

A responsabilidade do administrador judicial de insolvência

Moreno Cordeiro Carvalho



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Universidade Portucalense Infante D. Henrique
Ciclo de Estudos em Mestrado em Ciência Jurídica
Forense

Orientação/Docente: Letícia Marques Costa

Novembro, 2021



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Página intencionalmente deixada em branco

A responsabilidade do administrador
judicial de insolvência

Moreno Cordeiro Carvalho

Dissertação submetida à Universidade Portucalense Infante D. Henrique na esfera do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Mestrado em Ciência Jurídica Forense.

Universidade Portucalense Infante D. Henrique
Mestrado em Ciência Jurídica Forense

Orientação/Docente: Dra. Prof.^a. Leticia Marques
Costa

novembro, 2021

TERMO DE RESPONSABILIDADE

Declaro ser o autor desta dissertação, que constitui um trabalho original e inédito, que nunca foi submetido a outra Instituição de Ensino Superior para obtenção de um grau acadêmico ou outra habilitação.

Atesto ainda que todas as citações estão devidamente identificadas e que tenho consciência de que o plágio constitui uma grave falta de ética, que poderá resultar na anulação da presente dissertação.

Moreno Cordeiro Carvalho

Dedicatória

À minha mãe Gina Cordeiro Silva e ao meu pai Flávio Bernardo Oliveira
Carvalho e Ricardo Henrique de Brito e Sousa que contribuíram para a pessoa
que hoje sou.

À minha noiva Mayra Rubia de Assis Tacco Paolinelli, pela coragem,
determinação paciência que teve para enfrentar esta jornada ao meu lado e
motivação que me deu.

AGRADECIMENTOS

A natureza deste tipo de trabalho que requer do autor um esforço solitário na hora da sua elaboração, por muito intenso que seja, seria inglório ter tal postura diante de todas as sinergias que contribuíram para a sua concretização. Desta forma, somente com o conhecimento e a sinergia de diversas pessoas consegui alcançar o propósito inicial pensado para sua elaboração.

Das diversas pessoas que me ajudaram e contribuíram para o presente trabalho, destaco o Professora Doutora Letícia Marques, que, como minha orientadora, conseguiu transmitir sabedoria, fornecendo sugestões muito valiosas e que me motivou a ter foco e determinação, a quem quero de maneira carinhosa deixar meus agradecimentos.

Venho cumprimentar meus colegas de Mestrado pelo companheirismo ao longo desta jornada que enfrentamos juntos.

Por fim, mas não menos importante, quero agradecer muitíssimo a toda minha família, em particular aos meus pais pelo fundamental incentivo, que sem eles este sonho jamais seria possível. À minha noiva Mayra, pela coragem de enfrentar ao meu lado esta árdua jornada e, em especial à Tia Giane, Luanna, Raghu e Nino que me acolheram e sempre estiveram ao meu lado em grande apoio, e por fim, não menos importante à minha mãe Gina Cordeiro Silva e ao meu pai Ricardo Henrique de Brito e Sousa, que são os meus grandes incentivadores e apoiadores, pois sem eles eu jamais teria chegado até este grande momento da minha vida.

A todos, o meu muitíssimo obrigado!

Título: “A Responsabilidade do Administrador Judicial de Insolvência.”

RESUMO: Esta dissertação trata sobre o tema da responsabilidade do judicial de insolvência, abordando-o desde o momento em que o devedor se encontra em situação de insolvência, à finalidade de um processo de insolvência e até ao ponto principal que se trata de entender a participação do Administrador de insolvência imposta pelo legislador, bem como compreender suas atividades, poderes, deveres e responsabilidades.

Diante da insolvência de um dos seus devedores, os credores podem fazer-se valer de um regime que garanta a satisfação dos seus créditos, prevenindo-se de uma perda do património do devedor, que deverá ser utilizado para ser feito a quitação dos débitos e qualquer atitude contrária pode configurar a possibilidade de ter que acontecer o ressarcimento por eventuais danos causados por atos do órgão responsável pela administração e liquidação do património do insolvente.

A presente dissertação torna-se necessária, ainda mais neste momento em que vivemos de pandemia mundial de COVID-19, pois os números de processos de insolvência têm vindo a crescer, e, neste âmbito, não podemos deixar de lado um aspecto peculiar, referente a uma figura ímpar no processo, seja qual ela for, o Administrador Judicial.

O presente trabalho, que tem como foco a responsabilidade do administrador judicial, abordará inclusivamente outros aspectos fundamentais ligados a esta figura, como por exemplo, os demais critérios para a sua nomeação, as funções, remunerações, incompatibilidades, impedimentos e suspeições, além das demais características impostas pela legislação que aqui serão todas estudadas.

As diretrizes seguidas para a elaboração deste trabalho encontram-se presentes na legislação, como no Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de abril, no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Decreto-Lei n.º 53/2004 e no Estatuto dos Administradores Judiciais Lei n.º 22/2013, de 26 de fevereiro, assim como nas jurisprudências emanadas dos Tribunais, e nas doutrinas e artigos.

O Estado ao criar o Estatuto do Administrador Judicial e o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, visou dar uma maior garantia ao trabalho do Administrador Judicial e estabelecer limites para a sua atuação, estipulou o funcionamento dessa figura jurídica no processo de insolvência, temática que será analisada adiante.

Palavras-chave: Processo de insolvência, Administrador Judicial, Responsabilidade, Poder/dever.

Title: "The Liability of the Insolvency Judge."

ABSTRACT: This dissertation deals with the topic of the liability of the insolvency court, addressing the topic of the moment when the debtor is in a situation of insolvency, what is the purpose of insolvency proceedings and the main point is to understand the participation of the imposed Insolvency Administrator by the legislator, as well as understanding their activities, powers, duties and responsibility.

Faced with the insolvency of one of its debtors, creditors can make use of a regime that guarantees the satisfaction of their credits, preventing a loss of the debtor's assets, which must be used to settle debts and any the opposite attitude can configure the possibility of having to make reparation for eventual damages caused by acts of the body responsible for the administration and liquidation of the insolvent's assets.

This dissertation is necessary, especially at this moment in which we live in a global pandemic of COVID-19, as the numbers of insolvency proceedings have been growing sporadically, we cannot ignore a peculiar aspect in this area, referring to a unique figure the Judicial Administrator in the process.

The present work, even though it focuses on the responsibility of the judicial administrator, cannot fail to address other fundamental aspects related to this figure, such as, for example, the other criteria for its appointment, functions, remuneration, incompatibilities, impediments and suspicions, in addition to the other characteristics imposed by the legislation that will all be studied.

The guidelines followed for the preparation of this work are present in the legislation, in the Code of Special Processes for Company Recovery and Bankruptcy (CPEREF), approved by Decree-Law No. 132/93, of 23 April, Code of Insolvency and Corporate Recovery Decree-Law No. 53/2004 and the Statute of Judicial Administrators Law No. 22/2013, of February 26, in the case law issued by the courts as well as in the doctrines and articles.

The State, in creating the Statute of the Judicial Administrator and the Insolvency and Corporate Recovery Code, aimed to give greater assurance to the work of the Judicial Administrator and established limits for its performance, as well as stipulated the operation of this legal figure in the insolvency process, this which will be analyzed and studied going forward.

Palavras-chave: Insolvency proceedings, Judicial Administrator, Liability, Power / duty.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

A./AA.	-----	Autor/Autores
Ac.	-----	Acórdão
A.I./Administrador	-----	Administrador da insolvência
Al./Als.	-----	Alínea/Alíneas
Art./Arts.	-----	Artigo/Artigos
CAAJ	-----	Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares de Justiça
CC	-----	Código Civil
CCom	-----	Código Comercial
Cfr.	-----	Conferir
CIRE	-----	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CPC	-----	Código de Processo Civil
CPEREF	-----	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CRP	-----	Constituição da República Portuguesa
CSC	-----	Código das Sociedades Comerciais
Dec.	-----	Decreto
DL	-----	Decreto-lei
DR	-----	Diário da República
EAI	-----	Estatuto do Administrador da Insolvência
EAJ	-----	Estatuto do Administrador Judicial

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. BREVES CONSIDERAÇÕES GERAIS	13
1.1 Conceito	13
1.2 Nomeação	15
1.3 Funções e remuneração	18
1.4 Fiscalização	21
1.5 Incompatibilidade, Impedimentos e Suspeições do Administrador da Insolvência	23
1.6 Destituição do Administrador da Insolvência	25
2. O Regime de Responsabilidade	29
2.1 Breve Síntese	29
2.2 Responsabilidade profissional e contra-ordenacional	32
2.3 Responsabilidade tributária	36
2.4 Responsabilidade Criminal	40
2.5 Responsabilidade Civil	44
2.5.1 O artigo 59.º do CIRE	44
2.5.2 Âmbito de aplicação subjetiva – legitimidade ativa	45
2.5.3 Os pressupostos formais da responsabilidade extracontratual do n.º 1 do art. 483.º do Código Civil	46
2.5.4 A responsabilidade profissional e uma breve síntese	56
2.6 Os ensinamentos do n.º 2 do art. 59.º do CIRE	57
3. Uma reflexão quanto à responsabilidade das ações praticadas pelos auxiliares	61
4. O incremento do n.º 4 do artigo 59.º do CIRE	66
5. O administrador da insolvência e a prescrição da responsabilidade	67
6. Utilização do instituto contido no art.º 59.º do CIRE	71
7. O Administrador da Insolvência e as modalidades de alienação do artº. 164.º do CIRE	72
8. Um breve conceito sobre o processo de insolvência em outros Países – Direito Comparado	75
8.1 Ley Concursal espanhola	75
8.2 Lege Fallimentare – Itália	76
9. Conclusão	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

INTRODUÇÃO

Nesta dissertação estudaremos o ramo do direito da insolvência, com mais afinco na figura da responsabilidade do administrador judicial durante sua atuação no processo de insolvência, discorrendo sobre a sua função, direitos e deveres.

O trabalho consistirá em três partes: a primeira será dedicada a questões relacionadas ao enquadramento de conceitos e noções breves sobre a insolvência; já na segunda parte focaremos o estudo no Estatuto do Administrador Judicial em atenção às suas peculiaridades; e finalmente na terceira e última parte trataremos da responsabilidade do administrador judicial.

Iniciamos o presente trabalho com a demonstração das características do estado de insolvência e de seguida faremos uma análise sobre a finalidade do processo de insolvência.

