tipicamente a *lógicas distintas* em cada um dos vectores.

Em sede de princípio da igualdade (215.º), a comparação com o cenário sem plano é sobretudo convocada com uma função positiva, isto é, para saber se existe justificação material para o privilégio atribuído a certos credores no que respeita ao pagamento dos seus créditos³⁴. Já no âmbito do artigo 216.º, cumpre invariavelmente uma função negativa, alicerçando a *recusa de homologação* do plano que desfavoreça o credor em face do cenário alternativo.

Sobra, todavia, uma *zona de sobreposição*, correspondente aos casos (porventura menos frequentes) em que a *violação do princípio da igualdade se dá por omissão*, isto é, pela *ausência de discriminação* de um crédito em face dos restantes³⁵. Imagine-se que todos os créditos sem excepção foram sujeitos a um perdão de 50% – incluindo um crédito garantido por hipoteca sobre um bem de valor suficiente para o satisfazer na totalidade. Pode o respectivo credor invocar que o plano viola o princípio da igualdade e que não deve ser homologado *ex vi* artigo 215.º? Sim, pois foi omitida a discriminação positiva do seu crédito quando havia uma “razão objectiva” para o fazer. Mas pode, também, pedir a recusa de homologação com base no artigo 216.º, 1, a), uma vez que a sua situação ao abrigo do plano (receber 50%) é previsivelmente menos favorável do que a interviria na ausência de qualquer plano (receber 100%).

³⁴ Claro que também pode aqui conduzir à não-homologação do plano, se se apurar que a justificação material não existe e que a diferenciação é desprovida de fundamento ou “razão objectiva”.

³⁵ Veja-se o que se disse *supra*, 2.1.

Repare-se que, nesta hipótese, a comparação com o cenário sem plano em sede de princípio da igualdade já não preenche a típica função positiva ou de justificação de desigualdade formal, e sim uma *função negativa, de apurar se existe razão para refutar a igualdade formal* instituída pelo plano por ignorar a existência de “razões objectivas” para discriminar positivamente certo(s) crédito(s).

Tudo considerado, não parece que haja obstáculo metodológico a mobilizar o mesmo raciocínio (comparação com o cenário sem plano) em duas sedes normativas (o artigo 215.º e o artigo 216.º, 1, a), desde que se tenha na devida conta o respectivo *modus operandi*. Quanto à mencionada zona de sobreposição, não é inédito que a mesma circunstância (*in casu*, o credor garantido ser colocado em pior situação pelo plano do que na ausência dele) possa relevar no âmbito de duas normas, atribuindo ao mesmo sujeito um duplo fundamento para o exercício da sua pretensão jurídica (*in casu*, a faculdade de o credor “prejudicado” requerer a não-homologação do plano)^{36/37}.

Note-se, aliás, que a apreciação dessa circunstância enquanto fundamento de recusa de homologação ao abrigo do artigo 215.º corresponde a um *poder officioso* do juiz (embora o credor interessado não esteja impedido de suscitar tal apreciação), enquanto ao abrigo do 216.º supõe uma *solicitação*³⁸ do credor interessado que haja manifestado nos autos a sua oposição anteriormente à aprovação do plano de insolvência. Isto significa que pode estar *ab initio* precluída a via do artigo 216.º – desde logo, porque o credor não manifestou atempadamente nos autos a sua oposição – e permanecer aberta a via do artigo 215.º.

3.1.5. O tratamento dispensado aos créditos subordinados

E como valorar o tratamento dispensado pelo plano aos créditos subordinados? A justificação da sua explícita discriminação negativa parece apoiar-se sobretudo no juízo *supletivamente* formulado pelo legislador no artigo 197.º, b)³⁹.

Todavia, nem sempre os créditos subordinados são desfavorecidos pelos planos. Podem ser alvo de um tratamento idêntico ao dos créditos comuns, ou mesmo, embora seja raro, receber um *tratamento mais favorável* que os créditos comuns. Significará isto uma violação da igualdade?

Por contraposição com a situação mais frequente de perdão total, as

³⁶ Por isso, de um ponto de vista profilático – i.e., no momento de elaborar o plano – se pode e deve ter em conta que a omissão da discriminação positiva de certos créditos, além de relevar como potencial violação do princípio da igualdade, também conferirá ao credor uma pretensão específica ao abrigo do artigo 216.º, 1, a), por ter sido colocado em situação menos favorável do que no cenário sem plano.

³⁷ E não está excluído que a comparação com o cenário sem plano possa conduzir a resultados diferentes no âmbito de cada uma das normas, como aconteceu em RL 18-10-2022, proc. n.º 28316/21.5T8LSB-A.L1-1.

³⁸ Neste sentido, CARVALHO FERNANDES/LABAREDA, *CIRE Anotado*, cit., p. 782, anotação n.º 6 ao artigo 215.º.

³⁹ Norma da qual decorre que, se o plano nada disser, os créditos subordinados consideram-se objecto de perdão total – cfr. *infra*, 3.3, para o enquadramento desta “razão objectiva” de origem legal.

previsões de pagamentos a efectuar aos credores subordinados tendem a surgir quando nos encontramos ainda longe de um contexto de insolvência, no âmbito de uma mera situação económica difícil (tipicamente, num PER ou num PEVE)⁴⁰. Como orientação geral, se num cenário de execução não-insolvencial ou num cenário de liquidação insolvencial os bens do devedor se afiguram suficientes para satisfazer os créditos ditos subordinados, não parece haver razão para que o plano não preveja o seu pagamento integral – mesmo que isso signifique tratá-los do mesmo modo que os credores comuns⁴¹.

Quanto à discriminação positiva dos créditos subordinados, não estando excluída em abstracto, terá, todavia, de se apoiar numa convincente “razão objectiva”⁴², além de ficar sujeita ao contraste comparativo com o cenário sem plano⁴³.

