

Dever de prevenção da insolvência *versus* obrigação de apresentação à insolvência*

RUI PINTO DUARTE

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa)**

1. Introdução

A Professora Catarina Serra teve a amabilidade de me convidar para intervir neste Congresso, atribuindo-me o tema «Dever de prevenção da insolvência *versus* obrigação de apresentação à insolvência».

Vou tentar alinhar algumas ideias, *restringindo-me à insolvência dos comerciantes*. Usarei várias vezes a palavra falência, pelo seu significado histórico.

Delimitando o que procurarei fazer, esclareço que *tomarei a ideia «dever de prevenção da insolvência» num sentido amplo, i.e., não a restringirei às situações de pré-insolvência*, sem prejuízo de também as considerar – embora sem expor os regimes dos «instrumentos de reestruturação preventiva».

Situar-me-ei apenas no plano do Direito Privado, ainda que venha a referir alguns preceitos de natureza penal.

Não me vou centrar na exegese dos preceitos vigentes e não aprofundarei os pressupostos dos deveres em causa, como, por exemplo, a noção legal de empresa – que delimita quer o dever de apresentação à insolvência, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do art. 18 do CIRE, quer o acesso ao processo especial de revitalização, regulado no capítulo II do título I do CIRE.

Também não me dedicarei a apurar *definições* dos mesmos deveres, nem a discutir a sua natureza (nomeadamente a qualificação de cada um deles como obrigação), embora me vá pronunciar sobre a existência e o conteúdo do «dever de prevenção».

* Agradeço a Catarina Serra, Hígina Castelo e Pedro Caetano Nunes os comentários que fizeram a versões anteriores deste trabalho.

** ORCID: 0000-0001-6641-2479.

Deixarei ainda de lado as consequências da «indevida apresentação por parte do devedor», reguladas atualmente no art. 22 do CIRE.

Não defenderei opiniões muito diferentes das que têm surgido na doutrina portuguesa, nomeadamente as da Professora Catarina Serra (exceto quanto ao modo de refletir no direito português o art. 19 da Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019, que a Professora Catarina Serra entende exigiria transposição específica, do que me permito discordar).

Tentarei sobretudo mostrar como evoluiu o dever de apresentação à falência e como foi surgindo o dever de prevenção da insolvência (mereça o mesmo tal nome ou não), *com recurso a «fontes primárias», expostas cronologicamente* – julgando que isso contribuirá para que quem me ouça ou leia aprofunde o conhecimento dos pressupostos e conteúdos dos deveres em causa.

Nessa explicação, inverterei a ordem do título, antepondo o dever de apresentação ao de prevenção, para respeitar a ordem histórica, que penso ser determinante para a compreensão do desenvolvimento ocorrido.

Adianto que do direito vigente terei sobretudo (mas não apenas) em conta:

- No tocante ao dever de apresentação, os arts. 1.º, n.º 1, 3.º, n.º 1, 19, 18 e 186, n.º 3, alínea *a*), do CIRE;
- No tocante ao dever de prevenção, os arts. 1.º, n.ºs 1 e 2, 17-A, n.º 1, 17-B e 186, n.º 3, do CIRE, os arts. 64, n.º 1, 66, n.º 1, alínea *c*), 35, 171, n.º 2, do CSC e o art. 228 do Código Penal.

2. Como chegámos onde estamos

2.1. Considerações gerais

A obrigação de apresentação à insolvência, não sendo universal no tempo e no espaço, existe há séculos, em leis de muitos países. Foi objeto de muitas análises, algumas das quais verdadeiros clássicos da literatura jurídica. Sirva de exemplo para Portugal a monografia de Adelino da Palma Carlos intitulada *Declaração da Falência por Apresentação do Comerciante*, de 1935.

O dever de prevenção da insolvência (com esse ou outro nome) é algo de que os juristas falam há menos tempo, com base em leis mais recentes, surgidas no século XX.

A razão da assimetria temporal parece-me clara. O regime da falência nasceu e desenvolveu-se tendo por paradigma o comerciante individual (dono e gestor dos seus cabedais), que, por vezes, nem trabalhadores empre-

gava – cujos interesses (os dos trabalhadores), aliás, não eram significativamente protegidos pelo direito. Na base do dever de apresentação estavam apenas os interesses dos credores. Claro que os comerciantes (salvo casos de fraude) nunca se precipitaram na falência intencionalmente, antes sempre a pretenderam evitar.

À medida em que o paradigma da empresa se foi alterando, com o surgimento das sociedades, sobretudo o das chamadas sociedades de capitais, facilitadoras e promotoras da separação entre gestão e capital, com o reconhecimento pelo direito dos interesses dos trabalhadores e com a atribuição de relevância jurídica às posições de outras «partes interessadas» (*stakeholders*), foi sendo lançada a ideia de que os gestores das empresas teriam também um dever de prevenção da insolvência, incluindo pelo uso dos meios específicos que a ordem jurídica disponibiliza para tanto.

Sublinho, porém, que desde que há falência que há meios de prevenção da mesma¹. As provas mais interessantes disso não estarão tanto na *cessio bonorum* da Roma Antiga, mas nas *lettres de répit* referidas por Jacques Savary no seu *Le Parfait Negociant*, publicado em 1675², e nas concordatas de que se podem encontrar fórmulas em livros como o *L'Esprit des Ordonnances de Louis XIV*, de M. Sallé, de 1763³. O que o século XX e os anos que levamos do século XXI trouxeram foi apenas o desenvolvimento desses meios, não a sua invenção.

Para tentar explicar como chegámos onde estamos, vou expor várias leis e outros textos afins, divididos entre os anteriores ao ano 2000 e os posteriores – convertendo os textos portugueses para a ortografia atual (mas conservando a pontuação), para suavizar o esforço de leitura. A maior parte respeitará à falência, mas também surgirão normas integrantes do «regime

¹ Para sínteses da evolução da falência na literatura portuguesa, v., na literatura mais recente, por exemplo, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, 11.ª ed., Almedina, 2023, pp. 21 e ss., Catarina Serra, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, 2019, pp. 21 e ss., Alexandre de Soveral Martins, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. I, 4.ª ed., Almedina, 2022, pp. 22 e ss., Adelaide Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, AAFDL Editora, 2017, pp. 63 e ss., e Marco Carvalho Gonçalves, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, Almedina, 2023, pp. 13 e ss.

² *Le Parfait Negociant ou Instruction Generale pour ce qui Regarde le Commerce....*, Paris, Chez Louis Billaine, M.DC.LXXV., Livre Second, capítulo LXIV, pp. 254 e ss.

³ *L'Esprit des Ordonnances de Louis XIV Ouvrage où l'on a Réuni la Théorie et la Pratique des Ordonnances*, Paris, Chez Samson, Tome Second, pp. 430 e 431.

fisiológico» das sociedades. Com base nesses elementos, tentarei tirar algumas conclusões.

É claro que as leis e os outros textos apresentados são apenas uma parte do conjunto suscetível de ser considerado e que na sua seleção há subjetividade. Por exemplo, deixarei de lado marcos ou símbolos como as leis francesas de 1838, de 1889 e dos anos 50, 60 e 80 do século XX⁴, o *Bankruptcy Act* dos EUA de 1898 (também conhecido como «Nelson Act» de 1898), o *Bankruptcy Reform Act* dos EUA de 1978⁵ e a alemã *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* (lei para a facilitação da recuperação das empresas) de 2011 – cujo relevo sublinhei na minha intervenção no I Congresso de Direito da Insolvência⁶. Também não trarei à luz a *Ley Concursal* espanhola de 2003 (Ley 22/2003, de 9 de julho, publicada no *Boletín Oficial del Estado* a 10.7.2003), que, não sendo talvez um marco ou um símbolo afim, muito influenciou o CIRE.

Creio, porém, que os elementos selecionados são suficientemente representativos para servirem de base a uma reflexão útil.

A separação entre o que é anterior ao século XXI e o que foi publicado durante ele, pese a sua discricionariedade, destina-se a sublinhar que há elementos que quase só têm interesse para compreender a evolução das figuras e outros que são o «material normativo» que serve de base ao «achamento» e à construção dogmática do que vigora.

A exposição mostrará, julgo, a ligação e a diferença entre os deveres de apresentação e de prevenção, que, com a ajuda de outros argumentos pertinentes, enfatizarei no final. Deixarei marcadas com itálico palavras e expressões que tenho por especialmente significativas.

⁴ Sobre elas, v. o meu texto «A Administração da Empresa Insolvente: Rutura ou Continuidade?», in *I Congresso de Direito da Insolvência* (obra coletiva, coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, pp. 153 e ss., e as obras de autores franceses que lá citei.

⁵ Para um resumo da evolução das leis falenciais nos EUA, v. Charles Jordan Tabb, «The History of the Bankruptcy Laws in The United States», in *American Bankruptcy Institute Law Review*, vol. 3, p. 5, 1995, pp. 5 ss. (disponível em <https://ssrn.com/abstract=2316255> – consultado pela última vez em 21.9.2023). Para informação mais sintética e chegando aos tempos mais recentes, v. o site *BankruptcyData*, na página <https://www.bankruptcydata.com/a-history-of-bankruptcy> (consultado pela última vez em 21.9.2023). Na literatura portuguesa, v. Catarina Serra, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*, Coimbra Editora, 2009, pp. 203, 204 e 214 e ss.

⁶ Da qual é versão escrita o atrás citado texto «A Administração da Empresa Insolvente: Rutura ou Continuidade?».

2.2. Alguns textos anteriores ao século XXI

1602 – Ordenações Filipinas

Livro V

Título LXVI

Dos Mercadores que quebram. E dos que se levantam com fazenda alheia.

« [...], sejam havidos por públicos ladrões, roubadores, e castigados com as mesmas penas, que por nossas Ordenações, e Direito Civil os ladrões públicos, se castigam, e percam a nobreza, e liberdades que tiverem para não haverem pena vil.

[...]

8. E os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra em seus tratos e comércios lícitos, não constando de algum dolo, ou malícia, não incorrerão em pena alguma crime. E neste caso serão os autos remetidos ao Prior e Cônsules do Consulado, que os procurarão consertar e compor com seus credores, conforme a seu Regimento.»

1758 – Lei de 13 de novembro (alteração ao título LXVI do livro V das Ordenações)

«XIV. Logo que qualquer Homem de Negócio faltar de crédito, se apresentará na referida Junta, perante o Provedor, e Deputados dela, ou no mesmo dia em que a quebra suceder, ou ao mais tardar, no próximo seguinte: Jurando a verdadeira causa da falência, em que se achar, pelas perdas, ou em partes totais, ou parciais, que houver padecido: Entregando com as chaves do seu Escritório, e dos livros, e papéis, que nele se acharem, as dos Armazéns das Fazendas, que estiverem ainda em ser: E declarando debaixo do mesmo juramento todos os bens, com que se achar, assim móveis, e de raiz, como Ações, sem ocultar cousa alguma deles: E para os sobreditos serem admitidos a fazer o referido juramento, serão precisamente obrigados a exhibir pelo menos um livro com o Título de *Diário*, escrito pela Ordem Cronológica dos tempos, e das datas, sem inversão delas, [...]»

1807 – Code de Commerce (francês)

«440. Tout failli sera tenu, dans les trois jours de la cessation de paiement, d'en faire la déclaration au greffe du tribunal de commerce; le jour où il aura cessé ses paiemens sera compris dans ces trois jours. – En cas de Faillite d'une société en nom collectif la déclaration du failli contiendra le nom et l'indication du domicile de chacun des associés solidaires. »

[...]

«31. Elle [*la société anonyme*] est administrée para des *mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits.*»⁷

1833 – Código Comercial Português

«1124. Todo o comerciante, que cessar pagamentos, será obrigado a fazer a declaração do seu estado dentro em *três* dias, a contar da cessação de pagamentos. A declaração será feita na secretaria do tribunal de comércio de seu domicílio. No caso de quebra de uma sociedade com firma, a declaração deve conter o nome e indicação do domicílio de cada um dos sócios solidários da firma. Os simples parceiros ou partes só entram no balanço na qualidade de credores.»

[...]

1184. Cumpridas as formalidades acima prescritas, o juiz comissário ordenará imediatamente convocação dos credores do quebrado conhecidos e não conhecidos, para *deliberar sobre* a verificação dos créditos, e *concordata que o falido apresentar*, ou para formar um contrato de união

[...]

1272. O comerciante que provar, que por casos extraordinários, imprevistos, ou de força maior foi levado ao extremo de não poder na atualidade satisfazer as obrigações contraídas, e verificar por um balanço exato, e devidamente documentado, que pode pagar com espera integralmente a todos os seus credores, **está nos termos de obter moratória.**

[...]

538. Companhia é uma associação de acionistas sem firma social, qualificada pela designação do objeto da sua empresa, e administrada por *mandatários temporários, revogáveis, acionistas, ou não acionistas, assalariados ou gratuitos.*»

1865 – Codice di Commercio del Regno d'Italia

«544. Il fallito, entro *tre* giorni dalla cessazione dei suoi pagamenti, deve farne la dichiarazione nella cancelleria del tribunale di commercio del luogo in cui ha il suo principale stabilimento commerciale: il giorno in cui ha cessato di fare i suoi pagamenti, è compreso nei tre giorni.

[...]»

⁷ Sobre o *Code de Commerce*, em geral e em especial no tocante à falência, v., na nossa literatura Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *A Miragem das Piastras, Napoleão, Ouvrard, Récamier e o Code de Commerce de 1807*, Bubok Publishing, 2015, *maxime* pp. 1 a 7 e 132 e a 138.

1867 – Lei (portuguesa) de 22 de junho de 1867 sobre sociedades anónimas

«Art. 13.º As sociedades anónimas são administradas por **mandatários** temporários, revogáveis, retribuídos ou gratuitos, escolhidos de entre os associados.

[...]

Art. 41.º Os credores de uma sociedade anónima podem requerer a sua dissolução, provando que posteriormente à época dos seus contratos metade do capital social está perdido; mas a sociedade pode opor-se à dissolução sempre que dê as necessárias garantias de pagamento aos seus credores.

Art. 42.º *Logo que as perdas de uma sociedade anónima montem a metade do capital social, os administradores são obrigados a convocar uma assembleia geral de todos os acionistas, para deliberar sobre a conveniência da continuação da sociedade com o capital assim reduzido, ou com o capital aumentando por novas subscrições.*

§ único. Se a perda for de três quartos do capital, para que a dissolução tenha lugar é suficiente que a deliberação da assembleia geral seja tomada pela quarta parte dos votos nela apresentados.

Art. 43.º As sociedades anónimas, quando sem justa e legítima causa houver cessação de pagamentos, podem ser declaradas em estado de falência, a requerimento de um ou mais credores.