A legislação portuguesa no que tange a estes dois institutos, o Código da Insolvência e Recuperação de Empresa - CIRE é bem didática e elucidativa ao trazer no bojo do seu artigo 3.º o conceito da situação de insolvência, no qual é enquadrado todo o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas, bem como traz consigo que a finalidade do processo de insolvência, na sua versão antiga do código (2004) anterior à reforma do CIRE de 2012, tinha como escopo apenas a satisfação dos créditos dos credores. Porém após a reforma em seu artigo 1.º, este conceito foi amplamente modificado e começou a pensar o processo como “a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, que tem como conceito buscar a recuperação da empresa compreendida na massa insolvente” ou “na liquidação do património do devedor insolvente e a distribuição do produto obtido pelos credores”, tal procedimento será supervisionado pelo Administrador da Insolvência.

Vimos claramente uma ruptura do paradigma existente entre o código de 2004 e o código de 2012. Esta ruptura de paradigmas ocorreu devido à pressão exercida pela União Europeia para que Portugal realizasse uma alteração

legislativa no sentido de que primeiro deve-se tentar realizar a recuperação financeira da empresa que se encontra em situação de insolvência, para então realizar a liquidação, porém, só após a comprovação da impossibilidade de recuperação.

No capítulo seguinte, abordamos a figura do administrador judicial com ênfase no seu Estatuto próprio e primordialmente nas suas atividades. Neste momento, iremos qualificar o administrador judicial como parte integrante do órgão do processo de insolvência, passamos brevemente pela evolução histórica do Estatuto do Administrador Judicial até chegarmos a atual versão do Estatuto. Trataremos do conceito e das condições inerentes ao posto de administrador judicial, explicando como é possível tornar-se um administrador judicial. Por fim, elucidamos as atividades e funções desenvolvidas e os direitos e deveres do administrador judicial.

No derradeiro capítulo, será tratada a temática desta dissertação no que toca às responsabilidades das quais o administrador judicial estará envolto durante a sua atuação no processo de insolvência. Analisaremos a responsabilidade civil, profissional, criminal, contra-ordenacional e tributária.

“No cotidiano, muitos dos devedores em situação de dificuldade extrema veem no processo insolvência uma forma de solucionarem o seu problema de impossibilidade de fazer face aos seus débitos. No entanto, esquecem-se das implicações que os seus comportamentos – anteriores, durante e mesmo após o encerramento do processo insolvência – poderão ter, nomeadamente em termos criminais, alegando frequentemente que ‘ninguém vai preso por dívidas’”.¹

¹ COSTA, Leticia Marques, A insolvência de Pessoas Singulares, Almedina, 2021, pp 366.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES GERAIS.

1.1 Conceito

A palavra insolvência no sentido etimológico significa o contrário da solvência, tendo a sua concepção do latim *solvere* que quer dizer, desatar, livrar, pagar, resolver, cumprir². A língua inglesa usa a terminologia *bankruptcy*, que se baseou no vocábulo *banca rupta*, cujo sentido vem da cultura italiana da idade média que punia os comerciantes que causavam prejuízos aos seus credores ou que se apropriavam de seus bens indevidamente com a destruição das suas bancas (comércios). O doutrinador italiano LUCIO CHIA³ ensina-nos que o vernáculo *bancarotta*, tem indícios ter sido esculpido na palavra *banca rupta*, pois era como ficavam as bancas dos empresários da época após a punição sofrida pelas fraudes cometidas aos credores.

O CIRE com o seu artigo 3.º, número 1, apresenta o significado jurídico de insolvência, “É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas.” A Doutrinadora Leticia Costa⁴ elucida-nos a questão ao explicar que

“Tal sucede, normalmente, por não existir a liquidez suficiente em determinado momento ou porque o total das responsabilidades de certa pessoa singular excede os bens de que ela dispõe para satisfazer. Assim sendo, esta tradução da insolvência como a impossibilidade de cumprir, e não como a mera situação patrimonial líquida negativa, está relacionada com a opção legislativa operada com a entrada em vigor do CIRE⁵”

² CORDEIRO, António Menezes, Introdução ao Direito da Insolvência, in O Direito, n.º 137, (2005), pp 465-506.

³ GHIA, Lucio, Lo status del fallito negli altri paesi della comunità europea, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali (2005), p. 1251

⁴ COSTA, Leticia Marques, A insolvência de Pessoas Singulares, Almedina, 2021, pp 49.

⁵⁵ De acordo com o ponto 4 do Relatório do Diploma Preambular do Código de Falências de 1935 (Decreto-Lei n.º 25981, de 26 de outubro de 1935), “... a insuficiência do activo em face do passivo não constitui, de per si, uma perturbação do mecanismo económico. Há a somar ao activo o crédito pessoal, tantas vezes de um valor igual ou superior ao activo patrimonial, como é, do saber, do trabalho, e da honestidade do indivíduo”.

O processo de insolvência, materializa-se por meio de atos que são praticados em uma ordem lógica, no qual o primeiro ato é apresentação à insolvência de acordo com o art.º 18.º e 19.º do CIRE, ou com uma solicitação realizada por terceiros, de acordo com o art.º 20.º do CIRE, e finaliza-se com o pagamento do débito ao credor, de acordo com o art.º 172º e seguintes e o 230.º, alínea a) do CIRE, bem como também pode ser finalizado com as demais causas de extinção do processo de acordo com o 230.º, alíneas b) a e) do CIRE, até alcançar a parte final do processo este passa pode passar por diversos outros atos inerentes a sua marcha processual.

No decurso do processo é verificada a incapacidade de incumprimento com as obrigações contraídas que serão analisadas sobre dois conceitos, o primeiro irá avaliar o critério de fluxo do caixa e o segundo o critério do balanço do caixa/ativo patrimonial⁶.

O primeiro critério entende que o devedor já é considerado insolvente desde o momento em que não consegue ser capaz de honrar com o pagamento das dívidas, não apresenta liquidez que garanta o pagamento dos débitos. Desta forma não é considerado o fato do ativo ser menor que o passivo, mas o fato de não conseguir honrar os pagamentos no prazo estabelecido.⁷ A Doutrinadora

Já o último critério, entende que o devedor estará na situação de insolvência quando o seu património não for suficiente para garantir o pagamento integral dos seus débitos⁸. Presume uma avaliação patrimonial, que nem sempre é uma tarefa fácil de se realizar.⁹

A legislação portuguesa adotou o primeiro critério referido, como podemos constatar na leitura do art.º 3.º, número 1 do CIRE. Portanto, para o CIRE a insolvência tem como base a incapacidade do pagamento dos débitos momentaneamente e não a simples escassez patrimonial no qual a liquidez e tida como negativa.

⁶ COSTA, Leticia Marques, *A insolvência de Pessoas Singulares*, Almedina, 2021, pp 50

⁷ LEITÃO.Menezes, *Direito da Insolvência*, op.cit., p. 75.

⁸ IDEM, ibidem.p.75.

⁹ GOODE, Roy, *Principles pf corporate ubsikvency law*, London : Sweet&Maxell/Thomson Reuters, 2005, pp.26, ss, apud LEITÃO, Luis Meneses *Direito da Insolvência*, op. Cit., p.75

1.2 Nomeação

O ordenamento jurídico de insolvência português no que toca aos processos de insolvência consagrou a existência de um agente que irá atuar como um gestor de administração em situações de insolvência empresarial, que compõe uma estrutura jurídica muito mais ampla e complexa. Este agente foi denominado como administrador judicial da insolvência e por possuir características ímpares e especiais foi o eleito para ser o objeto de estudo deste trabalho, no que diz respeito ao seu regime de responsabilidade durante a sua atuação no processo de insolvência.

Conforme elucida o nobre doutrinador Luís Menezes Leitão, “a nomeação de um administrador da insolvência é necessária, face à desconfiança na capacidade de administração do devedor, que a sua insolvência naturalmente pressupõe. Assim a administração tem que ser atribuída a um administrador autónomo do devedor (...)”.¹⁰

O Juiz, ao decretar a sentença declaratória de insolvência, conforme descrito no art.º 36.º, alínea d), nomeia o Administrador da insolvência de acordo com o artº 52.º, n.º 1. Todavia, este ato de nomeação precede a algumas formalidades, que se encontram previstas no art.º 32.º, n.º 1, ficando assim o magistrado restrito ao artigo citado devendo por isso realizar a sua escolha sobre uma entidade constante na lista oficial de Administradores da Insolvência.

O Estatuto do Administrador Judicial no disposto no art.º 13.º, n.º 2, implementou a “aleatoriedade da escolha e a distribuição em idêntico número dos administradores judiciais nos processos”, essa aleatoriedade na nomeação do administrador judicial é possível por meio de um sistema informático. O antigo Estatuto do Administrador de Insolvência regido sob a Lei n.º 32/2004, mesmo já revogado previa em seu art.º 2º, n.º 2 a aleatoriedade de escolha.

A brilhante doutrinadora Fátima Reis Silva¹¹, sustenta a ideia que “o estatuto do administrador prevê que o administrador a nomear pelo juiz será sorteado informaticamente, o que é uma boa solução (partindo, claro, do

¹⁰ LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2013, p. 103.

¹¹ SILVA FÁTIMA REIS, *Processo de Insolvência: os Órgãos da insolvência e o Plano da Insolvência*.

Entretanto a nomeação requerida pela comissão de credores pode não ser passível de aceitação pelo Juiz, caso este verifique a existência das causas contidas no art.º 53.º, n. 3.º. Os brilhantes doutrinadores Carvalho Fernandes e João Labareda¹³ elucidam-nos que ao proceder esta análise “o tribunal deverá ter em especial atenção eventuais interesses pessoais dele que se evidenciem nos autos ou que o juiz possa levar em conta de acordo com os princípios gerais do processo, bem como a experiência profissional e a formação do eleito”, também é verificado o valor referente ao pagamento do escolhido pelos credores.

No que concerne à nomeação do administrador, cumpre fazer uma ressalva, é sabido que o administrador provisório tende a ser o escolhido preferencialmente na nomeação do administrador da insolvência, conforme o art.º 52.º, n.º 2. Contudo, supomos que os credores elegem uma pessoa distinta da que foi previamente escolhida pelo juiz, de acordo com a leitura da legislação aplicável, sabemos que é perfeitamente possível que esse fato ocorra e como consequência o administrador provisório escolhido pelo juiz será afastado. Dado a nomeação do administrador de insolvência ser um ato de simples preferência, não um dever, quanto à ratificação do eleito pela assembleia de credores é um dever do juiz, ressaltando as situações elucidadas acima.