3.2. Argumentos ligados ao montante do crédito

Encontramos frequentemente no passivo dos insolventes créditos de *valor muito elevado* e créditos de *valor muito diminuto*. Essa diferença justifica algum tipo de *discriminação, negativa ou positiva*, no tratamento a que estão sujeitos?

Alguns planos concedem tratamento mais favorável aos titulares de *créditos mais elevados*, apresentando como justificação o facto de os respectivos votos serem imprescindíveis para a aprovação do plano⁴⁴ e de o plano ser imprescindível para a revitalização ou recuperação do devedor. Estabelece-se, portanto, uma *correlação indirecta* com o *objectivo da recuperação*, que é o desiderato do plano.

Todavia, semelhante argumento não é pacificamente acolhido pelos nos-

⁴⁰ Em RL 04-10-2022, proc. n.º 25768/21.7T8LSB.L1-1 (PEVE), tratava-se de um devedor com activo superior ao passivo, sendo a dificuldade a ultrapassar a simples falta de liquidez; em RC 12-10-2021, proc. n.º 1097/21.5T8LRA.C1 (PER), os devedores não se encontravam em incumprimento relativamente a nenhum dos seus credores, limitando-se a alegar que, por razões de mercado, a facturação da actividade comercial sofreu significativa diminuição, pelo que começaram a sentir dificuldades.

⁴¹ O problema, claro, surge quando o tratamento uniforme não consiste no pagamento integral (ainda que com moratórias ou em prestações) – cfr. RC 12-10-2021, proc. n.º 1097/21.5T8LRA.C1 (PER) –, o que pode levar os credores comuns a reclamar que não deveriam os credores subordinados receber antes da integral satisfação dos credores comuns. Note-se que é esse o cenário alternativo em sede de liquidação insolvencial, mas não fora dela, porque o direito geral das obrigações não conhece a categoria dos créditos subordinados. E pode não ser claro, sobretudo no âmbito de procedimentos pré-insolvenciais em que o devedor se encontra apenas numa situação económica difícil, qual o cenário alternativo que devemos mobilizar (na ausência de plano, qual dos dois se afigura mais provável?).

⁴² Assim RL 04-10-2022, proc. n.º 25768/21.7T8LSB.L1-1 (PEVE), para um plano que previa o pagamento integral dos créditos subordinados e o perdão de 50% dos créditos comuns. Considerou o Tribunal: “se o ativo chega para pagar todo o passivo, o perdão de parte dos créditos só se explica por ausência de liquidez”; mas, então, porque há-de essa ausência de liquidez ser suportada apenas pelos credores comuns e não também pelos subordinados? Não se vê “qualquer razão objectiva – nem do plano consta – para a redução de 50% aplicada aos credores comuns”. Note-se que o Tribunal descarta o relevo da circunstância de os titulares dos créditos subordinados serem “sociedades que, ao longo dos anos têm prestado serviços fundamentais à normal prossecução de actividade da devedora” – para uma discussão do valor desta circunstância como fundamento, cfr. *infra*, 3.3.

⁴³ Veja-se o que dissemos na nota 41 quanto às duas possibilidades do “cenário sem plano”.

⁴⁴ Atendendo à regra geral de “um voto por cada euro”, consagrada no artigo 73º, 1 CIRE.

tribunais⁴⁵: salvo casos pontuais⁴⁶, a justificação que encerra não é considerada válida e o princípio da igualdade reputa-se violado⁴⁷.

Na outra ponta do espectro⁴⁸, encontramos planos que singularizam os *créditos muito diminutos* e lhes concedem um tratamento mais favorável – tipicamente, prevêem o pagamento de uma só vez, em lugar de os fraccionarem em prestações a pagar num arco temporal, como sucede com os restantes créditos.

Em termos imediatos, parece invocar-se um argumento de racionalidade prática: são montantes tão exíguos que fraccioná-los em prestações seria quase incongruente⁴⁹. Também subjaz uma ideia implícita de que essa satisfação preferencial em termos de *timing* não causa verdadeiro “prejuízo” aos outros credores, devido, precisamente, à enorme desproporção de valores: o facto de tal quantia ser paga imediatamente ao titular do micro-crédito não tem reflexos sobre a satisfação dos restantes.

Se quisermos efectuar um enquadramento jurídico um pouco mais rigoroso, podemos mobilizar uma ideia próxima do de *minimis non curat praetor*, uma vez que se trata de uma insignificância em termos de escala no contexto do mapa geral dos créditos. E, por conseguinte, a própria regra do artigo 215º CIRE nos autoriza a ignorar a discrepância de tratamento, uma vez que retira relevo à violação negligenciável do princípio igualdade (que está previsto numa norma aplicável ao conteúdo do plano – o artigo 194.º). Sem surpresas, portanto, este tipo de tratamento diferenciado dos créditos de montante diminuto é geralmente admitido.

⁴⁵ A este propósito fala NUNO LOUSA, “Crónica de jurisprudência (2015/2016)”, cit., p. 196 da evidente “tensão existente entre o cumprimento dos requisitos legais de aprovação do plano de recuperação (maxime, a observância do princípio da igualdade de tratamento dos credores) e a necessidade prática de conferir um tratamento diferenciado a alguns credores”, nomeadamente “em virtude da sua posição nuclear, da sua posição de força em relação ao devedor”, desde logo “pelo facto de o valor dos seus créditos ser essencial para fazer aprovar qualquer plano de recuperação (ou por ser suficiente para assegurar uma minoria de bloqueio)”.

⁴⁶ Como os dois relatados por NUNO LOUSA, “Crónica de jurisprudência (2015/2016)”, cit., p. 198.