§ 1.º A liquidação do ativo e passivo destas sociedades no estado de falência será feita nos termos da secção X desta lei, com a exceção de que os liquidatários serão nomeados em número igual pelas mesmas sociedades e pelos credores.

§ 2.º À concordata, contrato de união e moratória serão aplicadas as disposições do código de comércio.»⁸

1867 – Lei (francesa) de 24 de julho de 1867 sobre as sociedades

«Art. 22: «Les sociétés anonymes sont administrés par un ou plusieurs *mandataires* à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits, pris parmi les associés. [...]»

1882 – Codice di Commercio del Regno d'Italia

«Art. 674. Il fallito, entro *tre* giorni dalla cessazione dei pagamenti, compreso quello in cui cessarono, deve farne la dichiarazione nella cancellaria del Tribunale di commercio designato nell'articolo precedente.

⁸ As palavras «mandato» e «mandatário», por referência à relação de administração e aos administradores, eram usadas mais de uma dúzia de vezes na lei em causa.

La dichiarazione deve essere accompagnata dal deposito del bilancio certificato vero, datato e sottoscritto dal fallito, e dei suoi libri e carte di commercio, nello stato in cui si trovano.

Il bilancio deve contenere l'indicazione e l'approssimativa estimazione di tutti i beni mobili ed immobili del fallito, il prospetto dei suoi debiti e crediti, col nome, cognome e domicilio dei singoli creditori, il quadro dei profitti e delle perdite, e quello delle spese.»

1885 – Código de Comercio (español)

«Libro Segundo

Art. 156

«Los administradores de las compañías anónimas son sus *mandatarios*, y, mientras observen las reglas del mandato, no estarán sujetos á responsabilidad personal ni solidaria per las operaciones sociales; [...]

Libro Cuarto

De la Suspensión de Pagos, de las Quiebras y de las Prescripciones

[...]

«Art. 870. El que, poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, prevea la imposibilidad de efectuarlo a la fecha de sus respectivos vencimientos, y el que carezca de recursos para satisfacerlas en su integridad, podrán constituirse en estado de suspensión de pagos, que declarara el juez o tribunal, en vista de su manifestación.

Art. 871. También podrá el comerciante presentarse en estado de suspensión de pagos dentro de las *cuarenta y ocho horas* siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho.

Pasadas las cuarenta y ocho horas señaladas en el párrafo anterior sin a ver hecho uso de la facultad concedida en el mismo, deberá presentarse *al día siguiente* en estado de quiebra ante el juez ó tribunal de su domicilio.

Art. 872. Hecha la declaración de suspensión de pagos, el comerciante deberá presentar a sus acreedores, dentro del plazo de diez días, una proposición de convenio, sujetándose su deliberación, votación y demás que le concierna, a lo establecido en la sección cuarta de este título, salvo lo que en ella se expresa tocante à la calificación de la quiebra, que no será necesaria.

Art. 873. Si la proposición de convenio fuese desechada, ó no se reuniese número bastante de votantes para su aprobación, quedará terminado el expediente, y todos los interesados en libertad para a haber uso de sus respectivos derechos.»

[...]

1887 – Relatório do Ministro da Justiça (Veiga Beirão) que precedeu a proposta de lei para a aprovação do Código Comercial (português) de 1888

«As principais alterações que são propostas parece-me corresponderem às exigências do foro e do comércio, e obviarem aos defeitos, que mais se sentem na prática.

Assim, começando por declarar que pela insolvência, ainda antes da suspensão de pagamentos, se pode abrir quebra ao negociante, evita-se que ele dê indevida preferência a uns credores em prejuízo de outros, cortando cerce aos abusos que mais de uma vez se têm praticado, com escândalo da probidade mercantil, e ofensa dos interesses do comércio.»⁹

1888 – Código Comercial (português)

«Art. 120.º As sociedades comerciais dissolvem-se:

[...]

5.º Pela diminuição do capital social em mais de dois terços, se os sócios não fizerem logo entradas que mantenham pelo menos num terço o capital social.

[...]

§ 4.º Os credores de uma sociedade anónima podem requerer a sua dissolução, provando que, posteriormente à época dos seus contratos, metade do capital social está perdido; mas a sociedade pode opor-se à dissolução, sempre que dê as necessárias garantias de pagamento aos seus credores¹⁰.

[...]

Art. 172.º

A eleição dos diretores [*das sociedades anónimas*] será feita de entre os sócios por tempo certo e determinado não excedente a três anos, sem prejuízo da revogabilidade do **mandato**, sempre que qualquer assembleia geral o julgue conveniente.

[...] Art. 692.º O comerciante que cessa pagamentos de suas obrigações comerciais presume-se em estado de quebra, que deve ser judicialmente declarada.

⁹ *Appendice ao Código Commercial Portuguez Approvado pela Carta de Lei de 28 de Junho de 1888...*, segunda edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1893, p. 51. Em escrito posterior, Francisco António da Veiga Beirão expôs novamente o seu pensamento sobre a falência e a sua interpretação dos preceitos sobre a matéria do Código de Processo Comercial de 1905 – cfr. *Direito Commercial Portuguez Esboço do Curso...*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1912, pp. 211 e ss.

¹⁰ A partir do Dec.-Lei 363/77, de 2 de setembro, este preceito passou a constituir o § 3.º do artigo em causa.

§ único. Antes da cessação de pagamentos pode também declarar-se a quebra com audiência do falido, justificada que seja previamente a manifesta insuficiência do ativo para satisfação do passivo.

[...]

Art. 697.º A apresentação do estado de quebra pelo próprio falido é obrigatória para este nos **dez** dias seguintes à cessação de pagamentos, sob pena de se presumir culpa na quebra.

[...]

Art. 737.º A quebra é culposa quando proveniente de manifesta incúria, desleixo ou prodigalidade do falido, ou quando este haja deixado de cumprir os preceitos ou as formalidades que a lei impõe para a inteira regularidade da escrituração e das transações comerciais.

§ único. A presunção de culpa, resultante da falta de apresentação voluntária no tribunal no decêndio posterior à cessação dos pagamentos ou ao reconhecimento da insolvabilidade, só pode ser ilidida por prova inequívoca de legítimo e ininterrompido impedimento, claramente alegado e concludentemente demonstrado.»

1892 – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

[GmbH Gesetz] *Lei sobre as sociedades de responsabilidade limitada (alemã)*

«§ 43. Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.¹¹

[]»

Tradução

Os gerentes têm de aplicar nas matérias da sociedade o cuidado de um homem de negócios organizado/diligente

1899 – Código de Falências (português)

«Artigo 1.º O comerciante, que cessa pagamentos de suas obrigações comerciais, presume-se em estado de falência ou quebra, que deve ser judicialmente declarada. *[igual]*

¹¹ Pedro Caetano Nunes informa que o critério «Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes» foi introduzido no § 241 II do código comercial alemão de 1861 (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*), relativo à atuação dos administradores de sociedades por ações, pela *Aktienrechtsnovelle* de 1884 (*Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Almeida, 2012, p. 314, texto e nota 1046).

§ 1.º Antes da cessação de pagamentos pode também declarar-se a falência no caso de fuga do comerciante ou abandono do seu estabelecimento, e ainda, mas com audiência do arguido, no caso de manifesta insuficiência do ativo para satisfação do passivo.»

[...]

Art. 6.º A apresentação do estado de falência pelo próprio comerciante é obrigatória para este nos dez dias seguintes à cessação de pagamentos, sob pena de se presumir culpa na falência.

[...]

Art. 163.º Para ser declarada a falência de qualquer sociedade por apresentação de ela será suficiente a participação escrita de qualquer sócio de responsabilidade ilimitada, ou da respetiva administração; mas, além dos documentos exigidos no artigo 7.º, será também acompanhada da ata da reunião ou assembleia geral em que se tenha deliberado aquela apresentação.»

1901 – Lei das Sociedades por Quotas (portuguesa)

«art. 54.º Os credores de qualquer sociedade ou firma comercial, cuja quebra tenha sido ou esteja em circunstâncias de ser legalmente declarada, poderão transformá-la em sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, em cuja constituição inicial é dispensada a observância do disposto nesta lei quanto à importância das quotas.

[...]

§ 4.º A nova sociedade ficará com o ativo da sociedade ou firma dissolvida, na parte em que não for absorvido pelo pagamento dos créditos privilegiados e preferentes, e com a obrigação de pagar no prazo máximo de três anos, a contar da homologação do acordo, a percentagem aí fixada aos credores comuns, que nele não houverem tomado parte.

[...]»¹²

1905 – Código de Processo Comercial (português)

«Art. 185.º O comerciante que cessa pagamentos de suas obrigações comerciais presume-se em estado de falência ou quebra, que deve ser judicialmente declarada. [igual]

¹² A figura criada neste artigo da LSQ passou, com alterações crescentes, para o Código de Processo Comercial de 1905 (arts. 352 e ss.), para o Código de Falências de 1935 (arts. 231 e ss.), para o Código de Processo Civil (art. 1269 do Código de 1939 e art. 1167 do Código 1961), para o Dec.-Lei 177/86, de 2 de julho (arts. 26 e ss.), para o CPEREF (arts. 78 e ss.) e para o CIRE (arts. 199 e ss.).

§ 1.º Antes da cessação de pagamentos pode também declarar-se a falência no caso de fuga do comerciante ou abandono do seu estabelecimento, e ainda, *mas com audiência do arguido, no caso de manifesta insuficiência do ativo para satisfação do passivo. [igual]*

[...]

Art. 188.º A apresentação do estado de falência pelo próprio comerciante é obrigatória para este nos **dez** dias seguintes à cessação de pagamentos, sob pena de se presumir culpa na falência. *[igual]*

[...]

Art. 341.º Para ser declarada a falência de qualquer sociedade por apresentação de ela será suficiente a participação escrita de qualquer sócio de responsabilidade ilimitada ou da respetiva administração; mas, além dos documentos exigidos no artigo 189.º, será também acompanhada da ata da reunião ou assembleia geral em que se tenha deliberado aquela apresentação. *[igual]*»

1935 – Código da Falências (português)

Preâmbulo

«[...]

O comerciante faz parte de uma organização extensa, é fator de uma rede de interesses que constituem um elemento importante da economia pública. A ruína de um, o golpe profundo em uma atividade comercial, pode repercutir-se e repercute-se frequentemente, com maior ou menor intensidade, na actividade de muitos outros, na actividade daqueles que na sua empresa são interessados como credores e na própria economia pública.

Daqui resulta que a solução da vida do comerciante insolvente tem de ser uma só e procurada por todos aqueles a quem prejudica, isto é, por aqueles cujos créditos ou valores põe em perigo, através duma execução colectiva, a qual, dada a sua natureza, exige uma associação momentânea de todos os interessados.

[...]

Quer dizer que deve tornar possível a reconstituição das atividades que um golpe do acaso destruiu e que podem ser úteis e eliminar aquelas que não têm condições para servir a economia particular e a economia pública. *Por isso se admitiram todos os processos até hoje imaginados para restaurar uma empresa em crise – a moratória, a concordata preventiva e terminativa, só se excluindo a liquidação judiciária porque, oferecendo apenas a falido a vantagem da posse dos bens, tem-se mostrado em França, onde existe, sem utilidade apreciável.*

[...]

Já se acentuou que o regime de falência do comerciante é dominado pela ideia de obter o menor prejuízo para aqueles que pelo desastre são atingidos e que a escolha do caminho a seguir pertence aos que a força das circunstâncias obrigou a associarem-se, mas não inteiramente a eles. O Estado tem igualmente o direito de intervir.

[...]

Artigo 1.º O comerciante que se encontra impossibilitado de solver os seus compromissos considera-se em estado de falência, que deverá ser judicialmente declarada.

Art. 2.º A declaração do estado de falência terá lugar nos casos seguintes:

1.º Cessaçãõ de pagamentos;

2.º Fuga do comerciante ou ausência do seu estabelecimento, sem deixar legalmente indicado quem o represente na respetiva gestão;

3.º Dissipação e extravio de bens ou qualquer outro abusivo procedimento que revele, por parte do comerciante, manifesto propósito de se colocar na situação de não poder solver os seus compromissos.

§ 1.º *Nas sociedades de responsabilidade limitada a falência pode ser declarada com fundamento na insuficiência manifesta do ativo para satisfação do passivo.*

[...]

Art. 5.º A apresentação do estado de falência pelo próprio comerciante é obrigatória para este nos dez dias seguintes à cessaçãõ de pagamentos, sob pena de se presumir culpa na falência.»

1937 – Aktiengesetz *Lei das sociedades por ações (alemã)*

«§ 70

Leitung der Aktiengesellschaft

(1) Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern. [...]»

Tradução

Condução/gestão da sociedade por ações

(1) *A Direção tem de conduzir/gerir a sociedade sob sua responsabilidade, como exigam o bem da empresa, a sua continuidade e o benefício comum do povo e do império*

1939 – Código de Processo Civil (português)

«Art. 1135.º O comerciante impossibilitado de solver os seus compromissos considera-se em estado de falência. *[substancialmente igual]*

[...]

Art. 1136.º A declaração do estado de falência terá lugar nos casos seguintes:

1.º Cessaçãõ de pagamentos;

2.º Fuga do comerciante ou ausência do seu estabelecimento, sem deixar legalmente indicado quem o represente na respetiva gestão;

3.º Dissipaçãõ e extravio de bens ou qualquer outro abusivo procedimento que revele, por parte do comerciante, manifesto propósito de se colocar na situaçãõ de não poder solver os seus compromissos.

§ 1.º *Nas sociedades de responsabilidade limitada a falência pode ser declarada com fundamento na insuficiência manifesta do ativo para satisfaçãõ do passivo. [igual]*

[...]

Art. 1139.º A apresentaçãõ do estado de falência pelo próprio comerciante é obrigatória para este nos dez dias seguintes à cessaçãõ de pagamentos, sob pena de se presumir culpa na falência. [igual]

1961 – Código de Processo Civil (português)

Preâmbulo

«32. A nova regulamentaçãõ do processo de falência dá primazia aos meios preventivos.

Não se limita a tratá-los em primeiro lugar, como é de boa ordem; dá-lhes prioridade real. É que a concordata ou o acordo de credores é sempre preferível, em regra, à ruinoso liquidaçãõ judicial.

A falência propriamente dita não pode deixar de ser, pelos termos em que se desenvolve, um processo necessariamente caro, demorado e de rendimento relativamente reduzido. As vendas fazem-se quase sempre ao desbarato. As cobranças prolongam-se e exigem a cada passo complicados litígios. As custas e despesas de administraçãõ absorvem grande parte do produto obtido; etc., etc.