Constatamos que neste instituto, a existência da possibilidade do administrador provisório ser afastado das suas tarefas, mesmo tendo maior experiência e conhecimento da situação em causa, por mera vontade dos credores. Entende-se que a vontade das partes deve sempre prevalecer, desde que respeite todos os parâmetros legais e, neste caso dos credores se o administrador provisório estiver a exercer suas funções, tendo iniciado seus trabalhos no momento da expedição da declaração da insolvência. Verifica-se que este deve ser nomeado como o administrador definitivo sem a possibilidade de alteração posterior, salvo as disposições legais. Tal manutenção procura trazer maior segurança jurídica e celeridade processual aos autos, trazendo consigo uma blindagem que visa proteger os atos já praticados e o trabalho realizado.

¹³ De acordo com CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, p. 323

1. 3. Funções e remuneração

O administrador da insolvência tomará posse das suas funções no momento em que for notificado da sua nomeação, conforme o disposto no artigo 54.º do CIRE.

As tarefas e funções do administrador da insolvência que estão relacionadas no artigo 55.º do CIRE, são tidas meramente como exemplificativas, uma vez que o legislador ao inserir no caput do artigo uma ressalva de grande importância ao acrescentar a referência “demais tarefas”. Dessa forma, permite que o administrador não esteja condicionado apenas às tarefas elencados no artigo, autorizando que outras ações relacionadas ao cargo da administração possam ser realizadas pelo administrador, haja vista a dificuldade que seria em listar todas as tarefas e ações a serem realizadas no curso da administração de uma empresa em estado de insolvência.

O legislador também previu a cooperação da administração da massa insolvente com a comissão de credores, se esta existir, e permitiu que essa também fiscalize os atos praticados pelo administrador da insolvência.

No trâmite do processo de insolvência, ao ser nomeado, o administrador da insolvência, assume o controle da massa insolvente e dá início à sua administração, sendo que quando é possível a sua recuperação, e, caso não seja possível, realiza a liquidação, e, por fim, divide o saldo remanescente, caso exista, pelos credores. Conforme dispõe o art.º 55.º, n. º1, alíneas a) e b), é dever do administrador da insolvência realizar o pagamento dos passivos com o dinheiro existente na massa insolvente, oriundo também da alienação de produtos que integravam os bens da massa, bem como, promover a conservação e gerir a frutificação dos direitos e bens do insolvente e promover o desenvolvimento da empresa sempre que viável.

Na hipótese de já existir declaração de insolvência, a norma determina que o administrador da insolvência tenha o direito de gerir os bens constantes dentro da massa insolvente, como prevê o art.º 81.º, n.º 1, já no n.º 4, na existência de bens patrimoniais da massa insolvente, cabe ao administrador da insolvência a representação do devedor para todos os efeitos. Compete também ao Administrador da insolvência realizar diligências para a apreensão de bens a

guarda destes e dos que porventura forem entregues, ficando assim com a responsabilidade imputada ao depositário, conforme dispõe o artigo 150.º, n.º 1, do CIRE.

Durante a sua administração, o administrador tem o dever de elaborar um inventário dos bens existentes e direitos que compõem a massa insolvente, de acordo com o artigo 153.º, bem como realizar um documento provisório onde conste os credores existentes da massa falida, conforme dita o artigo 154.º. O administrador tem também o dever de criar os relatórios do estado da massa insolvente para que seja apreciado pelos integrantes da assembleia de credores, no intuito de dar publicidade sobre a situação da massa insolvente, conforme preconiza o art.º 155, todos do CIRE.

Em relação aos negócios jurídicos celebrados pela massa insolvente até à data da declaração de insolvência que ainda não foram totalmente cumpridos, ficará a cargo do administrador da insolvência, analisar e decidir sobre a sua viabilidade, ficando suspensa até à sua decisão, que pode ser de continuar ou de recusar o seu cumprimento, de acordo com o art.º 102.º, do CIRE.

Compete ao administrador da insolvência, receber as reclamações de créditos existentes em face da massa insolvente, conforme dispõe o art.º 128.º, n.º 2. Com base no art.º 129.º, também tem o dever de realizar a elaboração da lista dos credores reconhecidos, constando nela os que opuseram alguma reclamação, os que constam nos elementos contáveis do devedor e aqueles que de alguma forma chegaram ao conhecimento do administrador que também deve ser produzida uma outra lista na qual constem os credores não reconhecidos. Se for apresentada alguma impugnação contra a massa insolvente, cabe ao administrador apresentar resposta, inclusive contra o devedor, de acordo com o art.º 131.º do CIRE.

Após o trânsito em julgado da sentença declaratória da insolvência e a realização da assembleia de apreciação do relatório, o administrador da insolvência fica apto a iniciar a venda do património, de acordo com o art.º 158.º, n.º1, e posteriormente a dar início ao pagamento das dívidas existentes da massa insolvente, conforme o estipulado no art.º 172.º. Somente serão pagos os créditos contemplados na sentença judicial.

Cabe também ao administrador da insolvência requerer e apresentar o pedido de exoneração do passivo restante no molde dos art.º 236.º e seguintes.

Ao exercer a sua função o administrador da insolvência, deve sempre agir com imparcialidade e prezar sempre por desempenhar as diligências como um gestor criterioso e ordenado. Deve ainda estar sempre atento aos deveres e direitos do devedor e dos credores, porém visando sempre a satisfação dos interesses credores. Esta guerra de interesses não é fácil de ser resolvida, os brilhantes doutrinadores Luís A. Carvalho Fernandes, João Labareda¹⁴ ensinam-nos que:

“Os poderes do Administrador têm em vista a satisfação de interesses que não são próprios: corresponde-lhe, por isso, a natureza de verdadeiros poderes funcionais, que ele não só pode, como, sobretudo, deve desempenhar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado (cfr. artº 59.º, in fine).

Mesmo quando a lei lhe atribui a possibilidade de opção entre várias alternativas, o administrador deve agir de acordo com aquela que, segundo as circunstâncias concretas e ao olhar de um gestor criterioso e ordenado, se evidenciar como a mais favorável e proveitosa para a melhor tutela dos interesse dos credores.

É a esta luz que têm sempre que ser avaliadas as faculdades múltiplas que cabem ao administrador, bem como os deveres que sobre ele impendem. E a essa mesma luz será apreciado o seu procedimento e, correspondentemente, medida a sua responsabilidade.”

A remuneração paga ao administrador da insolvência, vai ser determinada pela modalidade de nomeação, uma vez que este pode ser nomeado pelo juiz ou eleito pela assembleia de credores.

Na hipótese de o administrador ter sido eleito pelo magistrado, o art.º 60.º, n.º 1, do CIRE que trata da remuneração desta modalidade, estabelece que a remuneração vai ser aplicada conforme a previsão estipulada no seu estatuto, que tem direito ao reembolso das despesas realizadas que sejam consideradas úteis ou indispensáveis. Os atos praticados pelo administrador encontram-se estabelecidos em portaria e no artigo 23.º, n.º 1, do Estatuto Administrador Judicial – EAJ e terá direito a receber pelos resultados apresentados na

¹⁴ Luís A. Carvalho Fernandes, João Labareda, in Código da Insolvência E Da Recuperação de Empresas Anotado, ed. Quid Juris 2008, pag.259.

recuperação do devedor ou da liquidação da massa insolvente, que também encontra amparo na portaria e no n.º 2, do artigo 23.º do EAJ.

Contudo, na situação do administrador da insolvência ter sido eleito pela Assembleia de Credores, o artigo 60.º, n.º 2, do CIRE e o artigo 24.º, n.º 1 do EAJ, tratam sobre a remuneração nesta situação. No entanto, caso a Assembleia de Credores proponha uma remuneração excessiva ou exorbitante, o juiz pode não nomear o administrador eleito pelos credores, pois estará diante de um motivo justo, conforme estabelece o artigo 53.º, n.º 3, do CIRE.

Cumprido salientar que, em ambas as situações do artigo 29.º do EAJ, é estipulado que a remuneração ou reembolso das despesas, são arcados pela massa insolvente.

As competências e funções delegadas ao administrador da insolvência podem cessar com o fim do processo de insolvência, por meio da sua renúncia ou através da destituição, trataremos destas situações mais a frente.

1.4. Fiscalização

O administrador da insolvência está sujeito à fiscalização das suas atividades e atos praticados enquanto responsável por gerir a massa insolvente falida, sendo o juiz o responsável pela fiscalização, conforme art.º 58.º do CIRE. Portanto, o Juiz pode, a qualquer momento, solicitar informações ou relatórios do andamento das atividades realizadas, da situação da administração e também da liquidação. O juiz tem o poder de solicitar qualquer tipo de informação que seja relevante ao processo de insolvência e que esteja dentro do rol de atuação do administrador e tem também o poder de convocar a assembleia de credores, a qualquer momento e por livre iniciativa, para determinar fatos que podem ser relevantes, ou pontos que possam ser de interesse geral, como os relatórios das atividades realizadas pelo administrador da insolvência.

A assembleia de credores possui o mesmo poder de fiscalização sobre o administrador da insolvência, podendo requerer informações ao administrador da insolvência sobre a suas funções e as atividades que está a exercer, conforme dispõe o art.º 79.º do CIRE. Ocorre que este só pode tratar de

determinados casos diante de uma aprovação prévia da assembleia de credores, conforme os artigos 157.º, 161.º e demais do CIRE.

O Administrador da Insolvência, sempre que lhe for requerido, tem o dever de fornecer à assembleia de credores e ao tribunal qualquer informação e documentos compreendidos sobre suas funções de administração e liquidação. Conforme o disposto nos artigos 55.º, n.º 5 e 61.º do CIRE, o AI tem também de apresentar a cada três meses informações sobre o andamento das suas ações e documentos.