⁴⁷ Cfr., entre vários, RP 15-09-2015, proc. n.º 2438/14.7T8OAZ.P1 (“as diferenciações entre credores não podem radicar na própria necessidade de aprovação do plano”, é este “que, na sua substância, tem que respeitar, tanto quanto possível, o princípio da igualdade entre credores”); RG 27-04-2017, proc. n.º 1933/16.8T8VNF.G1 (“a relevância de um credor para a aprovação do plano não pode, por si só, servir de fundamento para um tratamento mais favorável”); STJ 03-11-2015, proc. n.º 863/14.2T8BRR.L1.S1; RE 23-02-2016, proc. n.º 56/15.1T8ETZ.E1; ou RL 20-09-2016, proc. n.º 26506/15.9T8SNT-A.L1-7 (“a necessidade de aprovação do plano de recuperação não pode justificar a violação do princípio de tendencial igualdade de tratamento de todos os credores”).

⁴⁸ Entre os dois extremos, encontramos situações como a subjacente a RP 14-03-2017, proc. n.º 1767/16.0T8AVR.P1, em que o plano de recuperação estratificava os créditos comuns por intervalos de valor nominal e previa prazos de pagamento em prestações progressivamente mais longos – i.e., os titulares de créditos de maior montante seriam pagos durante um arco temporal mais dilatado. Esta estratificação não mereceu qualquer reparo por parte do Tribunal.

⁴⁹ Vejam-se os exemplos extraídos de RE 12-07-16, proc. n.º 8786/15.1T8STB.E1 (reembolso imediato de um crédito no valor de €37,50), ou de RL 29-05-14, proc. n.º 723/13.4TYLSB.L1-6 (tolerância dada à discriminação positiva dos créditos até ao montante de € 500,00).

3.3. Argumentos ligados ao regime legal (imperativo, supletivo ou facultativo) de certos créditos

Vimos acima⁵⁰ que, ao singularizarmos um crédito mobilizando o critério da origem, podemos estar *simultaneamente* a identificá-lo como pertencente a uma tipologia definida pelo critério do *especial regime legal*.

Quando esse regime for *imperativo*, as providências previstas no plano terão, naturalmente, de o respeitar. Daí ter-se por “razão objectiva” o facto de uma norma imperativa não permitir que certos créditos sejam “desfavorecidos” – o que justifica que, por comparação com os restantes, o plano os discrimine positivamente (ou que, em certos casos, se impeça a sua discriminação negativa). Seja como for, o princípio da igualdade acomoda o tratamento mais favorável porque assim o exige a valoração legislativa contida no especial regime imperativo a que tais créditos estão submetidos.

É o que acontece com a *lei tributária*, que determina a indisponibilidade dos créditos tributários⁵¹ e é apresentada como justificação para a sua discriminação positiva, ficando a salvo de perdões e de moratórias que podem valer para os restantes créditos⁵².

É o que sucede, igualmente, com a *lei laboral*, da qual resultam princípios como o da irredutibilidade da retribuição, o da irrenunciabilidade de certos créditos (*v.g.*, os resultantes de acidentes de trabalho) e da indisponibilidade geral dos créditos emergentes do contrato de trabalho, da sua violação e da sua cessação – princípios que, dependendo da interpretação concreta, podem ditar a justificada preservação dos créditos laborais pelo plano numa fisionomia próxima da originária, criando uma discriminação positiva⁵³. Mas também a regra estabelecendo que os créditos por indemnizações decorrentes da cessação do contrato têm o mesmo estatuto que os créditos por salários pode impedir a discriminação negativa dos créditos

⁵⁰ Cfr. *supra*, 2.2.1.

⁵¹ A questão do tratamento dos créditos tributários pelo plano de insolvência tem sido objecto de controvérsias variadas. O artigo 30º, 2 da Lei Geral Tributária determina que o crédito tributário é indisponível e, após a alteração introduzida em 2010, estatuiu-se no n.º 3 que tal prevalece sobre qualquer legislação especial. A partir daí, a tendência preponderante da jurisprudência tem sido para recusar a legalidade da afectação por um plano de insolvência dos créditos de que é titular o Estado através da Fazenda Nacional ou da Segurança Social. Contudo, se o plano previr tal afectação, têm sido defendidas soluções que afastam a recusa de homologação – com sejam a ineficácia do plano homologado em relação aos créditos tributários, ou a nulidade parcial do plano, homologado com expurgação das disposições relativas aos créditos tributários. Sobre o ponto, cfr. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 374-376; e CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 443-447.

⁵² Entre vários, RC 24-06-2014, proc. n.º 1969/13.0TBVIS.C1 (“pela nova redacção dada ao n.º 3 do artigo 30º da LGT que blindou os créditos fiscais, já não é possível, contra a vontade do Estado, reduzir ou extinguir créditos tributários e/ou conceder moratória, pois foi vontade do legislador afastar, de forma expressa, qualquer interpretação no sentido de que o regime especial do CIRE derroga o regime geral da LGT”); RP 14-07-2020, proc. n.º 1198/19.0T8AMT.P1; RE 11-03-2021, proc. n.º 1257/19.9T8OLH.E1; ou RL 09-09-2022, proc. n.º 21668/21.9T8LSB.L1-1.

⁵³ Desenvolvidamente sobre a homologação do plano e os créditos laborais, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 439-442. Recorde-se que no domínio do CPREF o respectivo artigo 62º, 3 dispunha que “qualquer redução do valor dos créditos dos trabalhadores deverá ter como limite a medida da sua penhorabilidade e depender do acordo expresso deles”, norma que não veio a encontrar paralelo no CIRE.

por indemnizações em face dos créditos salariais – *v.g.*, impedir que o plano preveja que venham a ser pagos em piores condições⁵⁴.

Ainda assim, é frequente que a questão da violação do princípio da igualdade não se tenha por encerrada com a *aceitação da discriminação positiva* dos créditos em causa. Porque essa aceitação vem acompanhada de uma questão subsequente: qual o *standard* aplicado aos outros créditos, *i.e.*, qual o *grau de discriminação negativa* a que, por comparação, serão sujeitos? Por exemplo: qual dimensão dos perdões a que ficam sujeitos os restantes créditos em face do pagamento integral dos créditos tributários? Ou seja, a resposta definitiva transita para os quadros do *princípio da proporcionalidade*⁵⁵.