Por isso se determina agora que a apresentaçãõ espontânea do comerciante impedido de solver os seus compromissos dá lugar ao que poderemos chamar uma tentativa de conciliaçãõ com os credores.

Estes são convocados para, antes de mais, decidirem sobre a concessãõ de concordata ou, quando o devedor lhes não inspire a necessária confiança, para deliberarem sobre a constituiçãõ de uma sociedade que assumo a gerência dos negócios dele e pague as dívidas com a reduçãõ exigida pela insuficiência do seu activo.

Só depois de gorada esta tentativa se vai, em princípio, para a declaraçãõ de falência.

[...]

Artigo 1135.º

(Definição do estado de falência)

O comerciante impossibilitado de *cumprir* as suas *obrigações* considera-se em estado de falência.

[...]

Artigo 1140.º

(Prazo para a apresentação do comerciante)

1. Todo o comerciante que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações comerciais deve, *antes de* cessar efetivamente os pagamentos, *ou* nos dez dias seguintes à cessação, apresentar-se ao tribunal competente para a declaração de falência, requerendo a convocação dos credores.

[...]

Artigo 1290.º

(Falência por apresentação)

1. Para ser iniciada a instância de falência por apresentação de qualquer sociedade, o requerimento ou a participação serão feitos por qualquer sócio de responsabilidade ilimitada ou pela respetiva administração; mas, além dos documentos exigidos no artigo 1141.º, será junta certidão da ata da reunião ou assembleia geral em que se tenha deliberado a apresentação.

2. Este direito é extensivo às sociedades em liquidação.»

1965 – Aktiengesetz *Lei das sociedades por ações (alemã)*

«§ 93 **Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandmitglieder**

(1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.

[...]

Tradução

Dever de cuidado e responsabilidade dos membros da Direção

Os membros da Direção têm de aplicar na condução do negócio o cuidado de um gestor organizado/diligente e criterioso

1969 – Dec.-Lei 49381, de 15 de novembro¹³

«CAPÍTULO II

Responsabilidade civil

¹³ O Diário do Governo sumariou o Dec.-Lei 49.381, de 15 de novembro de 1969 com as seguintes palavras: «Promulga o regime jurídico de fiscalização das sociedades anónimas».

SECÇÃO I

Responsabilidade dos administradores

Art. 17.º – 1. Os administradores da sociedade são obrigados a empregar a *diligência de um gestor criterioso e ordenado*.

2. Os administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou estatutários, salvo se provarem que procederam sem culpa.

[...]

Art. 23.º – 1. *Os administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou estatutárias destinadas à protecção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos.*

[...]

Art. 24.º – 1. *Os administradores respondem também, nos termos gerais, para com os sócios e terceiros pelos danos que directamente lhes causem no exercício das suas funções.*

[...]

CAPÍTULO IV

Disposições gerais e transitórias

Art. 47.º

[...]

3. A aplicação, às sociedades por quotas, do disposto no capítulo II deste diploma far-se-á nos termos do artigo 31.º da Lei de 11 de Abril de 1901, excepto quanto ao direito de propor a acção prevista no artigo 22.º e ao direito de requerer o inquérito judicial e providências subsequentes regulado no artigo 29.º; os quais pertencem a qualquer sócio, independentemente do montante da sua quota.»

1977 – Dec.-Lei 124/77, de 1 de abril («Regulamenta a celebração de contratos de viabilização»)

«Artigo 1.º

1. As instituições de crédito nacionais poderão celebrar com empresas privadas contratos através dos quais:

No entanto, o diploma também alterou o regime de responsabilidade dos administradores, dedicando à matéria preceitos inseridos na secção I, intitulada «responsabilidade dos administradores», do seu capítulo II, intitulado «responsabilidade civil».

a) As empresas se obriguem a atingir determinadas metas pré-fixadas de equilíbrio financeiro, de produtividade e de rentabilidade, em contrapartida de benefícios concedidos de entre os previstos neste diploma;

b) As instituições de crédito se obriguem a participar nas operações financeiras indispensáveis à prossecução das metas fixadas para as empresas, operações essas objetiva e claramente especificadas.

[...]

4. Os contratos mencionados nos números anteriores serão designados por «contratos de viabilização».

Art. 2.º – I. Podem celebrar contratos de viabilização as empresas privadas que preencham cumulativamente as condições seguintes:

a) Apresentem uma estrutura financeira desequilibrada, manifesta a partir dos exercícios de 1974, 1975 ou 1976;

b) Demonstrem que, corrigidas as assimetrias dessa estrutura em consequência da concessão de todos ou de alguns benefícios previstos neste diploma, podem atingir, no prazo do contrato, uma situação de viabilidade, traduzida em metas de equilíbrio económico e financeiro de exploração, inequivocamente quantificável e a definir no contrato;

c) Disponham de contabilidade adequada à apreciação da respetiva situação económica e financeira e da sua evolução ou possam vir a dela dispor durante a vigência do contrato.

2. Os contratos de viabilização poderão ser celebrados com *grupos de empresas*, devendo, neste caso, definir-se, precisamente, a responsabilidade de cada uma pelo cumprimento das obrigações contratuais, designadamente no que se refere à pontual consecução dos objetivos parciais e globais estabelecidos.

[...]

1977 – «Segunda Diretiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de dezembro de 1976, tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade» [sociedade anónima]

«Artigo 17.º

1. No caso de perda grave do capital subscrito, deve ser convocada uma assembleia geral no prazo fixado pelas legislações dos Estados-membros, para

examinar se a sociedade deve ser dissolvida ou se deve ser adotada qualquer outra medida.

2. Para os efeitos previstos no n.º 1, a legislação de um Estado-membro não pode fixar em mais de metade do capital subscrito o montante da perda considerada grave.»¹⁴

1978 – «Quarta Diretiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1978, baseada no artigo 54.º, n.º 3, alínea g), do Tratado e relativa às contas anuais de certas formas de sociedades (78/660/CEE)» [sociedade anónima, sociedade em comandita por ações e sociedade por quotas]

«Artigo 46.º

1. O relatório de gestão deve conter, pelo menos, uma exposição fiel acerca da evolução dos negócios e da situação da sociedade.

2. O relatório deve igualmente incluir indicações sobre:

a) Os acontecimentos importantes verificados após o encerramento do exercício;

b) *A evolução previsível da sociedade;*

[...]»¹⁵

1982 – Project de Convention Relative à la Faillite, aux Concordates et aux Procédures Analogues (Comunidades Europeias)

«Rapport introductif

[...]

Économie générale de la convention

1) Plusieurs voies s'ouvraient aux auteurs de la convention.

Au-delà des solutions tirées des systèmes de la territorialité ou de l'universalité de faillite, une autre solution consistait à se placer dans le cadre de l'article 100 du traité de Rome pour tenter de parvenir sinon à une unification, du moins à une *harmonisation ou à un rapprochement des législations* des neuf pays. L'entreprise aurait été en l'état exagérément ambitieuse en raison même de la disparité des lois nationales; de plus, la faillite est une institution d'ordre public qui touche à la fois au droit des personnes et à celui des sociétés, à celui des biens, aux règles de procédure et des voies d'exécution. A tout le moins, *une telle unification postu-*

¹⁴ A Diretiva 77/91/CEE foi revogada, mas as regras em causam continuam a vigorar, constituindo hoje o art. 58 da Diretiva (UE) 2017/1132/EU, de 14 de junho de 2017.

¹⁵ A Diretiva em causa foi revogada pela Diretiva 2013/34/EU, de 26 de junho de 2013, cujo art. 19 contém, no n.º 2, preceito afim.

lait celle du droit des obligations qui constitue une des principales tâches juridiques de la Communauté européenne.»¹⁶

1983 – Proposta modificada de 5.^a diretiva CEE em matéria de sociedades «concernant la structure des sociétés anonymes et les pouvoirs et obligations de leurs organes»

«Article 10 a)

[...]

2. Tous les membres des organes de direction et de surveillance exercent leurs fonctions *dans l'intérêt de la société, compte tenu des intérêts des actionnaires et des travailleurs.*

[...]»¹⁷

1986 – Dec.-Lei 177/86, de 2 de julho [revogado pelo Dec.-Lei 132/93, de 23 de abril, que aprovou o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF)]

Preâmbulo:

¹⁶ *Bulletin des Communautés Européennes Supplément 2/82*, p. 48. Este projeto deu origem à convenção comunitária relativa aos processos de insolvência de 23 de novembro de 1995, que não chegou a entrar em vigor (por não ter sido assinada pelo Reino Unido). A matéria acabou por ser objeto do Regulamento (CE) 1346/2000, de 29 de maio de 2000, posteriormente substituído pelo Regulamento (UE) 2015/848, de 20 de maio de 2015. Sobre o assunto, v., por exemplo, Maria Helena Brito, «Falências Internacionais», in *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques* (obra coletiva), Almedina, 2007, pp. 625 e ss., Alexandre de Soveral Martins, «O “CIP” (“Centro dos Interesses Principais”) e as Sociedades: um Capítulo Europeu», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 1, vol. 1, março 2009, pp. 133 e ss., Luís de Lima Pinheiro, «O Regulamento Comunitário sobre Insolvência – Uma Introdução», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, vol. III, dezembro 2006, pp. 1101 e ss., Maria Helena Brito, «O Novo Regulamento Europeu sobre os Processos de Insolvência: Algumas Reflexões», in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos* (obra coletiva), Almedina, 2016, vol. I, pp. 1121 e ss., Rui Pereira Dias, *Pactos de Jurisdição Societários*, Almedina, 2018, pp. 161 e ss., e Fernando Tainhas, «Insolvências Transfronteiriças: o Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20/05/2015», in *Atas das V Jornadas de Reestruturações e Insolvências da Uría-Menéndez-Proença de Carvalho* (obra coletiva coord. David Sequeira Dinis e Nuno Salazar Casanova), Universidade Católica Editora, 2020, pp. 109 e ss.

¹⁷ *Journal officiel des Communautés européennes* n.º C 240/12, de 9.9.83, p. 12. Esta proposta não veio a vingar, i.e., a 5.^a diretiva nunca foi aprovada.

«[...] introdução, no ordenamento jurídico português, com carácter sistematizado e coerente, de um direito pré-falimentar, intencionalizado à recuperação da empresa e à adequada proteção dos credores; com isto se tutelam, obviamente, os interesses dos trabalhadores.»

[...]

CAPÍTULO I

Processo especial de recuperação da empresa e da proteção dos credores

SECÇÃO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

(Pressupostos do processo)

1 - Toda a empresa que se encontre impossibilitada de cumprir as suas obrigações deve apresentar-se a tribunal, por intermédio do seu proprietário ou de qualquer dos seus administradores, requerendo a adoção de uma das medidas previstas neste capítulo.

2 - A iniciativa do requerimento pode ser tomada por qualquer credor da empresa, seja qual for a natureza do seu crédito, quando se verifique alguma das seguintes situações:

[...]

3 - Tem ainda legitimidade para requerer qualquer das medidas previstas o Ministério Público, relativamente às empresas declaradas em situação económica difícil, desde que haja interesse económico ou social na sua manutenção, reconhecido nos termos legais.

Artigo 2.º

(Aplicabilidade do processo)

O processo especial de recuperação da empresa e de proteção dos credores é aplicável às sociedades comerciais, aos comerciantes em nome individual, às sociedades civis sob forma comercial e às cooperativas.

Artigo 3.º

(Medidas previstas)

1 - Constituem meios de recuperação da empresa e de proteção dos credores a concordata e o acordo de credores, tal como se encontram regulados no presente diploma, e a gestão controlada.

2 - A gestão controlada da empresa pode operar-se mediante a aplicação de alguma ou algumas das seguintes medidas:

[...]

Artigo 50.º

(Alterações no processo de liquidação em benefício dos credores)

Os artigos 1140.º, 1141.º, 1174.º, 1175.º, 1176.º, 1190.º, 1197.º, 1202.º, 1241.º, 1245.º, 1247.º, 1251.º e 1282.º do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

Artigo 1140.º

[...]

1 – Todo o comerciante que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações comerciais deve, antes de cessar efetivamente os pagamentos, ou nos 30 [eram dez] dias seguintes à cessação, apresentar-se ao tribunal competente para a declaração de falência, requerendo a convocação dos credores, *salvo se estiver pendente processo especial de recuperação de empresa e proteção dos credores.*»

1986 – Código das Sociedades Comerciais (aprovado pelo Dec.-Lei 262/86, de 2 de setembro)

«Artigo 64.º

(Dever de diligência)

Os gerentes, administradores ou diretores¹⁸ de uma sociedade devem atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, *tendo em conta os interesses dos acionistas e dos trabalhadores.*»

(O Dec.-Lei 280/87, de 8 de julho, deu nova redação ao artigo, substituindo «acionistas» por «sócios», ou seja, substancialmente falando, corrigindo um lapso)

[...]

Artigo 35.º

(Perda de metade do capital)

1 – Os membros da administração que, pelas contas de exercício, verifiquem estar perdida metade do capital social devem propor aos sócios que a sociedade seja dissolvida ou o capital aí seja reduzido, a não ser que os sócios se comprometam a efetuar e efetuem, nos 60 dias seguintes à deliberação que da proposta resultar, entradas que mantenham pelo menos em dois terços a cobertura do capital.

2 – A proposta deve ser apresentada na própria assembleia que apreciar as contas ou em assembleia convocada para os 60 dias seguintes aquela ou à aprovação judicial, nos casos previstos pelo artigo 67.º

3 – Não tendo os membros da administração cumprido o disposto nos números anteriores ou não tendo sido tomadas as deliberações ali previstas, pode qual-

¹⁸ A palavra «diretores» designava então os membros do órgão de administração das sociedades anónimas do «modelo germânico».

quer sócio ou credor requerer ao tribunal, enquanto aquela situação se mantiver, a dissolução da sociedade, sem prejuízo de os sócios poderem efetuar as entradas das referidas no n.º 1 até ao trânsito em julgado da sentença.

[...]

Artigo 66.º

(Relatório de gestão)

1 – O relatório de gestão deve conter, pelo menos, uma exposição fiel e clara sobre a evolução dos negócios e a situação da sociedade.

2 – O relatório deve indicar, em especial:

a) A evolução da gestão nos diferentes sectores em que a sociedade exerceu atividade, designadamente no que respeita a condições do mercado, investimentos, custos, proveitos e atividades de investigação e desenvolvimento;

b) Os factos relevantes ocorridos após o termo do exercício;

c) A evolução previsível da sociedade;

[...]

1993 – Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (aprovado pelo Dec.-Lei 132/93, de 23 de abril) [revogado pelo Dec.-Lei 53/2004, de 18 de março, que aprovou o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE)]

«Artigo 1.º Campo de aplicação

1 – Toda a empresa em situação de insolvência pode ser objeto de uma ou mais providências de recuperação ou ser declarada em regime de falência.