No momento em que abordamos o tema da fiscalização é de extrema importância ressaltar a sua origem, pois foi por meio da Comissão de Apreciação e Controlo da Atividade dos Administradores da Insolvência, prevista no art.º 12.º da EAI, que se pode desenvolver de maneira mais concisa os trabalhos exercidos pelo Administrador da Insolvência, uma vez que a entidade possuía como escopo zelar pela fiscalização, apuração e instauração de processo disciplinar, aplicar suspensões preventivas, admoestar e, por fim, instaurar processos de contraordenação,

No entanto, com o advento da EAJ essa entidade foi renomeada e reestruturada, conforme o art.º 17.º, do EAJ, que conferiu poderes competentes para instrução de processos disciplinares e de contraordenação que estejam relacionados com o exercício da atividade do administrador das insolvências e com poder de aplicar sanções e punições pelas infrações cometidas.

Sendo o juiz o responsável pela fiscalização do processo suscita-se uma questão importante, na hipótese de o administrador da insolvência infringir suas obrigações e deveres e proporcionando danos e prejuízos, pode o juiz também ter falhado na sua função de fiscal? Entendemos que não, dado que o Juiz não tem como função exclusiva e específica a fiscalização do Administrador no dia a dia das suas funções, mesmo tendo o poder de requisitar informações a qualquer momento, além de não possuir poder e autoridade para participar da administração e muito menos de determinar o *modus operandi* do administrador da insolvência.

Desta forma, cumpre salientar que o administrador não está vinculado a nenhuma orientação de como deve gerir e atuar a sua administração vinda do

juiz, ele tem total liberdade e parcialidade para agir conforme for mais conveniente e benéfico para a massa insolvente.

O poder de fiscalização atribuído ao Juiz é o dever de apuração dos atos praticados pelo administrador, não podemos confundir com outro poder e tentar alargar seu conceito. O grande doutrinador Professor Luiz M. Martins¹⁵ aborda de maneira muito clara esta questão “o juiz pode pedir informação e relatórios e aferir da legalidade a posteriori censurando as suas condutas/omissões, mas não pode moldar/ intervir na sua atuação pois o administrador da insolvência não está sujeito à direção do juiz”, entendemos que o juiz não tem o poder de instruir ou impedir a forma pela qual o administrador vai atuar na sua função.

Constata-se que a competência atribuída ao juiz é de um vigilante observador, que vai analisar as informações solicitadas e requerer relatórios dos atos praticados, bem como saber o estado em que se encontra a administração ou a liquidação. Este poder de fiscalização não concede ao juiz direito de interferir nas escolhas da administração exercida pelo seu gestor, bem como de prever antecipadamente seus atos, mesmo tendo o poder de controlar a legalidade. Esta fiscalização dá-se, em grande parte, após os atos praticados, caso seja constatada alguma ilegalidade o juiz tem o poder de destituir o administrador com base no art.º 56.º do CIRE.

1.5 Incompatibilidade, Impedimentos e Suspeições do Administrador da Insolvência

Como ocorre em outras funções e instituições do sistema público e privado, o administrador de insolvência também tem que atuar no exercício das suas funções com imensa imparcialidade e independência, por esta razão, está também sujeito à aplicação do instituto da incompatibilidade, impedimentos e suspeição.

Conforme estipula o art.º 4.º, n.º 1 do EAJ, “Os administradores judiciais estão sujeitos aos impedimentos e suspeições aplicáveis aos juízes¹⁶, bem como às regras gerais sobre incompatibilidades aplicáveis aos titulares de órgãos

¹⁵ MARTINS, Luís M. - Processo de Insolvência

¹⁶ Esta questão é regulamentada no Código de Processo Civil, ao assegurar a imparcialidade dos juízes, pelo instituto do impedimento contido no art.º 115º e das suspenções previsto no art.º 120º

sociais das sociedades.”. Aqui cumpre fazer um esclarecimento, uma vez que temos duas situações distintas aplicáveis ao administrador judicial, a primeira é que o rol de impedimentos e suspeições aplicados ao juiz também poderão ser alegadas em desfavor do administrador, já no que tange à incompatibilidade o rol aplicado será aquele que rege os titulares de órgãos sociais das sociedades.

No que toca à questão do impedimento, esta ocorre quando existe uma incapacidade absoluta para realização das funções e atividades, pois afetaria o seu critério de julgamento indo de encontro à sua imparcialidade e à independência do administrador da insolvência nas suas ações dentro do processo.

Ademais, o impedimento também está presente quando o administrador da insolvência integre um dos polos do processo, ou como representante de outra pessoa, caso tenha interesse na causa, na hipótese de ter intervindo como mandatário ou perito, ou tenha de prestar um testemunho.

No que se refere à suspeição, esta condição pode ter interferências tanto na questão da imparcialidade quanto na independência do curso da gestão do administrador, de acordo com os fundamentos e razões da mesma, essas condições devem ser arguidas ao juiz por meio de requerimento das partes envolvidas nos autos ou quando observadas pelo juiz. A hipótese da suspeição ocorre no momento que exista algum grau de parentesco não constante no impedimento, quando ocorre a sobreposição de interesse e proveitos de uma parte em relação a outra, nas situações que o administrador da insolvência ocupar a posição de produtor herdeiro presumido, donatário ou patrão de alguma das partes, se tiver alto grau de inimizada ou amizade/intimidade com alguma das partes ou mandatários, conforme dispõe o art.º 120.º do CPC.

Os grandes doutrinadores, Doutores João A. Correia e Carlos Sousa,¹⁷ na sua obra “A Responsabilidade dos Administradores da Insolvência”, lecionam-nos o seguinte:

“No caso do exercício de funções em situações de incompatibilidade, impedimento, suspeição, com falta de idoneidade, ou no decurso do período de suspensão ou de

¹⁷ CORREIA, JOÃO ANACORETA E SOUSA, CARLOS, *Responsabilidade dos Administradores da Insolvência*, p. 125

cancelamento da inscrição, e na hipótese de não revestirem situações de responsabilidade criminal, podem ainda ser objeto de processo de contraordenação, puníveis com coima”.

O ordenamento jurídico português ao tratar do instituto das incompatibilidades, impedimentos e suspeições apresenta grande semelhança com o ordenamento espanhol. De acordo com o art.º 28.º da Ley Concursal, o administrador concursal não pode atuar nem exercer suas funções quando tenha realizado alguma atividade profissional ao devedor ou com alguma pessoa que possua uma relação com este nos últimos 3 anos ou possua alguma relação com pessoas que tenha alguma incompatibilidade constante no Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julho, no seu artigo 13.º.

No ordenamento jurídico brasileiro não temos a figura do administrador judicial, não sendo possível fazer um paralelo com aquele ordenamento jurídico. Ao analisar os institutos aqui estudados nos três países abordados, concluímos que Portugal apresenta uma ligeira vantagem sobre a Espanha, uma vez que aborda de uma forma mais ampla relacionando-os aos preceitos utilizados aos juízes e a legislação aplicável nas sociedades que regulamentam os órgãos sociais, fazendo com que sua aplicação seja mais objetiva e contundente ao caso prático.

1.6. Destituição do Administrador da Insolvência

O administrador da insolvência, sendo ele nomeado pelo Juiz ou eleito pela assembleia de credores, pode vir a ser destituído por um ato do Juiz a qualquer momento, sendo necessário primeiro a manifestação da conferência de credores, do devedor. Estes pareceres são tidos pelo juiz meramente como informativos, não possuindo força vinculativa, apenas ajudam a formar a sua ideia a respeito da situação. Também é ouvido o administrador da insolvência sempre que tenha uma justa causa, conforme determina o art.º 56.º, n.º 1, CIRE e após a decisão de destituição o Juiz comunica à entidade que é incumbida de supervisão, fiscalização e disciplina dos administradores judiciais, no intuito de que seja estabelecido um processo disciplinar ou de contraordenação, se for o caso. Por outro lado, caso a destituição seja realizada sem a audição das partes, este ato gera uma irregularidade passível de nulidade, pois não apresenta o justo motivo para a decisão.

A destituição pode ser realizada em qualquer tempo e estágio processual, o que analisaremos é a chamada “justa causa”¹⁸. A legislação não trouxe nenhuma definição ou conceito sobre as circunstâncias da justa causa, trazendo assim um misto de vantagens e desvantagens. O lado positivo é que permite ao juiz possuir uma maior autonomia na análise ao julgar a justa causa, ou seja, possibilitando que exista uma melhor adaptação as peculiaridades do caso concreto. Contudo, a desvantagem relaciona-se com uma provável insegurança jurídica, possibilitando que existam questionamentos e múltiplas interpretações, pois para além disso o Juiz pode ao seu belo prazer fazer análises subjetivas, que não encontram respaldos em nenhum marco legal para justificar a aplicação da justa causa, uma vez que essa norma permite uma interpretação ampla.

Ora, é isso que a decisão do juiz relativa à destituição do administrador judicial carece sempre de ser fundamentada quanto à existência de justa causa: é o que expressamente decorre do segmento final do n.º 1 do artigo 56.º do CIRE quando fundamentadamente considerar existir justa causa.

Entendemos que, neste ponto deveria existir maior atenção dos legisladores no tópico da justa causa, pois pode parecer que não mais é uma questão de grande importância ao processo de insolvência de empresas, dado que dela podem existir grandes complicações com o andamento do processo, haja vista a grande complexidade discutida no processo de insolvência.

Portanto, a decisão emanada pelo Juiz ao tratar da destituição do administrador judicial padece de uma boa fundamentação no que toca à justa causa, uma vez que, normatizado pela parte final do n.º 1 do art.º 56.º do CIRE quando for hipótese de justa causa.

Segundo os ensinamentos dos doutrinadores Carvalho Fernandes e João Labareda¹⁹ alegam que:

“Cobrem-se todos os casos de violação de deveres por parte do nomeado, aqueles em que se verifica a inaptidão ou incompetência para o exercício do cargo, traduzidas na administração ou liquidação deficientes, inapropriadas ou ineficazes da massa, e, segundo o entendimento que

¹⁸ O CIRE apresenta duas normas que tratam da destituição dos administrados de insolvência que se encontram no artº 168, nº2 e art.º 169º, entretanto, nenhum desses artigos tratam da justa causa.