Também pode acontecer que o regime legal aplicável a um tipo de créditos decorra de *normas supletivas*. Ou seja, o plano de insolvência está autorizado a estabelecer um tratamento diferente. Ainda assim, a valoração legislativa ínsita no regime supletivo acaba por providenciar uma “razão objectiva” para a eventual discriminação desses créditos sempre que o plano *apenas reproduza* os ditames desse regime.

Atente-se, por exemplo, na norma do CIRE que dispõe que, no *silêncio* do plano, os *créditos subordinados* se consideram objecto de perdão total (artigo 197.º, b) do CIRE). É ela que acaba por fundamentar, de forma implícita, a frequente discriminação negativa de que os créditos subordinados são alvo nos planos de insolvência – são amiúde sujeitos a expresse perdão total, ao contrário dos outros créditos que ainda recebem algum tipo de pagamento⁵⁶. Semelhante tratamento diferenciado previsto no plano não tende sequer a ser questionado ou litigado, não se reputando violador do princípio da igualdade⁵⁷.

Temos, por último, discriminações decorrentes de *normas facultativas*, *i.e.*, que atribuem a certos credores determinadas faculdades. Se o titular do crédito pretender exercer essa faculdade e se o regime aplicável ao plano (o Título IX do CIRE) não contemplar a sua supressão, terá o plano de *acomodar* o respectivo exercício, ainda que tal *signifique* discriminar positivamente esse credor em face dos restantes – sob pena de se infringir o artigo 192.º do CIRE, por se afectar a esfera jurídica de um interessado. Assim se explica que se aceite, por exemplo, que o plano preveja o exercício de facul-

⁵⁴ Assim RP 14-07-2020, proc. n.º 1198/19.0T8AMT.P1: “viola o princípio da igualdade a cláusula que distingue entre os credores laborais cuja origem é a cessação do contrato, impondo a estes a perda total de capital e juros, ao contrário dos restantes trabalhadores”.

⁵⁵ Cfr. *infra*, 4.

⁵⁶ Amiúde, mas nem sempre: veja-se o caso decidido por RL 04-10-2022, proc. n.º 25768/21.7T8LSB.L1-1, o plano previa “o pagamento dos credores comuns pela metade, enquanto os credores subordinados receberão a totalidade dos seus créditos”, por considerar que os serviços prestados pelos credores subordinados seriam essenciais ao prosseguimento de atividade da devedora.

⁵⁷ Sirvam de exemplo (entre muitos) os planos analisados pelos seguintes acórdãos, que tiveram por pacífico o perdão total dos créditos subordinados: RL 09/07/2015, proc. n.º 14 539/15.0T8LSB-B.L1-2; STJ 24-11-2015, proc. n.º 700/13.5TBTVR.E1.S1; RL 20-09-2016, proc. n.º 26506/15.9T8SNT-A.L1-7; RL 07-07-2022, proc. n.º 1065/13.0TYLSB-R.L1-1; RC 13/09/22, proc. n.º 4703/21.8T8LRA.C1.

dade de *compensação*, embora dentro do espartilho traçado pelo artigo 99.º do CIRE⁵⁸.

3.4. Argumentos ligados à origem ou ao tipo de crédito

Também é comum que os planos de insolvência procurem justificar a discriminação *positiva* (ou, por vezes, *negativa*) de certos créditos pelo seu especial merecimento (ou desmerecimento), que surge construído de formas diversas, mas sempre ligadas à origem ou ao tipo dos créditos⁵⁹, recorrendo a *raciocínios que efectivamente mobilizam pontos de apoio externos* ao (frugal) conceito de igualdade⁶⁰.

Invoca-se com frequência a *essencialidade ou valor estratégico* do bem ou serviço prestado pelos titulares dos créditos para a continuação da actividade do devedor, o que constitui o *alicerce da sua recuperação*. Estabelece-se, portanto, uma correlação directa entre os créditos favorecidos e um específico objectivo que se elege como desejável – a recuperação do devedor. Isto porque, sem o tratamento favorável previsto no plano, esses credores cessariam ou não realizariam no futuro as prestações necessárias à continuação da actividade do devedor⁶¹.

Por conseguinte, tanto pode tratar-se de credores que já estejam a “fornecer” (*lato sensu*) o bem ou serviço reputado crucial⁶² (*v.g.* manutenção do fluxo de fornecimento de matérias-primas; manutenção do imóvel ou equipamento objecto de locação financeira ou de reserva de propriedade⁶³), como de credores que se dispõem a “fornecer” (*lato sensu*) no futuro o bem ou ser-

⁵⁸ Sirva de exemplo o caso decidido por STJ 25-11-2014, proc. n.º 1783/12.0TYLSB-B.L1.S1, em que se considerou que o “tratamento diferenciado, longe de ser, por qualquer forma, arbitrário, decorre de circunstâncias concretas e objectivas”.

⁵⁹ Ao relevo da “ponderação das circunstâncias” ligadas às “fontes do crédito” aludem CARVALHO FERNANDES/LABAREDA, CIRE Anotado, cit., p. 712, anot. n.º 4 ao artigo 194.º. Concretizando (embora no domínio do CPREF), JOÃO LABAREDA, “Providências de recuperação de empresas”, *Direito e Justiça*, vol. IX, tomo 2, 1995, p. 51-112, p. 71, considera “legítima, pelo menos em certas circunstâncias, uma distinção entre, *v.g.*, credores bancários e fornecedores, de modo a potenciar uma diferença de tratamento entre eles”.

⁶⁰ Cfr o que ficou dito *supra*, 2.2.2.