2 – Só deve ser decretada a falência da empresa insolvente quando ela se mostre economicamente inviável ou se não considere possível, em face das circunstâncias, a sua recuperação financeira.

[...]

Artigo 4.º Providências de recuperação da empresa

Constituem providências de recuperação da empresa a concordata, o acordo de credores, a reestruturação financeira e a gestão controlada.

[...]

Artigo 6.º Dever de apresentação à falência

Logo que falte ao cumprimento de uma das suas obrigações, nas circunstâncias descritas na alínea a) do n.º 1 do artigo 8.º, deve a empresa, dentro dos 60 dias subsequentes, requerer a sua declaração de falência, salvo se, tendo razões bastantes para o fazer, optar pelo requerimento da providência de recuperação adequada.» [eram 30]

1994 - Insolvenzordnung *Lei da insolvência (alemã)*

«§ 1

Ziele des Insolvenzverfahrens

Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Dem redlichen Schuldner wird Gelegenheit gegeben, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien.»

Tradução

Fins do processo de insolvência

O processo de insolvência serve para satisfazer coletivamente os credores de um devedor, por meio da valorização do património do devedor e da repartição do restante ou para ser alcançado um acordo diverso num plano de insolvência, em especial para a manutenção da empresa. Ao devedor confiável é dada a oportunidade de se libertar das suas responsabilidades restantes.

1998 - Dec.-Lei 316/98, de 20 de outubro («Institui o procedimento extrajudicial de conciliação para viabilização de empresas em situação de insolvência ou em situação económica difícil») [revogado pelo Dec.-Lei 178/2012, de 3 de agosto, que instituiu o SIREVE - Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial]

Artigo 1.º

Iniciativa do procedimento de conciliação

1 - Qualquer empresa em condições de requerer judicialmente a sua recuperação, nos termos do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de abril, pode requerer ao Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento (IAPMEI) o procedimento de conciliação regulado no presente diploma.

2 - O procedimento de conciliação a que se refere o número anterior pode ainda ser requerido por qualquer credor que, nos termos do CPEREF, tenha legitimidade para requerer a aplicação a uma empresa de providência de recuperação.

Artigo 2.º

Finalidade do procedimento

1 – O procedimento de conciliação destina-se a obter a celebração de acordo entre a empresa e todos ou alguns dos credores que viabilize a recuperação da empresa em situação de insolvência ou em situação económica difícil, nos termos do artigo 3.º do CPEREF.

2 – No acordo podem ainda intervir os sócios da empresa ou outros interessados

[...]»

2.3. Alguns textos do século XXI

2004 – Código (português) da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE)

Preâmbulo (aprovado pelo Dec.-Lei 53/2004, de 18 de março)

«[...]

5 – Os sistemas jurídicos congéneres do nosso têm vindo a unificar os diferentes procedimentos que aí também existiam num único processo de insolvência, com uma tramitação supletiva baseada na liquidação do património do devedor e a atribuição aos credores da possibilidade de aprovarem um plano que se afaste deste regime, quer provendo à realização da liquidação em moldes distintos, quer reestruturando a empresa, mantendo-a ou não na titularidade do devedor insolvente. É o caso da recente lei alemã e da reforma do direito falimentar italiano em curso.

6 – O novo Código acolhe esta estrutura, como logo resulta do seu artigo 1.º e, por outro lado, do artigo 192.º, que define a função do plano de insolvência. *Fugindo da errónea ideia afirmada na atual lei, quanto à suposta prevalência da via da recuperação da empresa*, o modelo adotado pelo novo Código explicita, assim, desde o seu início, que é sempre a vontade dos credores a que comanda todo o processo.

[...]

7 – Cessa, assim, porque desnecessária, a duplicação de formas de processo especiais (de recuperação e de falência) existente no CPEREF, bem como a fase preambular que lhes era comum, e que era suscetível de gerar, inclusivamente, demoras evitáveis na tramitação do processo, nomeadamente pela duplicação concomitante de chamamento dos credores, e também por, em inúmeros casos, o recurso ao processo de recuperação se traduzir num mero expediente para atrasar a declaração de falência.

A supressão da dicotomia recuperação/falência, a par da configuração da situação

de insolvência como pressuposto objetivo único do processo, torna também aconselhável a mudança de designação do processo, que é agora a de «processo de insolvência». A insolvência não se confunde com a «falência», tal como atualmente entendida, dado que a impossibilidade de cumprir obrigações vencidas, em que a primeira noção fundamentalmente consiste, não implica a inviabilidade económica. [...]

TÍTULO II

Declaração da situação de insolvência

CAPÍTULO I

Pedido de declaração de insolvência

SECÇÃO I

Legitimidade para apresentar o pedido e desistência

Artigo 18.º

Dever de apresentação à insolvência

1 – O devedor deve requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 60 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência, tal como descrita no n.º 1 do artigo 3.º, ou à data em que devesse conhecê-la.

2 – *Excetuam-se do dever de apresentação à insolvência as pessoas singulares que não sejam titulares de uma empresa* na data em que incorram em situação de insolvência.

3 – Quando o devedor seja titular de uma empresa, presume-se de forma inilidível o conhecimento da situação de insolvência decorridos pelo menos três meses sobre o incumprimento generalizado de obrigações de algum dos tipos referidos na alínea g) do n.º 1 do artigo 20.º¹⁹

Artigo 19.º

A quem compete o pedido

Não sendo o devedor uma pessoa singular capaz, 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.

[...]

TÍTULO VIII

Incidentes de qualificação da insolvência

CAPÍTULO I

Disposições gerais

[...]

¹⁹ A redação atual do art. 18 do CIRE resulta da Lei 16/2012, de 20 de abril, e da Lei 9/2022, de 11 de janeiro, transcritas adiante.

Artigo 186.º

Insolvência culposa

1 – A insolvência é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da atuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

[...]

3 – Presume-se a existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular tenham incumprido:

- a) O dever de requerer a declaração de insolvência;
- b) A obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal, de submetê-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial.

[...]

TÍTULO IX

Plano de insolvência

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 192.º

Princípio geral

1 – O pagamento dos créditos sobre a insolvência, a liquidação da massa insolvente e a sua repartição pelos titulares daqueles créditos e pelo devedor, bem como a responsabilidade do devedor depois de findo o processo de insolvência, podem ser regulados num plano de insolvência em derrogação das normas do presente Código.

2 – O plano só pode afetar por forma diversa a esfera jurídica dos interessados, ou interferir com direitos de terceiros, na medida em que tal seja expressamente autorizado neste título ou consentido pelos visados.

Artigo 193.º

Legitimidade

1 – Podem apresentar proposta de plano de insolvência o administrador da insolvência, o devedor, qualquer pessoa que responda legalmente pelas dívidas da

insolvência e qualquer credor ou grupo de credores cujos créditos representam pelo menos um quinto do total dos créditos não subordinados reconhecidos na sentença de verificação e graduação de créditos, ou na estimativa do juiz, se tal sentença ainda não tiver sido proferida.

2 – O administrador da insolvência deve apresentar em prazo razoável a proposta de plano de insolvência de cuja elaboração seja encarregado pela assembleia de credores.

3 – O administrador elabora a proposta de plano de insolvência em colaboração com a comissão de credores, se existir, com a comissão ou representantes dos trabalhadores e com o devedor, devendo conformar-se com as diretrizes que tenham sido aprovadas em assembleia de credores, quando a proposta não seja de sua iniciativa.

Artigo 194.º

Princípio da igualdade

1 – O plano de insolvência obedece ao princípio da igualdade dos credores da insolvência, sem prejuízo das diferenciações justificadas por razões objetivas.

2 – O tratamento mais desfavorável relativamente a outros credores em idêntica situação depende do consentimento do credor afetado, o qual se considera tacitamente prestado no caso de voto favorável.

3 – É nulo qualquer acordo em que o administrador da insolvência, o devedor ou outrem confira vantagens a um credor não incluídas no plano de insolvência em contrapartida de determinado comportamento no âmbito do processo de insolvência, nomeadamente quanto ao exercício do direito de voto.

Artigo 195.º

Conteúdo do plano

1 – O plano de insolvência deve indicar claramente as alterações dele decorrentes para as posições jurídicas dos credores da insolvência.

2 – O plano de insolvência deve indicar a sua finalidade, descreve as medidas necessárias à sua execução, já realizadas ou ainda a executar, e contém todos os elementos relevantes para efeitos da sua aprovação pelos credores e homologação pelo juiz, nomeadamente:

- a) A descrição da situação patrimonial, financeira e reditícia do devedor;
- b) A indicação sobre se os meios de satisfação dos credores serão obtidos através de liquidação da massa insolvente, de recuperação do titular da empresa ou da transmissão da empresa a outra entidade;
- c) No caso de se prever a manutenção em atividade da empresa, na titularidade do devedor ou de terceiro, e pagamentos aos credores à custa dos respetivos rendimentos, plano de investimentos, conta de exploração previsional e demonstração previsional de fluxos de caixa pelo período de ocorrência daqueles pagamentos, e balanço pró-forma, em que os elementos do ativo e do passivo, tal como resultantes da homologação do plano de insolvência, são inscritos pelos respetivos valores;

2005 – Dec.-Lei 19/2005, de 18 de janeiro «(Altera os artigos 35.º, 141.º e 171.º do Código das Sociedades Comerciais)»

«Artigo 1.º

Alteração ao Código das Sociedades Comerciais

São alterados os artigos 35.º, 141.º e 171.º do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, que passam a ter a seguinte redação:

Artigo 35.º

[...]

1 – Resultando das contas de exercício ou de contas intercalares, tal como elaboradas pelo órgão de administração, que metade do capital social se encontra perdido, ou havendo em qualquer momento fundadas razões para admitir que essa perda se verifica, devem os gerentes convocar de imediato a assembleia geral ou os administradores ou diretores requerer prontamente a convocação da mesma, a fim de nela se informar os sócios da situação e de estes tomarem as medidas julgadas convenientes.

2 – Considera-se estar perdida metade do capital social quando o capital próprio da sociedade for igual ou inferior a metade do capital social.

3 – Do aviso convocatório da assembleia geral constarão, pelo menos, os seguintes assuntos para deliberação pelos sócios:

a) A dissolução da sociedade;

b) A redução do capital social para montante não inferior ao capital próprio da sociedade, com respeito, se for o caso, do disposto no n.º 1 do artigo 96.º;

c) A realização pelos sócios de entradas para reforço da cobertura do capital.»

[...]

Artigo 171.º

[...]

1 – ...

2 – As sociedades por quotas, anónimas e em comandita por ações devem ainda *indicar* o capital social, o montante do capital realizado, se for diverso, e o *montante do capital próprio segundo o último balanço aprovado, sempre que este for igual ou inferior a metade do capital social.*

[...]

2006 – Dec.-Lei 35/2005, de 17 de fevereiro («Transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2003/51/CE [...], que altera as Diretivas n.ºs 78/660/CEE [...], 83/349/CEE [...], e 91/674/CEE [...], relativas às contas anuais e às contas consolidadas de certas formas de sociedades [...])»

«Artigo 8.º

Alteração ao Decreto-Lei 262/86, de 2 de setembro

Os artigos 66.º, 451.º, 453.º, 508.º-C e 508.º-D do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei 262/86, de 2 de setembro, passam a ter a seguinte redação:

«Artigo 66.º

[...]

1 – O relatório da gestão deve conter, pelo menos, uma exposição fiel e clara da evolução dos negócios, do desempenho e da posição da sociedade, bem como uma *descrição dos principais riscos e incertezas* com que a mesma se defronta.

[...]»

2006 – Dec.-Lei 76-A/2006, de 29 de março (alterações ao CSC e a outras leis)

Nova redação do art. 64 do CSC:

«Deveres fundamentais

1 – Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e

b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos *interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.*

2 – Os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem [...]»

2008 – Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) Lei para a modernização do direito das sociedades de responsabilidade limitada e para o combate aos abusos (alemã)

«Artikel 9 Änderung der Insolvenzordnung

[...]

3. Nach § 15 wird folgender § 15a eingefügt:

„§ 15a Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit

(1) Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber *drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung*, einen Insolvenzantrag zu stellen.

[...]»

Tradução

Artigo 9 Alteração da lei da insolvência

[...]

3. A seguir ao § 15 é introduzido o seguinte § 15a:

“§ 15a Dever de requerer no caso de pessoas jurídicas e de sociedades sem personalidade jurídica

Se uma pessoa jurídica ficar incapaz de pagar (as suas dívidas) ou ficar sobreendividada, os membros do seu órgão representativo ou os seus liquidatários têm de apresentar um requerimento de insolvência sem demora culposa, o mais tardar três semanas após o surgimento da incapacidade de pagar ou do sobreendividamento

2012 – Lei n.º 16/2012 de 20 de abril «Procede à sexta alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, simplificando formalidades e procedimentos e instituindo o processo especial de revitalização»²⁰

Algumas das novas redações de preceitos do CIRE

«Artigo 1.º [...]

1 – O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.

2 – Estando em situação económica difícil, ou em situação de insolvência meramente iminente, o devedor pode requerer ao tribunal a instauração de processo especial de revitalização, de acordo com o previsto nos artigos 17.º-A a 17.º-I.

[...]

Artigo 17.º-A Finalidade e natureza do processo especial de revitalização

1 – O processo especial de revitalização destina-se a permitir ao *devedor*²¹ que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação

²⁰ Como resulta dos segmentos marcados com itálico do novo texto do art. 1.º, tratou-se em larga medida da inversão do paradigma do CIRE, i.e., de um regresso ao caminho anterior ao mesmo. Tal mudança de rumo foi iniciada pela Resolução do Conselho de Ministros 43/2011, de 29 de setembro (Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores), e 11/2012, de 19 de janeiro (Programa Revitalizar), e continuada pelo Dec.-Lei 178/2012, de 3 de agosto (SIREVE).

²¹ O Dec.-Lei 79/2017, de 30 de junho, alterou a redação deste preceito, substituindo «devedor» por empresa».

de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização.

[...]

Artigo 17.º -B Noção de situação económica difícil

Para efeitos do presente Código, encontra-se em situação económica difícil o *devedor*²² que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito.

[...]

Artigo 17.º -I

Homologação de acordos extrajudiciais de recuperação de devedor

1 – O processo previsto no presente capítulo pode igualmente iniciar -se pela apresentação pelo *devedor* de acordo extrajudicial de recuperação, assinado pelo *devedor* e por credores que representem pelo menos a maioria de votos prevista no n.º 1 do artigo 212.º, acompanhado dos documentos previstos no n.º 2 do artigo 17.º -A e no n.º 1 do artigo 24.^{o23}

[...]