¹⁹ *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, p.334, ponto 3.

temos por correto, aqueles que traduzam uma situação em que, atentas as circunstâncias concretas, é inexigível a manutenção da relação com ele e infundada a possível pretensão do administrador de se manter em funções”

Na mesma linha de pensamento, segue também Menezes Leitão ao dizer “que abrange naturalmente a violação grave dos deveres do administrador, mas também quaisquer outras circunstâncias que tornem objetivamente insustentável a sua manutenção no cargo”²⁰. O Tribunal da Relação do Porto proferiu, no dia 04/02/2014, o acórdão, sob o processo nº 197/09.4TYVNGA-AY.P1 que enuncia o seguinte: “o conceito de justa causa, sendo embora vago e indeterminado, pressupõe sempre a prática pelo administrador judicial de uma falta funcional grave, seja ela de ordem técnica ou relacional” da qual a “gravidade deve ser aferida perante o circunstancialismo concreto em que se insere a conduta a avaliar, tendo presente aquilo que, nesse contexto, seria objetivamente exigível a um gestor de bens alheios leal, criterioso, isento e cooperante quer com todos os demais órgãos da insolvência, quer com o tribunal”, Verificamos também no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora do dia 14/09/2017, Processo:744/16.5T8EVR-B.E1, que diante de uma ausência conceito legal o tribunal se baseia em precedentes e ensinamentos doutrinários algumas características que devem existir para se fazer o enquadramento legal da justa causa:

“Como tem sido sucessivamente afirmado em vários arestos, podemos referir, em síntese, «que o conceito de “justa causa” legitimadora da destituição do Administrador Judicial num processo de insolvência se preenche e concretiza: i) com a conduta do administrador reveladora de inaptidão ou de incompetência para o exercício do cargo; ii) ou com a conduta traduzida na “inobservância culposa” dos seus deveres, “apreciada de acordo com a diligência de um administrador da insolvência criterioso e ordenado” (art. 59/1 CIRE); iii) exigindo-se cumulativamente a qualquer dos requisitos anteriores, que tal conduta, pela sua gravidade justifique a quebra de confiança, inviabilizando”

A doutrinadora Maria do Rosário Epifânio, chama atenção para a lei não vincular “qualquer sanção à destituição com justa causa”, propondo a “condenação do administrador à massa insolvente as remunerações recebidas desde a data de início de funções”²¹

²⁰ *Direito da Insolvência*, p. 104, nota 141.

²¹ Manual de Direito da Insolvência

O Estatuto do Administrador Judicial determina no artigo 21.º, n.º 1 e 2, que o juiz deve comunicar a destituição do administrador da insolvência à entidade que supervisiona, fiscaliza os administradores judiciais, que também poderá proceder à abertura de processo disciplinar ou de processo de contraordenação. Todas as partes integrantes do processo, podem denunciar àquela entidade de qualquer incumprimento legal reiterado por parte do administrador dos seus deveres pelos quais esteja responsável na esfera do processo de insolvência, podendo ser penalizado criminalmente pelos atos.

Na hipótese de o administrador da insolvência ser realmente destituído, o juiz substitui por outro AI, podendo ser escolhido o agente que foi por ventura designado pela assembleia de credores, conforme art.º 56.º, n.º 2.

Caso o administrador da insolvência pratique atos que além de constituir elementos que fundamentam a justa causa, execute ações que gerem danos tanto para o devedor e/ou credor. Quais são as consequências? Qual o procedimento a ser adotado? Iremos responder estas e outras questões nos capítulos seguintes quando abordaremos o tema da responsabilidade.

2. O Regime de Responsabilidade

2.1. Breve Síntese

Diante do preceito legal do art.º 59.º, o administrador da insolvência é responsável “pela inobservância culposa dos deveres que lhe incumbem”, consistindo que “a culpa é apreciada pela diligência de um administrador da insolvência criterioso e ordenado”. Por analogia o administrador de insolvência deve agir com o mesmo dever de cuidado dos gerentes e administradores de sociedade, conforme determina o art.º 64.º, n.º 1, alínea a) do CSC, ambos os administradores no cumprimento das suas atividades devem pautar no agir como gestor “criterioso e ordenado no cumprimento de suas diligências”²² como muito bem dito pelo exímio doutrinador RICARDO COSTA.

No entanto, caso o administrador de insolvência não atue com o dever de gestão esperado e não cumpra com suas atribuições previstas na legislação e se essas atitudes acarretem algum tipo de dano para as demais partes do processo, nasce aí o direito da parte lesada requerer que o agente causador seja compelido a ressarcir todo o dano causado, conforme estabelece o instituto da responsabilidade civil, no qual o brilhante doutrinador Mota Pinto²³, elucida com clareza:

“Necessidade imposta por lei a quem cause prejuízos a outrem de colocar o ofendido na situação que estaria sem a lesão. Esta reconstituição da situação em que o lesado estaria sem a infração deve em princípio ter lugar mediante uma reconstituição natural (artigo 566.º, n.º 1 CC). Quando a reconstituição natural não for possível, insuficiente ou excessivamente onerosa, a reposição do lesado na situação em que estaria sem o facto lesivo terá lugar mediante uma indemnização em dinheiro”.

De acordo com a regra prevista no art.º 59.º do CIRE, no contexto do processo de insolvência esta norma deve ser entendida a partir de dois planos distintos; um que tem a ver com a responsabilidade relativa às ações praticadas

²² Costa, Ricardo, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, p. 733.

²³ Carlos Alberto Da Mota Pinto, in *Teoria Geral do Direito Civil*, 2005, 4.ª Ed., Coimbra, pág. 128

pelo administrador da insolvência, em face dos credores tanto da insolvência quanto da massa e do devedor, de acordo com os n.ºs 1 e 2 do artigo supracitado, e o outro plano tem que ser analisado diante dos atos praticados pelos auxiliares, conforme o n.º 3, do mesmo artigo.

A responsabilidade do administrador da insolvência é do género extracontratual do tipo delitual ou aquilina, pois apresenta certa afinidade com o instituto, já que se justifica na violação da lei que regula um direito e a faz com culpa. O doutrinador ANTUNES VARELA²⁴ diz que a responsabilidade extracontratual nasce “da violação de direitos absolutos ou da prática de certos actos que, embora lícitos, causem prejuízos a outrem”, portanto sendo essa a responsabilidade própria do administrador da insolvência, frente aos credores. Contudo, também se fazem necessárias outras condições,²⁵ conforme analisaremos adiante, podemos adiantar que são os mesmos preceitos do regime geral da lei civil, constantes do 483.º, n.º 1 do Código Civil.

O próprio Estatuto do Administrador Judicial no artigo 12.º, n.º 2 ratifica tal entendimento supramencionado: “os administradores judiciais, no exercício das suas funções, devem atuar com absoluta independência e isenção, estando-lhes vedada a prática de quaisquer atos que, para seu benefício ou de terceiros, possam pôr em crise, consoante os casos, a recuperação do devedor, ou, não sendo esta viável, a sua liquidação, devendo orientar sempre a sua conduta para a maximização da satisfação dos interesses dos credores em cada um dos processos que lhes sejam confiados”.

Por esta razão a responsabilidade extracontratual se torna um ponto chave para este estudo, *uma vez que resulta da violação de um dever geral de abstenção contraposto a um direito absoluto*,²⁶ esta modalidade de responsabilidade é que pode recair sobre o administrador da insolvência se este estiver envolvido em casos que lesem os credores por ações resultantes do exercício da sua função profissional que ocorrerem após a sua nomeação,

²⁴ ANTUNES VARELA, in Das Obrigações em Geral, vol. 1, 10.ª Ed., 2008, Almedina, pág. 520

²⁵ Cfr. Ac. TRG de 29-11-2011, proc. 6319/07.2TBBRG-N.G1, que veio dizer que a responsabilidade do administrador da insolvência pela inobservância dos deveres que lhe incumbem depende da verificação dos mesmos pressupostos que se exigem para a responsabilidade delitual, investindo o credor lesado em legitimidade ativa, caso se preencham os mesmos. Este tribunal ainda veio esclarecer que os processos de responsabilidade civil em questão correm por apenso ao processo de falência e são da competência dos juízos cíveis.

²⁶ Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, op. Cit., pág 137.

conforme preconiza o art. 59.º, n.º 4 CIRE. Em termos gerais, podemos falar que esta responsabilidade se efetiva na responsabilidade de compensar o dano que um causa em outro, desde que realizado com o dolo ou mera culpa.

Por força do art.º 59.º n.º 1, a culpa não é presumida e será examinada da mesma forma e pelos mesmos parâmetros aplicáveis na responsabilidade admissível aos gerentes das sociedades comerciais, que devem zelar pela administração criteriosa e ordenada²⁷, conforme determina o art.º 64.º do CSC.

A qualificação da responsabilidade do administrador diante dos credores da massa, segundo o art.º 59 n.º 2, vai resultar das causas do dano que decorre da insuficiência da massa. Contudo, a norma estipula uma ressalva de que não é aplicável a responsabilidade na hipótese de “imprevisibilidade da insuficiência da massa, tendo em conta as circunstâncias conhecidas do administrador e aquelas que não devia ignorar”, devendo esta ser evidenciada pelo administrador da insolvência. Esta ressalva pode ser considerada como uma excludente de responsabilidade civil.

O n.º 3, do artigo supramencionado, trata da responsabilidade do administrador da insolvência no momento que conta com a assistência dos técnicos e auxiliares, podendo eles serem ou não remunerados. É de salientar que a remuneração vai depender de aprovação prévia da assembleia de credores, ou pelo juiz, caso esta não tenha sido constituída. O Administrador de Insolvência responde solidariamente com os seus subordinados, por força do n.º 3 do art. 55.º do CIRE, simultaneamente cria uma exceção ao princípio do exercício pessoal do cargo de administrador da insolvência. A responsabilidade poderá ser excluída se o AI conseguir provar que não praticou o ato com culpa (*in vigilando*), ou que, mesmo que tivesse realizado toda a diligência necessária, não seria capaz de evitar que aquele ato danoso acontecesse.

O prazo prescricional da responsabilidade do administrador da insolvência é de dois anos, que se inicia após a data em que o credor prejudicado tomou conhecimento do ato danoso, porém só pode ser contado até dois anos após o fim do exercício das funções exercidas pelo administrador, conforme determina o art.º 59.º n.º 5 do CIRE.

²⁷ Cfr. JOÃO ANACORETA CORREIA/CARLOS SOUSA BARBOSA, in A Responsabilidade dos Administradores da Insolvência, Revista Actualidade Jurídica (Maio/Agosto de 2009), pág. 126.