⁶¹ Também aqui NUNO LOUSA, “Crónica de jurisprudência (2015/2016)”, cit., p. 196, identifica a “tensão existente entre o cumprimento dos requisitos legais de aprovação do plano de recuperação (maxime, a observância do princípio da igualdade de tratamento dos credores) e a necessidade prática de conferir um tratamento diferenciado a alguns credores”, nomeadamente “em virtude da sua posição nuclear, da sua posição de força em relação ao devedor” – desta feita “por se tratar de um credor que está disposto a injetar novos fundos no devedor ou ainda porque se trata de um fornecedor essencial para a atividade do devedor que faça depender a manutenção da relação comercial do pagamento integral do crédito, por exemplo”.

⁶² Sirvam de exemplo os casos discutidos em RC 17-03-2015, proc. n.º 338/13.7TBOFR-A.C1; RC 07-03-2017, proc. n.º 2710/16.1T8VIS.C1; RE 22-02-2018, proc. n.º 94/18.8T8STB-A.E1; RC 25-06-2013, proc. n.º 3369/10.5TBVIS-L.C1; RE 13-08-2013, proc. n.º 983/12.8TBENT.E1; RL 28-04-2020, proc. n.º 7771/19.9T8LSB.L1-1; RE 14-07-2021, proc. n.º 2114/20.1T8STR.E1.

⁶³ A singularidade dos créditos dos locadores financeiros decorre da circunstância de serem proprietários de um bem que está a ser utilizado pelo devedor, tipicamente para o exercício da sua actividade – portanto, só se verifica quando os contratos de locação financiamento permaneçam em vigor (e não quando hajam sido oportunamente resolvidos por incumprimento e o locador esteja a reclamar um crédito decorrente dessa cessação).

A referida singularidade manifesta-se em dois planos. Por um lado, esses credores estão a “fornecer” um bem essencial para a continuação da actividade do devedor, o que é susceptível de justificar a sua discriminação positiva pelo plano – caso contrário, poderiam alegar que ficariam em melhor situação procedendo à resolução do contrato de locação financeira, com o que o devedor se veria privado do bem, comprometendo a sua recuperação. Isto porque, num cenário alternativo ao plano, a resolução do contrato de locação financeira possibilitaria a estes credores a recuperação (de todo ou de uma parte) do valor em dívida, através da alienação do bem (que, tipicamente, haviam adquirido para aquela locação financeira). Ao mesmo tempo, note-se que estes credores dispõem de uma via especial para a satisfação (total ou parcial) do seu crédito, uma vez que o bem objecto da locação

viço reputado crucial (*v.g.*, o financiamento imprescindível à continuação da actividade da empresa)⁶⁴.

Amiúde dá-se um passo suplementar: invoca-se que a recuperação do devedor *acaba por beneficiar todos os credores*. Logo, também aqueles que, num primeiro momento, parecem sair prejudicados (porque os seus créditos são, *v.g.*, alvo de um perdão comparativamente mais extenso ou sujeitos a prazos de pagamento mais dilatado), bem vistas as coisas, não saem a perder, porque apenas a recuperação do devedor permitirá que esses créditos venham efectivamente a ser satisfeitos, ainda que em termos mitigados⁶⁵. E este argumento ganha especial peso em face de credores como os trabalhadores, na medida em que (apenas) a continuidade da empresa lhes possibilita a manutenção dos postos de trabalho⁶⁶.

Estes raciocínios encontram na jurisprudência um acolhimento irregular. Sem surpresas, é comum o apelo ao princípio da proporcionalidade como via para alcançar uma resposta definitiva: poderá tolerar-se uma discriminação positiva, desde que de dimensão não excessiva.

No caso do financiamento a conceder por certos credores, que se repute necessário à recuperação da empresa, também se mobiliza frequentemente uma análise mais rigorosa: corresponderá a uma mera expectativa ou a um verdadeiro compromisso assumido no plano? E o tratamento favorável é dispensado apenas ao crédito emergente desse financiamento⁶⁷ ou também aos anteriores créditos detidos pelo mesmo credor⁶⁸?

Já nas situações que envolvem pessoas singulares não titulares de empresa (tipicamente, portanto, em sede de PEAP), é ocasionalmente mobilizado um outro raciocínio, assente no relevo do bem ou serviço que originou

financeira não integra o património do devedor: são eles próprios os proprietários do bem.

Daqui decorre a parêntese de consequências já nossas conhecidas (pois que as identificámos *supra*, 3.1.3, para os credores garantidos, mas que valem também aqui, uma vez que o relevante não é a qualificação do crédito, e sim a comparação com o cenário sem plano): por um lado, parece existir fundamento para uma diferenciação positiva do crédito; por outro lado, caso o crédito não seja discriminado positivamente, pode verificar-se uma dupla causa de não homologação do plano – violação do princípio da igualdade por omissão (artigo 215º) e colocação do credor em situação menos favorável do que na ausência de plano (artigo 216º, 1.º, a). *Mutatis mutandis*, os mesmos raciocínios valerão para o vendedor com reserva de propriedade.

Na jurisprudência, debruçam-se sobre o tratamento dispensado a créditos de locadores financeiros RC 25-06-2013, proc. n.º 3369/10.5TBVIS-L.C1; RE 13-08-2013, proc. n.º 983/12.8TBENT.E1. Sobre o tratamento de credores com reserva de propriedade, ver por ex. RL 28-04-2020, proc. n.º 7771/19.9T8LSB.L1-1; ou RE 22-02-2018, proc. n.º 94/18.8T8STB-A.E1.

⁶⁴ Sirvam de exemplo os casos discutidos em STJ 24-11-2015, proc. n.º 212/14.0TBACN.E1.S1; RL 29-05-2014, proc. n.º 723/13.4TYLSB.L1-6; STJ 24-11-2015, proc. n.º 700/13.5TBTVR.E1.S1; STJ 10-04-2014, proc. n.º 83/13.3TBMCD-B.P1.S1; ou RL 28-01-2016, proc. n.º 1702-15.2T8SNT.L1-8.