Artigo 18.º [...]

1 – O devedor deve requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência, tal como descrita no n.º 1 do artigo 3.º, ou à data em que devesse conhecê-la.

[...]»

Dec.-Lei 178/2012, de 3 de agosto «Institui o SIREVE – Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial» [revogado pela Lei 8/2018, de 2 de março, que instituiu o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE)]

²² O Dec.-Lei 79/2017, de 30 de junho, alterou a redação deste preceito, substituindo «devedor» por empresa».

²³ O Dec.-Lei 79/2017, de 30 de junho, deu a seguinte nova redação a este preceito: «O processo previsto no presente capítulo pode igualmente iniciar-se pela apresentação pela empresa de acordo extrajudicial de recuperação, assinado pela empresa e por credores que representem pelo menos a maioria de votos prevista no n.º 5 do artigo 17.º-F, acompanhado dos documentos previstos no n.º 2 do artigo 17.º-A e no n.º 1 do artigo 24.º».

«Artigo 1.º

Objeto

O presente diploma cria o Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE), que constitui um procedimento que visa promover a recuperação extrajudicial das empresas, através da celebração de um acordo entre a empresa e todos ou alguns dos seus credores, que representem no mínimo 50 % do total das dívidas da empresa, e que viabilize a recuperação da situação financeira da empresa.

Artigo 2.º

Legitimidade

1 – Qualquer empresa que se encontre em situação económica difícil ou numa situação de insolvência iminente ou atual, nos termos do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), pode requerer a sua recuperação através do SIREVE.

2 – Para os efeitos do presente diploma, a noção de empresa é a que resulta do artigo 5.º do CIRE.

[...]

Artigo 23.º

Norma revogatória

Sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo anterior, é revogado o Decreto-Lei n.º 316/98, de 20 de outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 201/2004, de 18 de agosto.»

2014 – Diretiva (UE) 2014/56/EU, de 16 de abril de 2014, que altera a Diretiva 2006/43/CE relativa à revisão legal das contas anuais e consolidadas

«Artigo 1.º A Diretiva 2006/43/CE é alterada do seguinte modo:

[...]

13) O artigo 21.º é alterado do seguinte modo:

a) O título passa a ter a seguinte redação:

«**Deontologia e ceticismo profissional**»;

b) O n.º 2 passa a ter a seguinte redação:

«2. Os Estados-Membros asseguram que, ao realizar a revisão legal de contas, o revisor oficial de contas ou a sociedade de revisores oficiais de contas mantêm o ceticismo profissional ao longo de toda a revisão, reconhecendo a possibilidade de distorções materiais devidas a factos ou comportamentos que indiciem irregularidades, incluindo fraude ou erros, independentemente da experiência que o revisor oficial de contas ou a sociedade de revisores oficiais de contas possam

ter tido no passado quanto à honestidade e integridade da gestão da entidade auditada e das pessoas responsáveis pela sua governação.

O revisor oficial de contas ou a sociedade de revisores oficiais de contas mantém o ceticismo profissional sobretudo quando analisar as estimativas da gestão relativas ao justo valor, à imparidade de ativos, a provisões e a fluxos de caixa futuros relevantes para a continuidade das operações da entidade.

Para efeitos do presente artigo, entende-se por “ceticismo profissional” uma atitude caracterizada por um espírito crítico, atento às condições que possam indiciar eventuais distorções devidas a erros ou fraude, e por uma apreciação crítica da prova de auditoria.»²⁴

2018 – Lei 8/2018, de 2 de março «Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (Altera o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas e o Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado)»

«Artigo 1.º

Objeto

A presente lei:

a) Cria o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE);

[...]

Artigo 2.º

Âmbito objetivo de aplicação do Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas

1 – O RERE regula os termos e os efeitos das negociações e do acordo de reestruturação que seja alcançado entre um devedor e um ou mais dos seus credores, na medida em que os participantes manifestem, expressa e unanimemente, a vontade de submeter as negociações ou o acordo de reestruturação ao regime previsto na presente lei.

2 – Entende-se por acordo de reestruturação, para os efeitos do número anterior, o acordo com vista à alteração da composição, das condições ou da estrutura do ativo ou do passivo de um devedor, ou de qualquer outra parte da estrutura de capital do devedor, incluindo o capital social, ou uma combinação destes elementos, incluindo a venda de ativos ou de partes de atividade, com o objetivo de permitir que a empresa sobreviva na totalidade ou em parte.

²⁴ A Diretiva 2014/56/UE foi transposta pela Lei 140/2015, de 7 de setembro, que aprovou um novo Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, correspondendo à proposição da Diretiva marcada no texto a alínea f) do n.º 2 do art. 45 do Estatuto.

Artigo 3.º

Âmbito subjetivo de aplicação do Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas

1 – O RERE aplica-se às negociações e aos acordos de reestruturação que envolvam entidades devedoras que, cumulativamente:

a) Estejam referidas nas alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 2.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, com exceção das pessoas singulares que não sejam titulares de empresa, na aceção do artigo 5.º do mesmo diploma;

b) Estejam em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente.

[...]

Artigo 6.º

Opção pela sujeição das negociações ao Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas e depósito

1 – Caso as partes pretendam que as negociações destinadas a alcançar um acordo de reestruturação produzam os efeitos previstos na secção seguinte, podem sujeitá-las ao RERE, devendo o devedor e credores que representem pelo menos 15 % do passivo daquele que, de acordo com o CIRE, seja considerado não subordinado, para o efeito, assinar um protocolo de negociação e promover o seu depósito na Conservatória do Registo Comercial.

[...]

Artigo 11.º

Suspensão de processos judiciais

1 – Sem prejuízo de as partes poderem acordar sobre outros efeitos processuais do protocolo de negociação, a participação no protocolo de negociação ou a adesão a este por credor que tenha requerido a insolvência do devedor determina a imediata suspensão do processo de insolvência, caso esta não tenha ainda sido declarada.

[...]

Artigo 12.º

Prestação de serviços essenciais

1 – Com o depósito do protocolo de negociação previsto no artigo 6.º, os prestadores dos seguintes serviços essenciais ficam impedidos de interromper o fornecimento dos mesmos por dívidas relativas a serviços prestados em momento anterior ao depósito:

[...]

Artigo 13.º

Situação de insolvência superveniente

Se, após o depósito do protocolo de negociação, o devedor ficar em situação de insolvência, aferida nos termos dos n.ºs 1 a 3 do artigo 3.º do CIRE, a contagem do prazo de apresentação do devedor à insolvência apenas se inicia após o encerramento das negociações, não sendo nesse caso admissível prorrogação do prazo das negociações ao abrigo da presente lei.

[...]

Artigo 36.º

Norma revogatória

1 - Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo anterior é revogado o Decreto-Lei n.º 178/2012, de 3 de agosto.

[]»²⁵

2019 - Dec.-Lei 47/2019, de 11 abril «Cria o mecanismo de alerta precoce quanto à situação económica e financeira das empresas»

«Artigo 1.º

Objeto

1 - O presente decreto-lei cria o mecanismo de alerta precoce (MAP), que consiste num procedimento de prestação de informação económica e financeira aos membros dos órgãos de administração das empresas com sede em Portugal, numa base anual, constituindo um mecanismo de apoio à decisão e gestão empresarial com base em análises estatísticas.

[...]

Artigo 2.º

Âmbito de aplicação

1 - Os destinatários da informação económica e financeira gerada pelo MAP são os membros dos órgãos de administração de sociedades não financeiras com sede em Portugal, sujeitas à apresentação do Anexo A no âmbito da informação empresarial simplificada (IES), e que sejam micro, pequenas e médias empresas ou empresas de pequena-média capitalização, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

[...]

²⁵ Sobre o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas, v., entre vários, Catarina Serra, *Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas - Análise (e) Crítica*, Almedina, 2018, e «Novo (?) Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas», in *Seminário de Direito da Insolvência* (obra coletiva coord. Catarina Serra), Almedina, 2019, pp. 9 e ss.

²⁶ Sobre o mecanismo de alerta precoce, v. Catarina Serra, «O Dever de Prevenção da Insolvência», in *Diálogos com Coutinho de Abreu* (obra coletiva, org. Alexandre de Soveral Martins et

2019 – Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019 (Diretiva sobre reestruturação e insolvência), sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Diretiva (UE) 2017/1132²⁷

Considerandos

«(1) A presente diretiva tem por objetivo contribuir para o bom funcionamento do mercado interno e eliminar os obstáculos ao exercício de liberdades fundamentais como a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento, os quais resultam das diferenças entre as legislações e processos nacionais de reestruturação preventiva, de insolvência, de perdão de dívidas e de inibições. Sem afetar os direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores, a presente diretiva visa eliminar esses obstáculos assegurando: o acesso das empresas e empresários viáveis que estejam em dificuldades financeiras a regimes nacionais eficazes de reestruturação preventiva que lhes permitam continuar a exercer a sua atividade; a possibilidade de os empresários honestos insolventes ou sobreendividados beneficiarem de um perdão total da dívida depois de um período razoável, permitindo-lhes assim terem uma segunda oportunidade; e uma maior eficácia dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, nomeadamente com vista à redução da sua duração.

(2) A reestruturação deverá permitir que os devedores com dificuldades financeiras continuem a exercer, na totalidade ou em parte, a sua atividade, através da alteração da composição, das condições ou da estrutura dos seus ativos e

alit), Almedina, 2020, pp. 184 e ss., e Manuel Arsénio, «Mecanismos de Alerta Precoce/*Early Warning* – Uma Importante Ferramenta de Gestão na Vida das Empresas», in *A Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência Reflexão e Críticas* (obra coletiva coord. APDIR Ana Filipa Conceição), Almedina, 2021, pp. 45 e ss.

²⁷ Para uma apresentação da Diretiva, na nossa literatura, v., por exemplo, Maria do Rosário Epifânio, «Os Regimes de Reestruturação Preventiva na Diretiva: Breves Considerações», in *Atas das V Jornadas de Reestruturações e Insolvências da Uría-Menéndez-Proença de Carvalho* (obra coletiva coord. David Sequeira Dinis e Nuno Salazar Casanova), Universidade Católica Editora, 2020, pp. 69 e ss., David Sequeira Dinis e Raquel Cardoso Nunes, «A Diretiva (UE) 2019/1023 e a Reestruturação Preventiva das Empresas», in *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 5, 2021, pp. 153 e ss., José Manuel Gonçalves Machado, *O Dever de Promover a Negociação e a Responsabilidade Civil dos Gestores no Âmbito dos Instrumentos Pré-Insolvenciais de Recuperação de Empresas*, edição de autor, 2022, *maxime* pp. 24 a 26, 52 e ss., 132 e ss. e 174 e ss., e Fernando Tainhas, «Overview Geral da Reforma», in *Atas das VIII Jornadas de Reestruturações e Insolvências da Uría-Menéndez-Proença de Carvalho* (obra coletiva coord. David Sequeira Dinis e Nuno Salazar Casanova), UCP Editora, 2023, pp. 63 e ss.

dos seus passivos ou de qualquer outra parte da sua estrutura de capital, nomeadamente com a venda de ativos ou de partes da atividade ou, se o direito nacional assim o previr, da própria empresa no seu conjunto, bem como através da realização de alterações operacionais. Salvo disposição específica em contrário do direito nacional, as alterações operacionais, tais como a extinção ou a alteração de contratos ou a venda ou outra forma de alienação de ativos, deverão cumprir os requisitos gerais previstos no direito nacional para tais medidas, nomeadamente as normas de direito civil e de direito do trabalho. As conversões de dívida em capital deverão também satisfazer as garantias previstas pelo direito nacional. *Os regimes de reestruturação preventiva deverão, acima de tudo, permitir que os devedores se reestruturem efetivamente numa fase precoce e evitem a insolvência, limitando assim a liquidação desnecessária de empresas viáveis.* Tais regimes deverão ajudar a evitar a perda de postos de trabalho e a perda de conhecimentos especializados e competências, e maximizar o valor total em benefício dos credores, face ao que receberiam em caso de liquidação dos ativos da empresa ou em caso de melhor cenário alternativo na ausência de um plano, bem como dos proprietários e da economia no seu conjunto.

[...]

(22) Quanto mais cedo um devedor puder detetar as suas dificuldades financeiras e tomar medidas adequadas, mais elevada será a probabilidade de evitar uma insolvência iminente ou, no caso de uma empresa cuja viabilidade esteja comprometida de forma permanente, mais ordenado e eficiente será o processo de liquidação. Assim, deverão ser fornecidas informações claras, atualizadas, concisas e fáceis de consultar sobre os processos de reestruturação preventiva disponíveis e *deverão ser criados um ou mais instrumentos de alerta precoce*, de modo a incentivar os devedores que comecem a enfrentar dificuldades financeiras a tomar medidas numa fase precoce. Os instrumentos de alerta precoce, sob a forma de mecanismos de alerta que indiquem quando o devedor não efetuou determinados tipos de pagamentos, poderão ser acionados, por exemplo, pelo não pagamento de impostos ou de contribuições para a segurança social. Esses instrumentos poderão ser elaborados pelos Estados-Membros ou por entidades privadas, desde que o objetivo seja atingido. Os Estados-Membros deverão disponibilizar em linha informações sobre os instrumentos de alerta precoce, por exemplo num sítio Web ou numa página Web para o efeito. Os Estados-Membros deverão poder adaptar os instrumentos de alerta precoce em função da dimensão da empresa e estabelecer disposições sobre os instrumentos de alerta precoce específicas para empresas e grupos de grande dimensão que tenham em conta as suas especificidades. A presente diretiva não deverá atribuir

aos Estados-Membros qualquer responsabilidade por potenciais danos sofridos através de processos de reestruturação desencadeados por tais instrumentos de alerta precoce.

[...]

(70) A fim de continuar a promover a reestruturação preventiva, importa assegurar que os administradores não sejam dissuadidos de, na medida do razoável, tomar decisões de natureza empresarial ou assumir riscos comerciais, em especial se tal aumentar as possibilidades de reestruturação de empresas potencialmente viáveis. *Se uma sociedade enfrentar dificuldades financeiras, os administradores deverão tomar medidas para minimizar as perdas e evitar a insolvência*, tais como: procurar aconselhamento profissional, inclusive em matéria de reestruturação e insolvência, por exemplo recorrendo aos instrumentos de alerta precoce, se for caso disso; proteger o ativo da sociedade, de modo a maximizar o valor e evitar a perda de ativos essenciais; tomar em consideração a estrutura e as funções da empresa, a fim de analisar a sua viabilidade e reduzir as despesas; não obrigar a sociedade a tipos de transações suscetíveis de serem objeto de ações de impugnação pauliana, exceto se tal se justificar do ponto de vista empresarial; prosseguir a atividade, caso tal seja adequado a fim de maximizar o valor da empresa em atividade; estabelecer negociações com os credores e iniciar o processo de reestruturação preventiva.