Avançaremos com o tema para entender se o regime exposto atende de maneira satisfatória às circunstâncias danosas que podem afetar as esferas jurídicas das partes envolvidas no processo, dos atos praticados na gestão do exercício da função do administrador da insolvência, ou se contém algumas carências que precisam ser revistas pelo legislador

2.2 Responsabilidade profissional e contra-ordenacional

Os atos praticados pelo administrador judicial que estejam em desacordo com a legislação podem levá-lo à sua responsabilização, juntamente ou não com a responsabilidade civil, em termo profissionais, criminais e/ou contra-ordenacional.

Iniciaremos por apresentar de forma concisa os institutos da responsabilidade disciplinar e o da responsabilidade contra-ordenacional.

O primeiro regime advém do incumprimento da norma, podendo ser por ação ou omissão do agente no cumprimento dos deveres que a lei exige de certos profissionais quando fazem parte de uma organização. Portanto ficam obrigados a respeitar as normas específicas no intuito de promover e resguardar o bom desempenho do exercício profissional, assegurando os interesses coletivos da organização em detrimento dos individuais. A responsabilidade disciplinar somente é aplicada por ordem profissional devidamente regulamentada por lei e com normas internas estabelecidas que classificam as infrações passíveis com as suas respectivas sanções disciplinares.

Quanto ao outro instituto advém das regras gerais das contra-ordenações, que são regulamentadas pelo o Decreto-Lei n.º 433/82 de 27 de outubro, que nos traz o conceito de contra-ordenação que é todo fato ilícito e repreensível abarcado por um tipo legal que implique uma coima, que será mensurada conforme a culpa e a gravidade da ilegalidade cometida.

Depois desta breve explicação, analisaremos a aplicação deste instituto face ao administrador judicial, que na sua atuação deve agir com zelo e diligência e colaborar para a satisfação dos interesses dos credores.

No momento em que o administrador judicial não cumpre com os deveres de responsabilidade atribuídos por lei, comete uma infração que pode atingir várias esferas da responsabilidade. No entanto, neste tópico apenas analisaremos de modo breve as infrações disciplinares e/ou contra-ordenacionais.

Serão consideradas transgressões as ações omissivas e ativas do administrador judicial que entrarem em rota de colisão com as normas estabelecidas no seu Estatuto ou no CIRE. Isto quer dizer que se a lei estabelecer um determinado modo de atuar e o AJ operar de forma alheia, ocasionando prejuízos e danos a marcha processual ou aos seus integrantes, será consumada a transgressão e acarretará com a sua penalização, por meio da responsabilidade profissional e/ou contra-ordenacional. Podendo também responder civilmente até ao limite do seu património pessoal, por danos causados.

Vejamos que para aplicação da responsabilidade patrimonial e contra-ordenacional, é essencial que ocorra por parte da entidade profissional responsável a instauração de um procedimento disciplinar, que vai apurar a conduta disciplinar, segundo as normas definidas, e mensurar a penalidade a ser aplicada ao agente.

O CIRE conferiu ao Juiz um rol de poderes de fiscalização, entre eles consta a possibilidade de destituição do administrador judicial em razão da justa causa. A doutrinadora Joana Oliveira²⁸ ensina-nos que o administrador judicial *“pode ser destituído com justa causa a pedido de qualquer interessado (vide artigos 56.º e 169.º).”*

O fato de ser destituído por justa causa, reflete que o administrador judicial violou as suas obrigações funcionais. Diante deste facto, por força do artº. 21.º do Estatuto do Administrador Judicial, o juiz tem que avisar à entidade profissional responsável para instauração do processo disciplinar, havendo alguma aplicação de sanção esta estará prevista no Estatuto do Administrador Judicial e/ou no Estatuto disciplinar do trabalhador em funções públicas.

²⁸ OLIVEIRA, Joana Albuquerque – *Curso de processo de insolvência e de recuperação de empresas*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 55.

De acordo, com o Estatuto do Administrador Judicial, no art.º 17.º e seguintes, encontramos a regulamentação do regime sancionatório que será aplicado, bem como também será aplicável, porém de maneira subsidiária e com as devidas adequações, a norma do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas, Lei n.º 58/2008, de 9 setembro. Estudaremos de maneira abreviada estes dois Estatutos disciplinadores.

O Estatuto do Administrador Judicial, permite à entidade profissional que realize acompanhamentos, fiscalizações e disciplina junto aos administradores judiciais, além de dotá-la de capacidade sancionatória e instrutória nos processos disciplinares e contra-ordenacionais, para a aplicação de sanções diante das transgressões cometidas durante o exercício da sua função. Após o processo disciplinar instaurado ou o contra-ordenacional é garantido e assegurado o direito de audição prévia do agente, e, posteriormente, se for constatada a culpabilidade do agente esta entidade poderá aplicar uma ou mais das seguintes sanções:

- A. Suspensão preventiva até à decisão do processo;
- B. Admoestação, por escrito, caso se trate de violação de forma leve dos deveres profissionais;
- C. Aplicação de coimas que podem ir desde € 500 a € 25 000, no caso de negligência e de € 1 000 a € 50 000, no caso de dolo (artigos 18.º e 19.º);
- D. Aplicação, cumulativamente com as coimas, de uma ou várias, das sanções acessórias seguintes:
 - Apreensão e perda do objecto da infracção;
 - Interdição temporária da atividade de administrador judicial;
 - Inibição do exercício de funções de administração, direção, chefia, ou fiscalização de quaisquer pessoas colectivas e, em geral, de representação de quaisquer pessoas ou entidades;
 - Publicação da infração aplicada;

O Legislador preocupou-se em garantir uma maior amplitude das coimas abarcando mais situações, aumentando o seu valor com a formulação do novo Estatuto, como podemos ver no art.º 19.º n.º 3 e 4, quando regulamenta que a

*violação de qualquer dever de informação previsto no presente estatuto ou na lei a cujo cumprimento esteja adstrito o administrador judicial constitui contra-ordenação punível com coima de € 1 000 a € 50 000. A violação de qualquer outro dever previsto no presente estatuto ou na lei a cujo cumprimento esteja obrigado o administrador judicial constitui contra-ordenação punível com coima de € 1 000 a € 25 000.*²⁹

O administrador judicial, com o advento do novo Estatuto, passou a ter muito mais situações com que se preocupar devido ao alargamento do rol sancionatório, exigindo uma maior cautela e cuidado do profissional, uma vez que ficou mais exposto às novas normas sancionatórias do que no anterior regime. Isso faz com que o profissional tenha que atuar com a máxima cautela a fim de evitar descuidos para não ser penalizado, o que é uma tarefa árdua e complexa, pois este profissional está envolto em muitas atribuições e responsabilidades.

Diante da situação de violação de certa norma jurídica a qual o administrador judicial tinha o dever de cumprir e não o fez, a entidade responsável pelo acompanhamento, fiscalização e disciplina dos administradores judiciais irá iniciar um processo de investigação com vista a sancionar o incumprimento ocorrido.

A aplicação do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas que é aplicado subsidiariamente ao administrador judicial também contempla um regime punitivo para as transgressões realizadas, por atos omissivos ou de ação, em desrespeito aos deveres gerais ou especiais advindos dos exercícios da função, os deveres de prossecução do interesse público, de imparcialidade, de informação, de zelo, de obediência, de lealdade, de correção, de assiduidade e de pontualidade (artigo 3.º). No caso de incumprimento destas normas o profissional pode ser sancionado com uma pena de repreensão escrita, multa, suspensão ou demissão. Conforme estabelecido no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 58/200/ de 9 setembro.

Podemos afirmar que com o advento no novo Estatuto do Administrador Judicial reformulado e com um aumento e alargamento do sistema punitivo e

²⁹ Artigo 19º, da L 22/2013. *D.R. I Série*. (2013-02-26) 1126-1133.

também com a novidade da aplicação subsidiária do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas veio trazer ainda mais firmeza nas sanções.

Para finalizarmos esta análise superficial do estudo da responsabilidade profissional do administrador judicial, vejamos, a Comissão de Apreciação e Controlo da Actividade dos Administradores de Insolvência (CACAAI), sendo instituída por meio do CIRE – Lei n.º 32/2004, de 22 de Julho, para ser responsável pela instituição de gestão do exercício profissional do administrador da insolvência. Tendo sido conferido entre outros poderes, fiscalizar controlar o exercício de administrador da insolvência, iniciar processos de disciplinares e aplicações sancionatórias aos seus profissionais, conforme estipulado no art.º 15.º do Estatuto.

2.3 Responsabilidade tributária

Acerca do instituto que iremos estudar, encontraremos um campo de imensas controvérsias e discórdia entre a Autoridade Tributária e Aduaneira e a entidade patronal dos administradores judiciais.

Conforme, o entendimento doutrinador José Manuel Teixeira, o administrador também possui as mesmas responsabilidades imputadas aos liquidatários das sociedades comerciais e dos seus sócios. No momento em que o administrador da insolvência é nomeado para atuar no processo de insolvência, além de contrair as funções inerentes ao seu cargo, conforme estipulado pelo Estatuto e o CIRE, também são contraídas as responsabilidades correspondentes aos liquidatários destinados a tratar da liquidação de uma sociedade comercial após dissolução por vontade dos seus titulares.

O Autor defende que *“a declaração de insolvência de uma sociedade comercial é causa imediata de dissolução, mas a dissolução não causa a sua imediata extinção antes implica um estágio intermédio que é a sua liquidação e a sua extinção fica concluída com o registo e encerramento da liquidação”*.³⁰

Cumprе ressaltar, que a personalidade tributária de uma sociedade permanece de maneira absoluta mesmo com a declaração da insolvência.

³⁰ TEIXEIRA, José Manuel – *Formação segmentada curso SEG2610 processo de insolvência*. Lisboa. OTOC – Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, 2010, p. 104 e 107-108.

Durante o processo de liquidação as obrigações tributárias que forem constituídas serão cabíveis à empresa, conforme prevê o CIRE.

Quanto à personalidade jurídica da sociedade empresarial, Joaquim Alexandre Silva³¹ ensina-nos que, mesmo a empresa tenha sido extinta por razões decorrentes da decretação da declaração de insolvência, esta não terá a sua personalidade jurídica dissolvida, uma vez que as restrições à declaração determina não têm efeito nesse plano.

Vamos tratar das normas jurídicas que colocam fim à responsabilidade tributária do administrador judicial. Será analisado o CIRE, o Estatuto do Administrador Judicial.