⁶⁵ Assim se discorre em STJ 10-04-2014, proc. n.º 83/13.3TBMCD-B.P1.S1, ou em RL 28-01-2016, proc. n.º 1702-15.2T8SNT.L1-8, para justificar o tratamento diferenciado dos créditos comuns bancários e financeiros. Mas em STJ 24-11-2015, proc. n.º 700/13.5TBTVR.E1.S1, numa situação equivalente, considerou-se que a recuperação do revitalizando não poderia ser obtida à custa dos fornecedores.

⁶⁶ Com uma perspectiva crítica, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 442-443: “será que esta “recompensa” (futura e eventual) autoriza as múltiplas limitações entretanto infligidas aos direitos laborais?”.

⁶⁷ Que, aliás, em sede de PER já beneficia, por lei, de um regime mais favorável, contido no artigo 17º-H.

⁶⁸ Em RC 11/03/14, proc. n.º 434/13.0TBENT.C1, o Tribunal considerou que “o busilís da desigualdade” era a extensão do tratamento mais favorável ao crédito anteriormente detido.

os créditos desde uma perspectiva de (implícita) *dignidade da pessoa humana*. Assim se procura fundamentar, *v.g.*, o tratamento preferencial do crédito à habitação em face do tratamento menos favorável dispensado ao crédito ao consumo⁶⁹.

E também aqui podemos diagnosticar (apesar de a amostra ser quantitativamente menos expressiva) um acolhimento jurisprudencial irregular, mantendo-se o apelo ao princípio da proporcionalidade como pedra de toque da resposta definitiva.

3.5. Argumentos ligados a factores externos ao crédito

Vimos acima⁷⁰ que a prática confere visibilidade a diferenciações que convocam factores externos ao crédito.

A situação da existência de uma *reserva de propriedade* a favor do credor, bem como a situação equivalente que decorre da vigência de um *contrato de locação financeira*, tendem a ser feitas valer como justificação para uma diferenciação positiva do respectivo crédito, não apenas pela (frequente) imprescindibilidade do bem para a actividade do devedor, como ainda pelo relevo (positivo e negativo) da previsível situação do credor na ausência de plano⁷¹.

Outros factores externos corporizam-se na existência de uma *segurança adicional* para o credor decorrente de uma *intervenção ou atribuição patrimonial de terceiro*. Pode tratar-se de uma verdadeira garantia – quer seja uma *garantia real prestada por terceiros* (*v.g.*, hipoteca sobre prédio de terceiro), quer de uma garantia pessoal, que é necessariamente prestada por terceiros (*v.g.*, existência de avalistas ou fiadores) –, ou decorrer da existência de convedores. Mas pode também consubstanciar-se na existência de um seguro de crédito⁷².

Em sede de princípio da igualdade, as questões levantadas são heterogéneas. Já foi debatido se a existência dessa segurança adicional consubstancia, ela própria, um desvio à igualdade⁷³, ou se pode justificar um trata-

⁶⁹ Veja-se o plano discutido em RE 17-03-2016, proc. n.º 1220/15.9T8EVR.E1: “parece razoável tratar de forma diferente o crédito contraído para aquisição de habitação e o crédito assumido para aquisição de bens de consumo” (embora o Tribunal não se adense nos fundamentos da afirmada razoabilidade).

⁷⁰ Cfr. *supra*, 2.2.1.

⁷¹ Cfr. *supra*, nota 63.

⁷² Como sucedeu no caso decidido em RC 18-02-2020, proc. n.º 1369/19.9T8LRA.C1. Nos termos do plano, os credores comuns bancários receberiam a totalidade e os fornecedores apenas receberiam 25%, com a justificação de que “beneficiavam de seguro de crédito e, por isso, já se encontravam ressarcidos da maior parte dos seus créditos, uma vez que as respetivas seguradoras haviam já suportado valores a rondar os 80% do crédito sobre a devedora”. O Tribunal considerou que o plano violava o princípio da igualdade, mas centrou a sua análise nas razões invocadas para o favorecimento dos credores bancários (razões que considerou insubsistentes), não analisado especificamente os argumentos para a diferenciação negativa dos credores segurados.

⁷³ Em RC 12/07/22, proc. n.º 744/20.0T8FND.C2, esclareceu-se que a manutenção por certos credores comuns (bancários) das garantias de que são detentores prestadas pelos avalistas não consubstancia qualquer tratamento privilegiado, por já decorrer do artigo 217.º, 4: “consequentemente, a referência feita no plano ao aval nada acrescenta, não gerando qualquer desigualdade”. Em RE 13/08/13, proc. n.º 983/12.8TBENT.E1, considerou-se haver “violação grosseira do princípio da igualdade” devido à carência de “razões objectivas” para sustentar a diferenciação negativa dos credores avalizados, “penalizando-os” com a extinção de garantias pessoais “prestadas por terceiros, estranhos ao devedor”.

mento diferenciado do credor pelo plano – típica, mas não exclusivamente⁷⁴, um tratamento menos favorável. A discriminação (positiva ou negativa) destes credores aparece justificada pelo facto de, ao contrário dos restantes, disporem de uma *segurança adicional* que lhes permite o obter o pagamento total ou parcial *independentemente* do plano e junto de um sujeito que não é o devedor insolvente.

Quanto às propostas de discriminação negativa destes créditos, a inter-rogação que colocam pode formular-se do seguinte modo: fará sentido que a possibilidade de satisfação alternativa (*i.e.*, fora do plano) de um credor releve para “*desonerar*” o plano de prever a sua satisfação na parte do crédito (que pode corresponder à totalidade) “coberta” pela garantia ou pelo seguro⁷⁵?