(71) *Caso o devedor esteja numa situação de insolvência iminente*, importa também proteger os interesses legítimos dos credores face a decisões de gestão passíveis de afetar a constituição do património do devedor, em especial se tais decisões forem suscetíveis de diminuir ainda mais o valor do património disponível para o processo de reestruturação ou para a distribuição pelos credores. *Assim, é necessário assegurar que, em tais circunstâncias, os administradores se abstenham de praticar atos dolosos ou de negligência grosseira que resultem em ganhos pessoais às custas das partes interessadas, e evitem aceitar transações subvalorizadas ou agir no sentido de dar preferência indevida a uma ou mais partes interessadas.* Os Estados-Membros deverão poder transpor as disposições correspondentes da presente diretiva assegurando que as autoridades judiciais ou administrativas, ao avaliarem se um administrador deve ser considerado responsável por violações do dever de diligência, tenham em conta as regras relativas às obrigações dos administradores prevista na presente diretiva. A presente diretiva não visa estabelecer qualquer hierarquia entre as diferentes partes cujos interesses tenham que ser tomados em devida conta. Contudo, os Estados-Membros deverão poder decidir se estabelecem uma hierarquia desse tipo. A presente

diretiva não deverá prejudicar as regras nacionais dos Estados-Membros sobre os processos de tomada de decisão numa sociedade.

(96) A eficácia do processo de adoção e execução do plano de reestruturação não deverá ser posta em causa pelo direito das sociedades. Assim, *os Estados-Membros deverão poder derrogar os requisitos estabelecidos na Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho (21), respeitantes às obrigações de convocar uma assembleia geral e estabelecer o direito de preferência dos atuais acionistas sobre as ações, na medida e durante o período de tempo necessários para assegurar que os acionistas não comprometam os esforços de reestruturação mediante o exercício abusivo dos seus direitos ao abrigo dessa diretiva.*

[...]

Artigo 2.º Definições

[...]

2. Para efeitos da presente diretiva, os seguintes conceitos devem ser entendidos tal como definidos no direito nacional:

- a) Insolvência;
- b) Probabilidade de insolvência;
- c) Micro, pequenas e médias empresas (PME).

[...]

Artigo 3.º Alerta precoce e acesso às informações

1. Os Estados-Membros asseguram o acesso dos devedores a um ou mais instrumentos de alerta precoce claros e transparentes que permitam detetar as circunstâncias suscetíveis de dar origem a uma probabilidade de insolvência e que permitam avisar os devedores da necessidade de agir sem demora.

[...]

Artigo 4.º Disponibilização de regimes de reestruturação preventiva

1. Estados-Membros asseguram que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os devedores tenham acesso a um regime de reestruturação preventiva que lhes permita proceder a uma reestruturação, para evitar a insolvência e garantir a sua viabilidade, sem prejuízo de outras soluções destinadas a evitar a insolvência, protegendo desta forma os postos de trabalho e mantendo a atividade empresarial.

[...]

Artigo 5.º Devedor não desaposado

1. Os Estados-Membros asseguram que os devedores que adiram a processos de reestruturação preventiva mantenham o controlo total ou pelo menos parcial dos seus ativos e do exercício corrente da sua atividade.

[...]

Artigo 6.º Suspensão das medidas de execução

1. Os Estados-Membros asseguram que os devedores possam beneficiar da suspensão das medidas de execução para apoiar as negociações do plano de reestruturação num regime de reestruturação preventiva.

[...]

Artigo 7.º Consequências da suspensão das medidas de execução

1. Se, durante o período da suspensão das medidas de execução, emergir uma obrigação, nos termos do direito nacional, de um devedor apresentar um pedido de abertura de um processo de insolvência suscetível de terminar na liquidação do devedor, essa obrigação deve ser suspensa pela duração da suspensão em causa.

[...]

Artigo 15.º Efeitos dos planos de reestruturação

1. Os Estados-Membros asseguram que os planos de reestruturação confirmados por uma autoridade judicial ou administrativa sejam vinculativos para todas as partes afetadas designadas ou repartidas em conformidade com o artigo 8.º, n.º 1, alínea c).

2. Os Estados-Membros asseguram que os credores que não estiveram envolvidos na adoção de um plano de reestruturação nos termos do direito nacional não sejam afetados por esse plano.

[...]

Artigo 19.º Obrigações dos administradores caso exista uma probabilidade de insolvência

Os Estados-Membros asseguram que, caso exista uma *probabilidade de insolvência*²⁸, os administradores tenham em devida conta, pelo menos, os seguintes aspetos:

²⁸ À letra, a expressão «probabilidade de insolvência» carece de sentido, pois probabilidade de insolvência» abrange todos os valores entre 0 e 1. As versões francesa e italiana usam, à semelhança da portuguesa «probabilité d'insolvabilité» e «probabilità di insolvenza». A versão inglesa usa «likelihood of insolvency», a versão alemã «wahrscheinliche Insolvenz» e a versão espanhola «insolvencia inminente». De resto, a versão portuguesa e algumas das outras versões linguísticas do Regulamento 2015/848 também usam a expressão «probabilidade de insolvência» (no art. 1.º, n.º 1, parte final). Para a discussão do sentido do conceito usado na Diretiva, v., entre outros, na nossa literatura, Catarina Serra, «O Dever de Prevenção da Insolvência», cit., pp. 171 e ss., Alexandre de Soveral Martins, «“Em Casa Onde não Há Pão, Toda a Gente Ralha e Ninguém Tem Razão”. A Propósito do Dever de Apresentação à Insolvência e do Dever (?) de Evitar a Insolvência», in *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 5, 2021, pp. 56 e ss., Sérgio Coimbra Henriques, «Deveres e Responsabilidade dos Administradores (na Diretiva

a) Os interesses dos credores, dos detentores de participações e das outras partes interessadas;

b) A necessidade de tomar medidas para evitar a insolvência; e

c) A necessidade de evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa.

Artigo 32.º Alteração da Diretiva (UE) 2017/1132

Ao artigo 84.º da Diretiva (UE) 2017/1132, é aditado o seguinte número:

«4. Os Estados-Membros derrogam o artigo 58.º n.º 1, os artigos 68.º, 72.º, 73.º e 74.º, o artigo 79.º, n.º 1, alínea b), o artigo 80.º, n.º 1, e o artigo 81.º, na medida e durante o período em que essas derrogações forem necessárias para o estabelecimento dos regimes jurídicos de reestruturação preventiva previstos na Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho»²⁹

2021 – Proposta de Lei 115/XIV/3.^a «Estabelece medidas de apoio e agilização dos processos de reestruturação das empresas e dos acordos de pagamento e transpõe a Diretiva (UE) 2019/1023, sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições»

«Ora, no que concerne à consagração de regimes eficientes de reestruturação preventiva importa assinalar, primeiramente, que a ordem jurídica portuguesa prevê, desde 2012, inovatoriamente, entre o conjunto de instrumentos jurídicos de recuperação de empresas, um processo judicial de reestruturação de dívida, de natureza pré-insolvencial: O PER, regulado pelo Código da Insolvência e da

sobre Reestruturação e Insolvência)», in *A Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência Reflexão e Críticas*, cit., pp. 69 e ss., José Manuel Gonçalves Machado, *O Dever de Promover a Negociação e a Responsabilidade Civil dos Gestores ...*, cit., pp. 52 e ss., José Gonçalves Machado, *Instrumentos de Recuperação de Empresas Pré-Insolventes*, Almedina, 2023, pp. 35 e ss. Algo me parece certo: a expressão «probabilidade de insolvência» (e as correspondentes nas outras versões linguísticas) terá de ser interpretada como referindo uma probabilidade de grau significativo, não desprezável. Preencher essa ideia é algo que não cabe desenvolver neste texto.

²⁹ Sobre o alcance do art. 32 da Diretiva 2019/1023 e o seu significado para o direito português, v. Paulo Olavo Cunha, «Reestruturação de Sociedades e Direitos dos Sócios», in *IV Congresso de Direito da Insolvência* (obra coletiva coord. Catarina Serra), Almedina, 2017, p. 358 (escrevendo sobre a proposta de Diretiva), Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 13.ª ed., Almedina, 2022, pp. 344 e ss., Paulo de Tarso Domingues, «A Transposição, na Vertente Societária, da Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência (Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de Junho de 2019)», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 14, vol. 27, março 2022, pp. 232 e ss., e Maria do Rosário Epifânio, «A Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro e as Providências Específicas de Sociedades Comerciais em Sede de PER – Novo Regime Jurídico?», in *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 7, 2023, pp. 178 e ss.

Recuperação de Empresas, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, na sua redação atual.[...]

Assim, e contrariamente a outros ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, o alemão, *em Portugal não se mostra necessário criar ex novo um processo de reestruturação preventiva para empresas, havendo, apenas, que introduzir ajustes pontuais às regras vigentes que permitam assegurar a plena conformidade do PER com a Diretiva (UE) 2019/1023.*³⁰

2022 – Lei (portuguesa) 9/2022, de 11 de janeiro «Estabelece medidas de apoio e agilização dos processos de reestruturação das empresas e dos acordos de pagamento, transpõe a Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, e altera o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, o Código das Sociedades Comerciais, o Código do Registo Comercial e legislação conexa»³¹

«Artigo 2.º

Alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

Os artigos 9.º, 17.º -C a 17.º -J, 18.º, 24.º, 38.º, 39.º, 48.º, 49.º, 55.º, 62.º, 88.º, 119.º, 128.º, 136.º, 150.º, 158.º, 164.º, 167.º, 169.º, 178.º, 182.º, 186.º, 188.º, 189.º, 195.º, 212.º, 217.º, 222.º -C a 222.º -G, 222.º -I, 222.º -J, 230.º, 235.º, 237.º, 239.º, 241.º, 243.º, 244.º e 248.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas passam a ter a seguinte redação:

Artigo 18.º

[...]

1 -

2 - Excetuam -se do dever de apresentação à insolvência:

a) As empresas que se tenham apresentado a processo especial de revitalização durante o período de suspensão das medidas de execução previsto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 17.º -E;

³⁰ Publicada no Diário da Assembleia da República de 8.10.2021, II Série-A – número 14.

³¹ Para a análise do modo como a Lei 9/2022, de 11 de janeiro, transpôs a Diretiva 2019/1023, v. Catarina Serra, «A Harmonização do Direito da Reestruturação e da Insolvência a Partir do Exemplo Português – “Percalços” da Transposição da Directiva 2019/1023 pela Lei n.º 9/2022», in *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, UMinho Editora, 2022, vol. I, pp. 299 e ss. [disponível eletronicamente em <https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/view/97/151/2078>], e «Dever de Prevenção da Insolvência, Obrigação dos Administradores de Tomar em Conta os Interesses dos Sujeitos Relevantes e Sustentabilidade das Empresas», in *Direito das Sociedades em Revista*, n.º 30, ano 15, outubro 2023, pp. 75 e ss.

b) As pessoas singulares que não sejam titulares de uma empresa na data em que incorram em situação de insolvência.

[...]

Artigo 186.º

[...]

3 – Presume-se unicamente a existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular tenham incumprido:

a)

b)»

[...]

Artigo 3.º

Alteração ao Código das Sociedades Comerciais

Os artigos 35.º, 87.º, 91.º, 94.º, 95.º, 96.º e 141.º do Código das Sociedades Comerciais passam a ter a seguinte redação:

«Artigo 35.º

[...]

1 – ...

2 – ...

3 – ...

4 – O disposto nos números anteriores não é aplicável durante a pendência de qualquer processo de reestruturação de empresas previsto no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.»

2022 – COM (2022) 702 final 2022/0408 (COD) Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que harmoniza certos aspetos do direito da insolvência

Considerandos

«(37) Os dois elementos habituais de desencadeamento da abertura de processos normais de insolvência nos Estados-Membros são o teste da cessação dos pagamentos e o teste do balanço. No entanto, o teste do balanço pode ser inviável para as microempresas devedoras, especialmente quando o devedor é um empresário individual, devido à eventual inexistência de registos adequados e de uma distinção clara entre ativos e passivos pessoais e ativos e passivos da empresa. Por conseguinte, a incapacidade de pagar as dívidas à medida que vencem deve ser o critério para abrir o processo simplificado de liquidação. Os Estados-Membros devem definir ainda as condições específicas segundo as quais

este critério é preenchido, desde que sejam claras, simples e facilmente verificáveis pela microempresa em causa.

TÍTULO V OBRIGAÇÃO DOS ADMINISTRADORES DE APRESENTAR UM PEDIDO DE ABERTURA DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA E RESPONSABILIDADE CIVIL

Artigo 36.º

Obrigação de apresentar um pedido de abertura do processo de insolvência

Os Estados-Membros devem assegurar que, quando uma entidade jurídica se torne insolvente, os seus administradores sejam obrigados a apresentar um pedido de abertura do processo de insolvência ao tribunal o mais tardar três meses a contar da data em que tiveram conhecimento ou que poderiam razoavelmente ter tido conhecimento de que a entidade jurídica se encontrava em situação de insolvência.

Artigo 37.º

Responsabilidade civil dos administradores

1. Os Estados-Membros devem assegurar que os administradores da entidade jurídica que se encontra em situação de insolvência são responsáveis pelos prejuízos sofridos pelos credores em consequência do incumprimento da obrigação estabelecida no artigo 36.º.

2. O n.º 1 não prejudica as regras nacionais que sejam mais rigorosas para os administradores em matéria de responsabilidade civil aplicáveis à violação da obrigação dos administradores de apresentarem um pedido de abertura do processo de insolvência, conforme estabelecido no artigo 36.º.»

3. O direito português vigente

3.1. O dever de apresentação

No direito português vigente, à luz dos n.ºs 1 e 2 do art. 18 do CIRE, parece claro que:

- Verificada uma situação de insolvência, tal como descrita no n.º 1 do art. 3.º do CIRE, de uma pessoa singular ou coletiva titular de uma empresa, existe um dever de apresentação   insolvência;
- Em caso de ter sido requerido processo especial de revitalização, tal dever suspende-se durante o período de suspensão das medidas de execução previsto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 17.º-E (i.e., o período durante o qual a pendência do processo especial de revitalização tem o efeito de obstar   instauração de quaisquer ações executivas contra a «empresa»

para cobrança de créditos e de suspender as ações em curso com idêntica finalidade³²).

Poder-se-ão discutir os contornos das situações que originam esse dever³³, mas não mais do que isso.