Além disso, cumpre salientar que o trâmite do processo de insolvência caminha por todo o ordenamento tributário, passando pela Lei Geral Tributária, pelas codificações dos impostos sobre o rendimento, atravessando os procedimentos e processos tributários, ademais, há que se valer das doutrinas para servirem de orientações quanto às normas tributárias pelos administradores judiciais, no que respeita as obrigações acessórias existentes.

Daremos início pelo CIRE, onde podemos constatar, em pelo menos oito dos seus artigos, referências à responsabilidade tributária do administrador judicial.

Conforme o art.º 13.º, atribui-se às entidades públicas titulares de crédito de um insolvente o direito à representação pelo Ministério Público. (MP). Desta forma, o Ministério Público, após a declaração de insolvência, é notificado para apresentar reclamação, nos autos do processo de insolvência, caso exista crédito do Estado.

Já o art.º 51.º deixa claro o que são as dívidas da massa insolvente e na alínea d) trata das dívidas oriundas do exercício do administrador da insolvência no cumprimento da sua atividade. Pois bem, entendemos que aqui se encaixa perfeitamente o exemplo do IVA na hipótese de venda de algum bem da massa e das contribuições para o instituto da segurança social na eventualidade do

³¹ SILVA, Joaquim Alexandre – *IRC/2012 – Determinação da matéria colectável e cálculo do imposto*. Maia. APECA – Associação Portuguesa das Empresas de Contabilidade e Administração, 2013, p. 189.

administrador judicial decidir continuar com algum trabalhador ou haver a necessidade de contratação de novos colaboradores para a massa.

Os doutrinadores Carvalho Fernandes e João Labareda³² seguem o conceito de que em determinados processos de insolvência permanece a entidade em exercício empresarial e por decorrência *todas as dívidas de funcionamento da empresa nascidas no período posterior à declaração de insolvência – dívidas laborais, fiscais, presidenciais, bancárias, de fornecimento, etc. -, por serem consideradas dívidas da massa insolvente (...).*

Por essa razão entendemos que, se as dívidas são da massa insolvente, por consequência será da responsabilidade do administrador judicial em resolvê-las.

O Professor Dr. Silva Viera³³ esclarece-nos que o art.º 59.º expõe que “*a nova lei clarifica que os administradores da insolvência não podem ser responsabilizados por factos ocorridos antes da declaração de insolvência e, concomitantemente, da sua nomeação*”. Portando, temos a impressão que o legislador pretendeu restringir, também, a responsabilidade tributária do administrador aos atos praticados somente após a declaração de insolvência da empresa, que poderão ser facultados à sua responsabilidade.

Acresce que, a reformulação realizada pela reforma legislativa do CIRE, em 2012 (L16/2012, de 20 de abril), o artigo 65.º, n.º 2, apresenta uma inovação relevante ao estipular que com a definição pela assembleia de credores do término da atividade da empresa liquidam-se as obrigações declarativas e fiscais.

O art.º 92.º, trata das contribuições para segurança social e das dívidas de imposto, que possuem um plano de regularização em trâmite, para determinar o vencimento dos pagamentos juntamente com a declaração da insolvência.

Segundo o art.º 267.º, são consideradas dívidas da massa insolvente todas as despesas que envolvam emolumentos de registos dos despachos e de sentenças proferidas.

³² Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João – *Código da Insolvência...*, p. 239.

³³ VIEIRA, Nuno da Costa Silva – *Insolvência e processo de revitalização*. Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 22

No art.º 268.º, foram estabelecidos benefícios pertinentes a impostos sobre o rendimento de pessoas singulares e coletivas, por meio de não tributação em imposto quando recaia sobre as seguintes situações: mais-valia ocorrida pelo efeito da dação em pagamento e quando ocorre alterações patrimoniais positivas oriundas de variações das dívidas planeadas em um plano de insolvência ou de pagamento.

No art.º 269.º o código traz amparo ao benefício que concedido ao imposto de selo (IS). Desta forma, ficam isentos de tributação determinados atos jurídicos realizados no campo dos planos de insolvência ou pagamentos que já foram encaminhados para liquidação da massa insolvente. Esta norma enumera um pequeno rol de atos que não estão sujeitos à tributação, deixando os demais com a obrigação de pagamento, e por isso o administrador judicial fica responsável pelo pagamento.

Por fim, temos o art.º 270.º, que traz consigo o benefício relacionado ao imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis, (IMT), desde que estejam contempladas no plano de insolvência ou de pagamento, deixando claro quais os atos jurídicos de transmissão que estão isentos de pagamento. Sendo os seguintes três casos singulares: na hipótese de constituição de uma nova empresa na circunstância de realização do seu capital; quando houver um aumento de capital da sociedade insolvente; e nas situações que houver dação em cumprimento de bens da empresa e cessão de bens aos credores. Desta forma, também no IMT há atos jurídicos de transição onerosa de imóveis que estão suscetíveis à tributação que serão de responsabilidade do administrador judicial em sede de responsabilidade tributária.

Sendo assim, e diante da ausência de uma norma regulatória no CIRE, no que diz respeito ao IVA, podemos concluir que não foi atribuído à massa insolvente qualquer tipo renúncia fiscal pelo estado. Grande parte das operações praticadas no âmbito da administração da massa insolvente vai estar sujeita a aplicação do regime do IVA. Portanto, quando houver necessidade de o administrador judicial realizar alguma transação que envolva algum bem da massa insolvente que realizar o pagamento do imposto ao Estado, pode ser responsabilizado tributariamente na situação de incumprimento do pagamento do imposto.

No que toca às contribuições para a segurança social, na hipótese de deliberação por parte da assembleia de credores, entende-se que é melhor que sejam mantidos os trabalhadores ou parte deles, conferindo a obrigação da sociedade de fazer o pagamento das contribuições referentes aos trabalhadores.

Com o advento do Estatuto do Administrador Judicial, que trouxe em seu art.º 12.º, os encargos a serem respeitados pelo do administrador judicial de insolvência, não abordou a questão da obrigação tributária. Além de não ter uma obrigação tributária no artigo supracitado, não consta nos demais artigos do Estatuto qualquer referência à responsabilidade tributária. Seria louvável que o legislador ao elaborar o código tivesse inserido qualquer menção à responsabilização do administrador no caso de incumprimento tributário.

2.4 Responsabilidade Criminal

A partir do momento em que as pessoas escolheram viver em sociedade surgiu a necessidade de se criar uma entidade capaz de administrar e gerir problemas oriundos dessa sociedade, portanto formou-se o Estado, que conseqüentemente criou e desenvolveu leis para punir os infratores e proteger os interesses que própria sociedade elege como algo comum aos seus integrantes. Neste contexto, o Estado passou a determinar que certos tipos de ações são tidos como indevidos (crimes) e passou a definir punições para quem as cometesse. A eximia doutrinadora Dra. Leticia Costa Marques³⁴ nos traz um conceito interessante nesse tocante.

“De um modo global, os crimes de insolvência visam a tutela das expectativas creditícias, estimulando a probidade da administração da massa insolvente, bem como favorecendo, a título preventivo a adoção de comportamentos corretos, por parte de todos os intervenientes no processo de insolvência. Além disso, visam igualmente garantir um adequado processamento das medidas aplicadas antes, durante e após a declaração de insolvência³⁵. Efetivamente trata-se de verdadeiros crimes, com a mesma configuração dedicada às infrações

³⁴ COSTA, Leticia Marques, A insolvência de Pessoas Singulares, Almedina, 2021, pp 367.

³⁵ CAEIRO, Pedro, Sobre a natureza dos crimes falências (O patrimônio, a falência, a sua incriminação e a reforma dela), in boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica n.º 19, Coimbra Editora, 1996, p 363.

penais (circunstâncias agravantes e atenuantes, prescrição, agentes do crime...)”

Antes de iniciarmos a breve análise da responsabilidade criminal, cumpre ressaltar o conceito e o momento no qual nasce. A responsabilidade criminal manifesta-se na aplicação de uma pena ao autor do facto criminoso. A pena, (...) traduz a produção de um mal a sofrer pelo agente criminoso, com a finalidade de retribuir o mal causado à sociedade com a infracção, de intimidar as outras pessoas, mostrando-lhe como a sociedade reage ao crime (...) e de impedir o próprio infractor de cometer novas infracções.³⁶

O Código Penal (CP), traz no seu preâmbulo na parte geral item 4, um fragmento do conceito da responsabilidade criminal ao dizer que o agente deve ser punido quando tiver compreensão que os atos que praticou são ilícitos. Além disso no item 25, o legislador apresenta a essência da sua vontade ao afirmar que o Direito Penal sempre deve procurar atuar como *ultima ratio*, permitindo que os seus operadores sempre tentem utilizar todos as maneiras possíveis e disponíveis para que ocorra a composição do litígio, sem se ter que recorrer ao Direito Penal.

O Código penal estabelece nos três primeiros artigos os princípios gerais. O primeiro é que o agente só será penalizado criminalmente quando o fato praticado for tipificado e constituído passível de aplicação de pena por uma Lei que seja anterior ao momento da sua ação. Segundo, quando as sanções forem estipuladas por lei também anteriormente à sua ação. Por último, é que o fato delituoso será tido como realizado no instante em que a pessoa realizou, e na hipótese de ter ocorrido uma omissão, no momento em que deveria ter praticado. A brilhante doutrinadora Dra. Leticia Costa³⁷ nos apresenta alguns crimes tipificados no Código Penal relacionados com a insolvência, vejamos.

“O Código Penal de 1995 (na ultima redação conferida pela Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto) prevê um elenco de crimes insolvências³⁸, crimes de insolvência dolosa (artigo 227.º do CP); crime de frustração de créditos (artigo 227.º - A do CP); crime de insolvência negligente (artigo 228.º do CP); e crime de favorecimento de credores

³⁶ Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota – Teoria Geral do Direito Civil. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 131.

³⁷ COSTA, Leticia Marques, A insolvência de Pessoas Singulares, Almedina, 2021, pp 366.

³⁸ Sobre esse tema, vide LEITÃO, Luís Menezes, Direito Da Insolvência, op cit., pp370, ss., e EPIFÂNIO, Maria do Rosário, Manual de Direito da Insolvência, op cit., pp 124, ss.