Apesar de não suscitarem litígios abundantes, estes casos levantam questões interessantes no âmbito da concretização do princípio da igualdade. O campo de actuação da *par condicio creditorum* ou igualdade *formal* restringe-se à posição dos credores perante património do devedor, sem fazer intervir nas suas ponderações a eventual existência de mecanismos de satisfação dos créditos junto de terceiros⁷⁶. Não é claro que o princípio da igualdade material deva ou possa romper essa fronteira. Mas naturalmente que importa salvaguardar a *não-duplicação*: se o credor obtiver a efectiva satisfação do seu crédito fora do plano, não pode obter o pagamento através do plano – não pode ser pago duas vezes.

Não parece, por último, que os restantes credores (*i.e.*, os que não dispõem da segurança adicional decorrente da atribuição patrimonial de terceiro) possam reclamar que, na ausência de medidas como as que referimos, estejam a ser alvo de discriminação negativa violadora da igualdade⁷⁷. Sempre se pode dizer que estava ao alcance do exercício da respectiva autonomia privada a obtenção de uma idêntica segurança adicional junto de terceiro, além de a fiscalização empreendida pelo princípio da igualdade se (dever) circunscrever à posição comparada dos credores perante o devedor.

⁷⁴ No caso decidido por RG 11-07-2017, proc. n.º 7057/16.0T8VNF.G1, o plano favorecia um credor comum bancário que detinha uma hipoteca sobre um bem de terceiro – a ex-mulher do empresário requerente do PER, simultaneamente convedora no empréstimo bancário contraído por ambos.

⁷⁵ Como se lê nas alegações de recurso transcritas em RC 18-02-2020, proc. n.º 1369/19.9T8LRA.C1, “somando a percentagem de cerca de 80% recebida das seguradoras, com os 25% propostos, estes credores ficam, em termos práticos, reembolsados da totalidade e verdadeiramente equiparados às entidades financeiras”, pelo que “em termos práticos e independentemente da abordagem mais formal (os números constantes do plano), “feitas as contas” todos os credores serão ressarcidos de forma equivalente”.

Nos casos de hipoteca sobre prédio de terceiro, se, por exemplo, o valor do imóvel cobrir 60% do valor do crédito, poderá o plano prever para esse crédito o pagamento de 40% do seu montante total, uma vez que o titular tem garantido o recebimento do remanescente através do accionamento da hipoteca?

⁷⁶ Cfr. as conclusões apresentadas em CAROLINA CUNHA, *A par condicio creditorum como igualdade formal dos credores*, cit., p. 31-32.

⁷⁷ Veja-se a possibilidade que equacionámos logo de início (*supra*, 2.1, hipótese B) de a não diferenciação (*i.e.*, o tratamento formalmente igual) constituir ela própria uma violação da igualdade.

4. Quão discrepante pode ser um tratamento diferenciado? O relevo da proporcionalidade

É muito frequente que a solução dos litígios suscitados pelo apuramento da violação do princípio da igualdade acabe por convocar como auxiliar imprescindível o princípio da proporcionalidade⁷⁸.

Como vimos⁷⁹, mesmo perante uma disparidade generalizadamente aceite, porque apoiada numa “razão objectiva” apta a justificar o tratamento diferenciado, o princípio da proporcionalidade é chamado a intervir como um *segundo e decisivo nível de controlo*, fiscalizando a *dimensão da discrepância* de tratamento e ditando o veredicto quanto à homologação ou não do plano no quadro do princípio da igualdade⁸⁰.

Outras vezes, deixa-se a porta *entrebata* ao relevo de “razões objectivas” menos consensuais, porque a questão vai, em última análise, acabar por ser decidida em sede de proporcionalidade.

Outras vezes, ainda, a proporcionalidade intervém para admitir discrepâncias de tratamento com pouco ou nenhum fundamento, mas de *dimensão ou impacto reduzido*. Desenha, portanto, uma espécie de limite inferior abaixo do qual as desigualdades são toleráveis e toleradas, por representarem uma violação meramente negligenciável e não ultrapassarem a fasquia fixada pelo artigo 215.º do CIRE para o relevo da infracção das normas aplicáveis ao conteúdo do plano⁸¹.

Em suma, afigura-se bastante difundido na jurisprudência o papel decisivo da proporcionalidade, a intervir seja para impedir desvios de tratamento muito acentuados, mesmo que alicerçados numa justificação sólida, *seja* para autorizar desvios muito ligeiros, ainda que apoiados numa fundamentação não integralmente pacífica. •



⁷⁸ Relatando também (mas criticamente) a mobilização jurisprudencial dos subprincípios da adequação, exigibilidade e justa medida (ou proporcionalidade em sentido estrito) para a concreta aplicação do princípio da igualdade, NUNO LOUSA/ PAULO A. SANTOS, “Crónica de jurisprudência (2021)”, cit., p. 240.

⁷⁹ Cfr. *supra*, 3.1 para os créditos diferenciados em função da categoria insolvential e 3.3 para os créditos diferenciados em função do regime legal.

⁸⁰ Por exemplo: se os créditos positivamente discriminados são integralmente pagos, capital e juros, e os restantes créditos sofrem um perdão de capital e juros, a percentagem desse perdão pode ser a pedra de toque para apurar a existência ou não de uma violação do princípio da igualdade, (sobretudo no que toca ao perdão de capital, tipicamente mais significativo). Mais delicada (e menos consensual) parece ser a concreta determinação da percentagem de perdão que a igualdade ainda tolera. De notar, ainda, o relevo adicional de outras condições de pagamento (prazos e carências) e da própria situação do devedor.