De resto, como resulta do que vimos, se a Proposta de Diretiva constante da COM (2022) 702 final 2022/0408 vier a gerar uma diretiva e o conteúdo do seu art. 36 for nela consagrado, o Estado português passará a ter a obrigação de «assegurar que, quando uma entidade jurídica se torne insolvente, os seus administradores sejam obrigados a apresentar um pedido de abertura do processo de insolvência ao tribunal o mais tardar três meses a contar da data em que tiveram conhecimento ou que poderiam razoavelmente ter tido conhecimento de que a entidade jurídica se encontrava em situação de insolvência.»

A compreensão total do dever de apresentação no direito português exige que se tenham em conta várias normas penais, nomeadamente as que definem os crimes de insolvência dolosa, de insolvência negligente e de favorecimento de credores, ou seja, os arts. 227, 228 e 229 do Código Penal. Tais tipos mostram que a ordem jurídica impõe aos cidadãos deveres de cuidado na gestão dos seus patrimónios e dos patrimónios sob sua administração quando uma situação de insolvência se torna provável.

Para o objeto deste texto, é especialmente relevante o n.º 1 do art. 228 (epigrafado «Insolvência negligente»), que determina:

«O devedor que:

- a) Por grave incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas, especulações ruinosas, ou grave negligência no exercício da sua atividade, criar um estado de insolvência; ou

³² Em conformidade com o art. 7.º da Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019.

³³ Para essa discussão, além das obras sobre a insolvência em geral já citadas, v. por exemplo, José Lebre de Freitas, «Pressupostos Objectivos e Subjectivos da Insolvência», in *Themis Revista da Faculdade de Direito da UNL*, 2005, edição especial, *Novo Direito da Insolvência*, 2005, pp. 13 e ss., Pedro Pidwell, *O Processo de Insolvência e a Recuperação da Sociedade Comercial de Responsabilidade Limitada*, Coimbra Editora, 2011, pp. 98 e ss., e Olímpia Costa, *Dever de Apresentação à Insolvência*, Almedina, 2016, pp. 32 e ss.

b) *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.»*³⁴

Já voltarei a tal preceito, mormente à parte marcada com itálico³⁵, que também releva para saber se existe um dever de prevenção da insolvência empresarial.

Para a determinação dos sujeitos do dever de apresentação, além do art. 18, são ainda relevantes o art. 19 e o n.º 3 (mais exatamente, parte dele) do art. 186 do CIRE que, como vimos, estabelecem, respetivamente:

- «Não sendo o devedor uma pessoa singular capaz, 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.»;
- «Presume-se unicamente a existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular tenham incumprido: a) O dever de requerer a declaração de insolvência; [...]»³⁶.

São ainda relevantes para essa determinação preceitos do Código Penal³⁷, mormente:

³⁴ Sobre o tipo penal em causa, v.: Pedro Caeiro, em anotação ao artigo transcrito, no *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dir. Jorge de Figueiredo Dias), tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp. 434 e ss., e na sua obra *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais* (n.º 19 da coleção *Studia Iuridica* do BFDUC), Coimbra Editora, 1996, pp. 214 e ss. (neste caso, à luz das regras vigentes em 1994); Paulo Pinto de Albuquerque, também em anotação ao artigo transcrito, no seu *Comentário do Código Penal*, Universidade Católica Portuguesa, 5.ª ed., 2022, pp. 979 e 980; Susana Aires de Sousa, «Os Crimes Insolvenciais», in *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 0, 2016, pp. 52 e ss.

³⁵ Embora no Direito Penal seja estrangeiro, não posso deixar de comentar que a previsão «Tendo conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da sua empresa, não requerer em tempo nenhuma providência de recuperação» é excessivamente indeterminada para uma norma incriminadora.

³⁶ O art. 186 estabelece os critérios de qualificação (no plano do Direito Privado) da insolvência como fortuita ou culposa, o que é relevante sobretudo para, em caso de qualificação da insolvência como culposa, a aplicação de sanções às «pessoas afetadas», nos termos do art. 189.

³⁷ Sobre eles, v. os textos referidos na nota 34 e ainda Olímpia Costa, *Dever de Apresentação à Insolvência*, cit., pp. 67 e ss.

- O n.º 3 do art. 227 (insolvência dolosa), que estabelece que no caso de o devedor ser pessoa coletiva, sem prejuízo do disposto no art. 12 do mesmo, é punível nos termos dos seus n.ºs 1 e 2, quem tiver exercido de facto a respetiva gestão ou direção efetiva e houver praticado algum dos factos previstos no seu n.º 1;
- O n.º 2 do art. 228 (insolvência negligente), do qual resulta que no caso de o devedor ser pessoa coletiva, sem prejuízo do disposto no art. 12 do mesmo, é punível nos termos do seu n.º 1, quem tiver exercido de facto a respetiva gestão ou direção efetiva e houver praticado algum dos factos previstos em tal n.º 1;
- O n.º 2 do art. 229 (favorecimento de credores), do qual resulta que no caso de o devedor ser pessoa coletiva, sem prejuízo do disposto no art. 12 do mesmo, é punível nos termos do seu n.º 1, quem tiver exercido de facto a respetiva gestão ou direção efetiva e houver praticado algum dos factos previstos em tal n.º 1.

Em síntese: estão obrigados à apresentação os titulares de empresas a título individual, os membros dos órgãos de administração das pessoas coletivas titulares de empresas e ainda, nos casos do n.º 1 do art. 228 do Código Penal, quem tiver exercido de facto a gestão ou direção efetiva da empresa e tiver praticado algum dos factos previstos nesse preceito.

A violação do dever de apresentação gera, naturalmente, responsabilidade civil³⁸.

3.2. O dever de prevenção

Embora com contornos pouco definidos e variáveis em função do tipo de empresa e da posição de quem gere relativamente à propriedade da empresa, julgo que também se pode afirmar que no direito português atual vigora um dever de prevenção da insolvência – com esse nome ou com nome mais geral como, por exemplo, dever de zelar pela continuidade da empresa³⁹.

³⁸ Sobre essa responsabilidade, v., entre vários, Nuno Manuel Pinto Oliveira, «Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação do Dever de Apresentação à Insolvência», in *Revista de Direito Comercial* – www.revistadedireitocomercial.com (disponível desde 5.4.2018).

³⁹ Sobre o dever de prevenção da insolvência, na nossa literatura, v., entre outros, Ricardo Costa, «Gestão das Sociedades em Contexto de “Crise de Empresa”», in *V Congresso Direito das Sociedades em Revista* (obra coletiva coord. Pedro Pais de Vasconcelos, J. M. Coutinho de Abreu e Paulo de Tarso Domingues), Almedina, 2018, pp. 174 e ss. (escrevendo sobre a proposta de

É certo que, ao regular o processo especial de revitalização, e apesar de visarem empresas em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente (embora suscetíveis de recuperação), os arts. 1.º, n.º 2, e 17-A, n.º 1, do CIRE não impõem um tal dever. As próprias palavras «pode» e «permitir» que neles surgem inculcam até o contrário. Aliás, a linha orientadora dominante dos regimes legais dos «instrumentos de reestruturação preventiva» é a de convencer as empresas a que se dirigem o recorrer aos mesmos, em razão das vantagens que conferem, não a de impor esse recurso⁴⁰.

diretiva), J. M. Coutinho de Abreu, «Administradores e (Novo) Dever Geral de Prevenção da Insolvência», in *V Congresso de Direito da Insolvência* (obra coletiva coord. Catarina Serra), Almedina, 2019, pp. 229 e ss., Catarina Serra, «O Dever de Prevenção da Insolvência», cit., pp. 175 e ss., e «Dever de Prevenção da Insolvência, Obrigação dos Administradores de Tomar em Conta os Interesses dos Sujeitos Relevantes e Sustentabilidade das Empresas», cit., pp. 75 e ss., Alexandre de Soveral Martins, «“Em Casa Onde não Há Pão, Toda a Gente Ralha e Ninguém Tem Razão”. A Propósito do Dever de Apresentação à Insolvência e do Dever (?) de Evitar a Insolvência», cit., pp. 56 e ss., Sérgio Coimbra Henriques, *A Crise Empresarial enquanto Situação de Pré-insolvência Em Particular, a Sociedade Comercial de Responsabilidade Limitada em Situação de Pré-Insolvência e os Deveres dos Administradores*, Almedina, 2021, pp. 331 e ss., José Manuel Gonçalves Machado, *O Dever de Promover a Negociação e a Responsabilidade Civil dos Gestores ...*, cit., *maxime* pp. 151 e ss., 209 a 211, e 215 e ss., e Filipe Cassiano dos Santos, «Acção, Legitimação para Exercer o Direito de Voto e Tutela do Adquirente a *non Domino* – Dever dos Administradores Societários de Apresentação a Processo de Revitalização, Deliberação Social Aprovada com Votos Emitidos sem Legitimidade e Deliberações Aparentes», in *Direito das Sociedades em Revista*, n.º 30, ano 15, outubro 2023, pp. 21 e ss.

⁴⁰ Nos casos da Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019, e do processo especial de revitalização essas vantagens, são, sobretudo, a da suspensão do dever de apresentação à insolvência, a de os sócios manterem o controlo da atividade empresarial e a de a empresa beneficiar da suspensão de processos executivos, bem como do direito a que o cumprimento pelas contrapartes dos «contratos executórios» não seja posto em causa pelo recurso ao processo de recuperação e, no que toca aos «contratos executórios essenciais», também não seja posto em causa com fundamento em dívidas anteriores (arts. 5.º, 6.º e 7.º da Diretiva e arts. 17-E e 18, n.º 2, alínea *a*), do CIRE). Sobre os últimos aspetos, v. Hígina Castelo, «Contratos Executórios e Cláusulas *Ipsa Facto* no Âmbito do PER», in *Revista de Direito Comercial*, www.revistadedireitocomercial.com, disponível desde «2022-04-30», Alexandre de Soveral Martins, «O PER e a Suspensão das Medidas de Execução. Mais Algumas Notas», in *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 7, 2023, pp. 10 e ss., Maria do Rosário Epifânio, «Contratos Executórios Essenciais e Cláusulas *Ipsa Facto* no PER – o Novo Regime Jurídico», in *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 7, 2023, pp. 200 e ss., e Nuno Ferreira Lousa e Carlota Freire, «Nótula sobre Cláusulas *Ipsa Facto* na Insolvência e na Recuperação de Empresas», in *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 7, 2023, pp. 226 e ss.

No entanto, o dever em causa não se cumpre apenas, nem sobretudo, pelo recurso ao processo especial de revitalização, nem depende da verificação dos seus pressupostos (i.e., as referidas «situação económica difícil» e «situação de insolvência meramente iminente», embora suscetíveis de recuperação⁴¹). Por outras palavras: a ocorrência de uma situação pré-insolvential não cria o dever, apenas o torna ingente. Seria paradoxal que o dever de diligenciar pela continuidade da empresa apenas surgisse quando ela está ameaçada!

O que sucede é que há outras proposições normativas (que não as relativas ao processo especial de revitalização) que levam a concluir pela existência do dever de prevenção da insolvência (ou pelo dever de diligenciar pela continuidade da empresa), nomeadamente:

- O n.º 1 do art. 64 do CSC, por si e conjugado com o n.º 2 do art. 72 do mesmo diploma⁴²;

⁴¹ Sobre o alcance desses pressupostos, v., entre muitos textos, Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito da Insolvência*, 8.ª ed., Almedina, 2022, pp. 443 e ss., Alexandre de Soveral Martins, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. I, 4.ª ed., cit., pp. 79 e ss., e vol. II, 3.ª ed., Almedina, 2022, pp. 117 e ss., José Manuel Gonçalves Machado, *O Dever de Promover a Negociação e a Responsabilidade Civil dos Gestores ...*, cit., pp. 35 e ss., José Gonçalves Machado, *Instrumentos de Recuperação de Empresas Pré-Insolventes*, cit., pp. 44 e ss., Catarina Serra, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., cit., pp. 321 e ss., Luís Menezes Leitão, *A Recuperação Económica dos Devedores*, Almedina, 2019, pp. 12, 13, 38 e 39, Fernando Silva Pereira, «Recuperação Extrajudicial de Empresas», in *Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas* (obra coletiva coord. Miguel Pestana de Vasconcelos), e-book editado pela Faculdade de Direito do Porto, 2017, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/111880/2/264845.pdf> (consultado pela última vez em 21.9.2023), pp. 71 e ss., L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Recuperação de Empresas: o Processo Especial de Revitalização*, Almedina, 2017, pp. 40 e ss., Nuno Salazar Casanova e David Sequeira Dinis, *O Processo Especial de Revitalização*, Coimbra Editora, 2014, pp. 14 e ss., Ana Prata, Jorge Morais Carvalho e Rui Simões, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Almedina, 2013, pp. 54 e 55, Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda (sendo os lugares para que se remete da autoria exclusiva de João Labareda), *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª ed., Quid Juris, 2015, pp. 138 (anotação 5 ao art. 17-A) e 142 a 144 (anotações ao art. 17-B), e Catarina Serra, «Revitalização – A Designação e o Misterioso Objecto Designado. O Processo Homónimo (PER) e as suas Ligações com a Insolvência (Situação e Processo) e com o SIREVE», in *I Congresso de Direito da Insolvência* (obra coletiva coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, pp. 90 e ss.

⁴² Sobre a relevância dos preceitos em causa para a existência de um dever de prevenção da insolvência, v. Alexandre de Soveral Martins, «Em Casa Onde não Há Pão, Toda a Gente Ralha e Ninguém Tem Razão». A Propósito do Dever de Apresentação à Insolvência e do

- Os n.ºs 1 e 5, alínea *c*), do art. 66 do CSC, quando determinam que o relatório de gestão deve conter uma descrição dos principais riscos e incertezas com a sociedade se defronta e indicar a evolução previsível da sociedade – o que não pode deixar de implicar um juízo sobre a sua continuidade;
- O segmento do n.º 3 do art. 186 do CIRE que manda presumir culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular tenham incumprido o dever de requerer a declaração de insolvência⁴³;
- A parte do art. 228 do Código Penal que considera crime (de insolvência culposa) a omissão de pedido atempado de providência de recuperação, quando haja conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da empresa de que se é titular ou gestor;
- O n.º 2 do art. 45 do Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas (aprovado pela Lei 140/2015, de 7 de setembro), na parte (alínea *f*)) em que determina que a certificação legal das contas deve «Incluir uma declaração sobre qualquer incerteza material relacionada com acontecimentos ou condições que possam suscitar dúvidas significativas sobre a capacidade da entidade para dar continuidade às suas atividades»⁴⁴.

Sobre o resultante do n.º 1 do art. 64 do CSC e da sua conjugação com o n.º 2 do art. 72 do mesmo diploma (e com outros preceitos, nomeadamente os que se referem às competências do órgão de administração nos vários tipos de sociedades), é de lembrar que o primeiro dever dos membros do órgão de administração é gerir, fazendo-o segundo critérios de racionalidade empresarial⁴⁵ – o que, só por si, implica tendencialmente, um dever de diligenciar

Dever (?) de Evitar a Insolvência», cit., pp. 59, 60, 65 e 69 – com posições que subscrevo integralmente (nomeadamente a afirmação «Em Portugal, o art. 64.º, 1, do CSC tem suficiente flexibilidade para abranger os casos em que a sociedade tem saúde, mas também as situações de insolvência iminente e de insolvência atual».

⁴³ Sobre o «papel do art. 186.º do CIRE como disciplina governativa de governação em situação de crise pré-insolvencial», v. Ricardo Costa, «Gestão das Sociedades em Contexto de “Crise de Empresa”», cit., pp. 191 e ss.

⁴⁴ Como resulta do atrás exposto, em transposição do art. 21 da Diretiva 2006/43/CE, na redação da Diretiva 2014/56/UE.

⁴⁵ V. Rui Pinto Duarte, «Os Deveres dos Administradores das Sociedades Comerciais», in *Católica Law Review*, vol. II, n.º 2, maio 2018, pp. 73 e ss.

no sentido da continuidade da empresa, o que implica prevenir situações de insolvência. Acresce que o preceito faz referência aos «interesses de longo prazo dos sócios» e aos «interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade», expressões que também implicam um tal dever de diligenciar no sentido em causa.

Soma-se ainda que o direito de cada Estado-membro da União Europeia tem de ser interpretado em conformidade com o Direito da União⁴⁶ e que a Diretiva 2019/1023, mormente no seu art. 19, iluminado pelo considerando 70⁴⁷, é clara no sentido de impor aos Estados-membros que assegurem que, caso «a probabilidade de insolvência» se torne significativa⁴⁸, os administradores tenham de tomar medidas para evitar a insolvência⁴⁹.

Sujeitos do dever de prevenção são os administradores das sociedades titulares de empresas e as pessoas singulares titulares de empresas. No primeiro caso, por força do n.º 1 do art. 64 do CSC, conjugado com o n.º 2 do art. 72 do mesmo diploma, e dos segmentos referidos do n.º 3 do art. 186 do CIRE e do art. 228 do Código Penal. No segundo caso, só por força da última de tais proposições normativas.

⁴⁶ Sendo a literatura sobre o assunto infinita, cito apenas um texto, informado, claro e breve: Maria Rosa Oliveira Tching, «Juiz Nacional – Um Juiz Cada Vez Mais Europeu!», in *Julgar*, n.º 14, 2011, pp. 135 e ss.

⁴⁷ Pese embora os considerandos das diretivas não tenham valor vinculativo autónomo, são relevantes para sua interpretação. Sobre a questão, v., por exemplo, Tadas Klimas e Jurate Vaiciukaite, «The Law of Recitals in European Community Legislation», in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, 2008, pp. 61 e ss.

⁴⁸ Lembre-se o que atrás escrevi sobre a interpretação do preceito referido.

⁴⁹ Invocar a relevância do art. 19 da Diretiva não significa entender que o mesmo obrigasse a qualquer alteração na lei portuguesa – o que não entendo, como resulta de tudo quanto exponho. Como referi no n.º 1 deste texto, Catarina Serra defende opinião contrária, sustentando que o dever de prevenção da insolvência e as obrigações a ele associadas não encontram fundamento suficiente no art. 64 do CSC nem em qualquer outra norma jurídica, i.e., noutras palavras suas, que a lei portuguesa não permite determinar «o quando» e «o como» do cumprimento do dever – v. «Dever de Prevenção da Insolvência, Obrigação dos Administradores de Tomar em Conta os Interesses dos Sujeitos Relevantes e Sustentabilidade das Empresas», cit., pp. 81 e ss. Na minha perspetiva, porém, os deveres impostos pelo n.º 1 do art. 64 do CSC, com a imposição de ponderar a sustentabilidade da sociedade, incluem, sem dúvida, «a necessidade de tomar medidas para evitar a insolvência».

Muito importante é sublinhar que tal dever (como a obrigação de gerir, em geral⁵⁰) é uma obrigação de meios⁵¹, de conteúdo altamente indeterminado, tendo os juízos sobre o seu cumprimento de partir dessa sua natureza.

A infração do dever em causa gera, naturalmente, responsabilidade civil, que tenderá a ser regulada pelas normas do CSC relativas à responsabilidade dos administradores⁵².

4. Considerações finais

As empresas não são eternas. Bem ao contrário, muitas delas duram pouco⁵³.

A vida das empresas não é, em grande parte dos casos, fácil⁵⁴. Fazê-las sobreviver é, muitas vezes, já um êxito assinalável.

Zelar pela continuidade (ou conservação) da empresa é o núcleo essencial do dever de gestão⁵⁵. Quando essa continuidade se mostra ameaçada,

⁵⁰ V. o meu citado texto «Os Deveres dos Administradores das Sociedades Comerciais».

⁵¹ Cfr. Ricardo Costa, «Gestão das Sociedades em Contexto de “Crise de Empresa”», cit., p. 186.

⁵² V., entre muitos, Manuel A. Carneiro da Frada, «A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, II, Lisboa, setembro 2006, pp. 653 e ss., e Rui Pinto Duarte, «Responsabilidade dos Administradores: Coordenação dos Regimes do CSC e do CIRE», in *III Congresso de Direito da Insolvência* (obra coletiva, coord. Catarina Serra), Almedina, 2015, pp. 151 e ss.

⁵³ Em 2010, o Banco de Portugal, com base na análise de mais de 511 mil empresas criadas entre 1991 e 2009 (abrangidas pela sua Central de Balanços), afirmava que a mediana da duração dessas novas empresas (excluindo as financeiras) se situava entre os dez e os onze anos - v. *Estrutura e Dinâmica das Sociedades não Financeiras Estudos da Central de Balanços*, Banco de Portugal, reimpressão, 2011, p. 25 (disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/estudos%20da%20cb%202021_2010.pdf).

⁵⁴ Segundo o Banco de Portugal, em 2019 (ano bom!): 37% das empresas apresentaram resultado líquido negativo (39% das microempresas, 19% das pequenas e médias empresas e 17% das grandes empresas; 31% das empresas apresentaram EBITDA negativo (33% das microempresas, 12% das pequenas e médias empresas e 8% das grandes empresas); um quarto das empresas apresentavam capitais próprios negativos (27% das microempresas, 9% das pequenas e médias empresas e 5% das grandes empresas) - v. *Estudos da Central de Balanços, Análise Setorial das Sociedades não Financeiras em Portugal 2019*, março 2021, pp. 23, 25, 26 (disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/estudos_da_cb_46_2021.pdf).

⁵⁵ Cfr. Filipe Cassiano dos Santos, «Acção, Legitimação para Exercer o Direito de Voto e Tutela do Adquirente a *non Domino* - Dever dos Administradores Societários de Apresentação a Processo de Revitalização, Deliberação Social Aprovada com Votos Emitidos sem Legitimidade e Deliberações Aparentes», cit., p. 28.

esse dever implica a tomada de decisões que visem afastar a ameaça, decisões essas que podem implicar o recurso aos «instrumentos de reestruturação preventiva».

Quando a sobrevivência não é viável, surge o dever de apresentação à insolvência. Nas nossas leis, o dever de apresentação está consagrado desde há muito tempo (pelo menos, desde 1758), parecendo os seus fundamentos também claros: minorar as perdas dos credores e procurar a distribuição equitativa das mesmas entre eles.

Desde os primórdios da sua consagração até ao presente, os pressupostos do dever de apresentação à falência e o prazo para o seu cumprimento sofreram alterações, ligadas à própria evolução da vida comercial e da sua regulação.

O regime da falência nasceu e desenvolveu-se tendo por paradigma de empresa o comerciante individual. Na base do dever de apresentação estavam apenas os interesses dos credores de cada comerciante.

A alteração do paradigma da empresa para a forma societária levou a que quem é responsável pela gestão tenha de ter em conta também os interesses dos sócios (quando haja sócios além do próprio gestor que o seja).

A possibilidade de prevenção da falência por acordo entre comerciante em dificuldades e os seus credores é tão antiga quanto a própria falência. A possibilidade de os credores continuarem a atividade do comerciante, expropriando-o, também está há muito prevista nas leis. Muitos ordenamentos também atribuíram aos comerciantes o direito a moratórias, em caso de eventos extraordinários. O surgimento de empresas de grande dimensão levou a que os problemas sociais inerentes às falências ganhassem importância e conduziu os legisladores a desenvolver tais figuras e a criar novos instrumentos destinados a evitar o encerramento das empresas, i.e., a fomentar a sua recuperação. Embora com avanços e recuos em função das conjunturas, as medidas preventivas da insolvência tornaram-se elementos estruturais do sistema jurídico⁵⁶.

A evolução das conceções sobre a propriedade empresarial levou ainda a que vários ordenamentos jurídicos (incluindo o português) impusessem aos gestores a ponderação, em todas as fases da atividade, de outros interesses,

⁵⁶ Em palavras de Catarina Serra, «Cada vez mais as normas que compõem o Direito da Insolvência se orientam para a prevenção – e não só ou nem tanto para a resolução – da insolvência» [*Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas – Análise (e) Crítica*, cit., p. 19].

nomeadamente os dos trabalhadores e os de outros *stakeholders*, incluindo a comunidade em geral (por exemplo, no plano ambiental).

O mesmo é dizer que a propriedade empresarial evoluiu no sentido de não ter por fim único a satisfação dos interesses do proprietário (com respeito pelos direitos dos credores, é claro), estando também, em maior ou menor medida, vinculada à prossecução de outros interesses.

Noutro plano, tal evolução conduziu a que, sobretudo nalgumas literaturas, os administradores das sociedades deixassem (há muito) de ser qualificados como mandatários dos sócios, e passassem a ser considerados membros de órgão vinculado à prossecução da referida constelação de interesses⁵⁷.

A combinação desses desenvolvimentos determinou que atualmente, no sistema jurídico português (e noutros, nomeadamente nos dos Estados-membros da União Europeia), além do clássico dever de apresentação à insolvência, exista um dever de prevenção da mesma, que, como aquele, impende sobre quem gere empresas. Enquanto o primeiro está, desde há muito, consagrado expressamente na lei portuguesa, o segundo não o está, mas resulta inequivocamente de preceitos constantes das leis falenciais e parafalenciais e, sobretudo, das que regulam as sociedades.

Embora não me pareça admissível negá-lo, é viável negar-lhe o nome, chamando-lhe antes, como atrás sugerido, dever de zelar pela continuidade da empresa.

O seu conteúdo varia em função do tipo de empresa, da sua situação e da relação dos gestores com as demais partes interessadas. A quem gere empresa grande é exigível mais sofisticação do que a quem gere empresa pequena. Quando a empresa está em dificuldades, o dever exige mais diligência. Quem gere empresa própria não está obrigado a zelar pela sua con-

⁵⁷ Na literatura portuguesa, v., entre outros, A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, *Sociedades Comerciais, Doutrina Geral*, Universidade de Coimbra, 1968 (policopiado), pp. 328 e ss., Ilídio Duarte Rodrigues, *A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas. Organização e Estatuto dos Administradores*, Livraria Petrony, 1990, pp. 275, 276 e 278. Luís Brito Correia, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, Livraria Almedina, 1993, p. 297, Alexandre de Soveral Martins, *Os Poderes de Representação dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra Editora, 1998 (n.º 34 da coleção *Studia Iuridica* do BFDUC), pp. 55 e ss., António Menezes Cordeiro, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex, 1997, pp. 335 e ss., Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, *Das Sociedades*, 7.ª ed., Almedina, 2021, pp. 70, 71 e 547 e ss., e Pedro Caetano Nunes, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, cit. , por exemplo, pp. 159, 160 e 200 e ss.

tinuidade nos mesmos termos que quem gere empresa alheia (ou não o está de todo).

Os meios de, verificada crise pré-insolvencial, zelar pela continuidade da empresa não se restringem aos «instrumentos [típicos] de reestruturação preventiva». Pelo contrário, os gestores têm o dever de considerar todos os meios potencialmente adequados e de escolher ou propor aos sócios a escolha dos que entendam melhores. No entanto, é claro que a consagração na lei de «instrumentos de reestruturação preventiva» é um convite ao seu uso, tal como é claro que o seu uso oferece aos gestores alguma segurança sobre o cumprimento do seu dever de gestão.

Por outro lado, o dever de zelar pela continuidade da empresa não existe quando ela se torne ou preveja inviável: aí será substituído pelo dever de propor a dissolução, extrajudicial⁵⁸ ou judicial (em processo de insolvência), consoante as circunstâncias.

Se se procurarem semelhanças e diferenças entre o dever de apresentação e o dever de prevenção, facilmente se concluirá que o conteúdo do primeiro é muito mais definido do que o do segundo⁵⁹ – pois este partilha a indeterminação característica do dever de gestão, de que é uma vertente.

Em qualquer caso, a afirmação de um «dever de prevenção da insolvência» não deve ser fonte de surpresa, porque, insista-se, corresponde apenas a um desenvolvimento do dever de gestão e, em última análise, a uma aplicação do velho princípio *alterum non laedere*, cujas concretizações vão mudando em função das matérias e dos tempos.

20.nov.2023

⁵⁸ Lembre-se o art. 35, n.º 3, alínea a), do CSC.

⁵⁹ Lembre-se que, nos termos dos n.ºs 1 e 3 do art. 18 do CIRE, «O devedor deve requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência, tal como descrita no n.º 1 do artigo 3.º, ou à data em que devesse conhecê-la.» e que «Quando o devedor seja titular de uma empresa, presume-se de forma inilidível o conhecimento da situação de insolvência decorridos pelo menos três meses sobre o incumprimento generalizado de obrigações de algum dos tipos referidos na alínea g) do n.º 1 do artigo 20.º.», ao passo que a lei nada estabelece sobre prazos para o recurso aos «instrumentos de recuperação».

VI Congresso de Direito da Insolvência

Coordenação
Catarina Serra



VI CONGRESSO DE DIREITO DA INSOLVÊNCIA

COORDENAÇÃO

Catarina Serra

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Avenida Emídio Navarro, 81, 3D

3000-151 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almедina.net · editora@almедina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

PAPELMUNDE

Março, 2024

ISBN

978-989-40-1885-8

DEPÓSITO LEGAL

529820/24

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.



ALMEDINA

GRUPOALMEDINA