Na jurisprudência, identificando uma ofensa ao princípio da igualdade por ou com desrespeito da proporcionalidade, cfr., entre vários, STJ 24-11-2015, proc. n.º 212/14.0TBACN.E1.S1; RC 12-10-2021, proc. n.º 1097/21.5T8LRA.C1; RG 25-02-2016, proc. n.º 2588/15.2T8GMR.G1; RG 18-12-2017, proc. n.º 7261/16.1T8GMR-A.G1; RC 13-09-2022, proc. n.º 4703/21.8T8LRA.C1; RG 11-07-2017, proc. n.º 7057/16.0T8VNF.G1; RC 18-02-2020, proc. n.º 1369/19.9T8LRA.C1; RP 12-07-2021, proc. n.º 1189/20.8T8AMT.P1; RC 10-05-2022, proc. n.º 207/22.0T8FND-B.C1; RE 30-01-2020, proc. n.º 663/19.3T8STR-A.E1; RC 09-05-2017, proc. n.º 1006/15.0T8LRA-D.C1; RE 23-02-2016, proc. n.º 56/15.1T8ETZ.E1; RL 20-09-2016, proc. n.º 26506/15.9T8SNT-A.L1-7; RL 16-12-2021, proc. n.º 26908/20.9T8LSB.L1-1; RP 10-09-2019, proc. n.º 433/19.9T8AMT.P1.

Reputando respeitada a proporcionalidade, cfr. STJ 25-03-2014, proc. n.º 6148/12.1TBBRG.G1.S1; RE 10-03-2022, proc. n.º 400/21.2T8OLH-A.E1; STJ 07-09-2020, proc. n.º 3316/19.9T8CBR.C1.S1; RL 09-09-2022, 21668/21.9T8LSB.L1-1.

⁸¹ Cfr. o que dissemos *supra*, 3.2. Em RE 14-07-2021, proc. n.º 2114/20.1T8STR.E1, considerou-se que o princípio da igualdade havia sido respeitado, uma vez que credores beneficiados (os quais “prestam efectivamente serviços essenciais ao desenvolvimento da actividade da Requerente – trata-se do fornecimento e tratamento de águas e da recolha e tratamento de resíduos – inexistindo alternativas no mercado”) detinham apenas 1% créditos. Mesmo admitindo que “o carácter estratégico de alguns credores é insuficiente para, por si só, justificar o tratamento mais favorável que lhes é dispensado, em detrimento de outros da mesma classe sobre quem passa a recair, de forma desproporcionada, o essencial do sacrifício necessário à revitalização da devedora, não se vê que tal ocorra no caso em apreço”: a diferenciação “não fere o princípio da proporcionalidade”.





ENCERRAMENTO

Graça Amaral

Juíza Conselheira

Presidente da 6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça

[Clique para assistir.](#)



Cumpre-me a honra de, em representação da 6.ª Secção deste tribunal, proferir breves palavras no encerramento da Terceira Edição do Colóquio sobre *Comércio, Sociedades e Insolvências*, que muito deve a sua concepção à Senhora Conselheira Ana Paula Boularot, recentemente jubilada.

Na sequência dos colóquios anteriores, foram hoje abordadas matérias de elevada relevância prática e jurídica, com inúmeras implicações na vida económica e na vida quotidiana das empresas, dos trabalhadores, dos credores e das pessoas singulares.

Isto é particularmente significativo nestes tempos de crise, marcada não só pelo espectro do sobre-endividamento das famílias e das empresas, mas também pelo agravamento da crise ambiental, em que é necessária a criação de instrumentos jurídicos adequados a garantir um modelo de conduta empresarial responsável, orientando as empresas para uma economia que beneficie as pessoas e o ambiente, e responsabilizando aquelas que actuem de um modo não sustentável em matéria de direitos humanos, ambiente e governação.

Todas estas circunstâncias exigem que o sistema da Justiça, no âmbito destas temáticas, proporcione a viabilização de mecanismos mais céleres, eficazes e de melhor acerto.

O Supremo Tribunal de Justiça, como é óbvio, acompanha e promove os debates neste domínio, a fim de compartilhar na busca de soluções, entre outras, às questões abordadas pelos excelentíssimos oradores, ciente de que só pelo favorecimento da interpenetração entre a Doutrina e a Jurisprudência se pode ambicionar o alcance das melhores respostas.

Numa área do Direito marcada pela constante e cada vez mais veloz evolução ditada por cânones de direito europeu, ficou patente a tensão, que cumpre equilibrar, no domínio de cada tema, entre os valores económico-empresariais e os valores atinentes à pessoa humana que, usando as palavras do Professor Menezes Cordeiro, “continua a ser destinatária final de todo o Direito”.

Neste contexto, os contributos que aqui foram trazidos pelos excelentíssimos prelectores mostram-se imprescindíveis ao nosso esforço de melhor compreender para melhor servir.

Mais do que soluções para as questões referentes aos deveres dos administradores, aos direitos dos trabalhadores, à governação e sustentabilidade das sociedades, ao tratamento mais equitativo dos credores, ao impacto do tempo no instituto da insolvência, fica a sua problematização, que certamente irá inspirar os investigadores, mas também a jurisprudência no contexto da decisão dos casos concretos.

Congratula-se, pois, o Supremo Tribunal de Justiça e esta 6.ª secção por poder contribuir para a elevação do debate nestas matérias e, por isso, o nosso muito obrigada aos Senhores Professores pela excelência das vossas intervenções.

Se me permitem, um agradecimento muito especial aos Senhores Moderadores, Conselheiros Jubilados Salazar Casanova, Fernando Pinto de Almeida e José Rainho, cuja presença muito nos satisfaz e cuja sapiência muito nos honra e inspira.

Igualmente se nos impõe agradecer à Senhora Conselheira Ana Paula Boularot pela arquitectura deste evento, bem como pelo empenho no sucesso do mesmo. Cumpre a este respeito destacar ainda o precioso contributo e saber do Senhor Conselheiro Ricardo Costa.

Agradecemos também ao senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça os meios que colocou à disposição para a realização deste encontro, agradecimento que não podemos deixar de tornar extensivo a todo o seu Gabinete e aos Senhores Funcionários pelo esforço e sentido de responsabilidade.

A todos os que aqui estiveram e aos que assistiram à transmissão pela justiça TV, obrigada pela vossa presença.

O tempo dirá sobre novos encontros, com a certeza de que nunca ficará tudo dito, mesmo quando acaba. •