(artigo 229.º do CP). No CIRE, temos também os artigos 297.º a 300.º que regem a “indicação de infração penal”. Desta forma, efetiva-se a repressão penal de determinadas condutas, em consonância com a natureza subsidiária do Direito Penal, assumindo, por sua vez, o respeito pelos principais fundamentais da legalidade criminal e da culpa.³⁹”

O CIRE e o EAJ, não possuem normas específicas e objetivas quanto à responsabilização criminal do administrador judicial. O art.º 63.º do CIRE, apresenta uma possibilidade da responsabilidade criminal do administrador no momento em que ele deixa de cumprir com um dos seus deveres funcionais ao não apresentar as contas que deveria no prazo que deveria. No entanto, entendemos que existem mecanismos no código que permitem que essa responsabilização por práticas de ações ilícitas seja realizada.

Em uma determinada situação, um administrador judicial teve que representar uma empresa que enfrentou um processo criminal, que visa apurar fatos irregulares praticados anteriormente à instauração do processo de insolvência. Embora o administrador judicial tenha sido nomeado somente na fase processual, faz com que não tenha qualquer tipo de conhecimento sobre os atos ou irregularidades praticadas pelos antigos gestores da sociedade.

No julgamento do processo criminal, no qual o administrador judicial representa a empresa perante o Tribunal de 1ª Instância, foi constituído como arguido e condenado com uma medida de coação, o termo de identidade e residência, também conhecido por (TIR). Irresignado apresentou recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa,⁴⁰ que no seguinte acórdão apresentou suas razões:

“A constituição de arguido e o termo de identidade e residência constituem actos processuais com carácter próprio e pessoal tão acentuado - porque deles emergem direitos e deveres - que a sua aceitação, em representação da insolvente/arguida, exorbita a natureza exclusivamente patrimonial das funções do administrador de insolvência. IIº Assim, não cabe no âmbito das funções do administrador de insolvência, aceitar a constituição como

³⁹ PALMA, Maria Fernanda, Aspectos penais da insolvência e da falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n.º 2 vol. XXXVII, (1995), pp 37-38.

⁴⁰ Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, relator do processo: Paulo Barreto no processo n.º 142/10.4IDSTB-A.L1-5, de 13-09-2011 e publicado em www.dgsi.pt.

arguido e assinar o termo de identidade e residência, em representação de pessoa colectiva insolvente, em processo cuja responsabilidade criminal resulta de factos anteriores ao processo de insolvência.”

Os juízes do Tribunal da Relação entenderam que não cabia ao administrador judicial ser constituído na figura de arguido e, por consequência, foi revogada a sanção aplicada, ficou entendido que tal situação somente se aplicava aos gerentes e administradores que realizaram os atos ilícitos que derivaram da instauração do processo crime.

Tal entendimento vem corroborar a ideia na qual a responsabilização só pode ser aplicada ao administrador judicial quando este tiver sido o autor dos fatos ilícitos, muito menos receber qualquer tipo de medida coesiva.

Diante desta esteira, temos o art.º 63.º do CIRE, que determina que em caso do administrador judicial não cumprir com a obrigação de prestação de contas corre o risco de poder ser responsabilizado civil e criminalmente. Este artigo é um dos poucos que aborda a questão criminal no CIRE.

Diante destas circunstâncias, os brilhantes professores Carvalho Fernandes e João Labareda⁴¹ entendem e sustentam a ideia de que a responsabilidade criminal advém “*de desobediência à notificação para prestação forçada*”. No entanto, defendem também que o administrador judicial pode ser indiciado por delitos criminais oriundos dos seus atos que não se relacionam diretamente com a falta de prestação de contas.

Por fim, é importante lembrar que o administrador judicial é passível também de responsabilização pelos crimes descritos no Código Penal que possuam relação com os seus atos praticados no exercício de sua função. Portanto, o sistema punitivo está bem assegurado e resguardado pelo sistema atual, poderia existir algumas melhorias pontuais que visassem proporcionar um pouco mais de segurança jurídica, contudo, em termos gerais o sistema se encontra bem balanceado e apto a aplicar as medidas cabíveis.

⁴¹ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho; LABAREDA, João – Código da Insolvência..., p. 288.

2.5 Responsabilidade Civil

2.5.1 O artigo 59.º do CIRE

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), em seu art.º 59.º, n.º 1, regulamentou a aplicação da responsabilidade procedente do incumprimento culposos dos deveres inerentes do administrador da insolvência, com CIRE.

“O administrador da insolvência responde pelos danos causados ao devedor e aos credores da insolvência e da massa insolvente pela inobservância culposa dos devedores que lhe incumbem; a culpa é apreciada pela diligência de um administrador da insolvência criterioso e ordenado.”

Ao analisarmos o art. 59.º, n.º 1 do CIRE em paralelo com o art. 483.º do Código Civil, é notável a equivalência entre ambas, podemos assim dizer que o CIRE foi beber na fonte do Direito Civil para tirar elementos de forma a sustentar e clarear os entendimentos no requisito da responsabilidade, trazendo consigo o a natureza aquiliana ou extracontratual, no caso dos danos causados pelo administrador da insolvência.

A doutrina portuguesa não conseguiu encontrar um consenso na questão relativa à equivalência deste modo de responsabilidade na esfera da responsabilidade civil perante os credores. Contudo, entendemos que é mais adequado e cabível que a responsabilidade do administrador da insolvência por atos próprios seja conceituada conforme a responsabilidade civil extracontratual nas ocasiões que ocorram fatos ilícitos, diante dos credores relativos à massa e a insolvência.

É importante salientar que a responsabilidade deriva das atividades oriundas do administrador da insolvência, que alvorece no momento em que ocorre a nomeação para o cargo, afastando assim qualquer chance de que a responsabilidade obrigacional seja utilizada pois o seu conceito jurídico não se enquadra com o objeto da questão. Portanto, neste momento ocorre uma dicotomia na teoria da reponsabilidade, na qual fica afastada a tese da responsabilidade obrigacional, pois a sua natureza jurídica nada tem a ver com

a situação, não sendo por isso, aceita, haja vista que o seu conceito não coaduna com a realidade. Uma vez que ocorra por parte do administrador da insolvência qualquer tipo de dano ou prejuízo a terceiros, à esfera jurídica dos demais participantes do processo de insolvência, causado por incumprimento de deveres por ação ou omissão, impostos por lei e não por contrato. O administrador da insolvência executa atividades pois foi designado por um juiz e não porque pactuou a sua atividade laboral com um terceiro por meio de contrato.

Em síntese, podemos afirmar que estamos diante de uma responsabilidade funcional ou orgânica, iniciada pela transgressão culposa de obrigações a que os administradores de insolvências estão relacionados, por serem considerados como órgão de um processo e têm o encargo de administrar meticulosamente o património do devedor para melhor interesse dos credores. De destacar que a referida responsabilidade é também subjetiva, uma vez que necessita da culpa do administrador que, por consequência lógica, a responsabilidade objetiva não advém da culpa e é somente aceite em determinadas situações legalmente regulamentadas como no caso descrito no art. 483.º, n.º 2 do CC.

2.5.2 Âmbito de aplicação subjetiva – legitimidade ativa

Ademais o art.º 59.º n.º 1 do CIRE, destina-se ao devedor e ao credor que figura tanto na insolvência quanto na massa insolvente que é o foco do nosso estudo. O legislador ao elaborar a norma do n.º 1, objetivou aproximar-se das partes integrantes do processo de insolvência, criando assim um rol taxativo e um regime de responsabilidade civil privativo para as partes integrantes do processo. Todavia, mesmo tendo o legislador criado um sistema de proteção exclusivo para as partes envolvidas diretamente com o processo de insolvência, não significa que os demais, terceiros que não integram o processo, se sintam prejudicados por atos praticados pelos administradores de insolvência e fiquem impedidos de requerer que este seja responsabilizado pelos danos causados.

Na eventualidade do terceiro ausente do processo de insolvência conseguir satisfazer todos os requerimentos da responsabilidade civil da lei civil poderá utilizar-se desse instituto como arma para ressarcimento dos danos que

porventura tenha suportado pela violação culposa dos deveres do administrador da insolvência.

Analisaremos quem são os credores passíveis de compor o quadro subjetivo da norma jurídica dos artigos 47.º e 51.º do CIRE, onde serão caracterizados conforme o posicionamento na norma correspondente, sendo eles credores da insolvência e credores da massa de insolvente.⁴²

Conforme prevê o n.º 1 do art. 47.º do CIRE, este dispõe: “*todos os titulares de créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente, ou garantidos por bens integrantes da massa insolvente, cujo fundamento seja anterior à data dessa declaração são considerados credores da insolvência, qualquer que seja a sua nacionalidade e domicílio*”. Vale a pena lembrarmos o conteúdo de direito da insolvência que versa sobre o instituto de credores e suas classificações e nomenclaturas, *os garantidos e privilegiados, os subordinados e os comuns*.⁴³

Em relação aos credores relativos da massa insolvente, o legislador os consagrou por meio das cláusulas dos artigos 51.º, 93.º e 102.º do CIRE, além de algumas outras, situações nas quais eles são encontrados, importando lembrar que o administrador da insolvência pode ser colocado neste rol, no que toca ao seu soldo e às despesas que ocorram no exercício da sua função.

2.5.3 Os pressupostos formais da responsabilidade extracontratual do n.º 1 do art. 483.º do Código Civil

A responsabilidade extracontratual do administrador da insolvência acompanha o instituto clássico da responsabilidade civil, que qual traz na sua essência uma diferenciação entre os seus elementos: fato, ilicitude, culpa, dano e nexó de causalidade.

⁴² Cumpre salientar que os credores que estão relacionados com a massa insolvente têm preferência no recebimento na liquidação dos bens constituintes da massa insolvente, conforme reza os artigos 46.º, n.º 1 e 171.º, n.º 1 do CIRE.

⁴³ Os créditos da classe garantido ou privilegiado apresentam como característica as garantias reais, englobando privilégios creditórios especiais e gerais, sendo que esse último recai sobre os bens que compõe a massa insolvente, perfazendo a soma total relativa à quantia dos bens objetos das garantias ou dos privilégios gerais, podendo ser considerada possíveis onerosidades prevalecentes (art.º 47º, n.º 4 al a). No art.º 48º, encontramos os créditos subordinados, sendo excluídos aqueles que se favorecem de privilégios creditórios gerais ou especiais, hipotecas legais, não sendo encerradas pelos efeitos emanados da declaração de insolvência. Por fim, temos os créditos que não se enquadram nas demais categorias.

Desta forma, é necessário que o lesado consiga juntar todos os elementos que compõem o instituto da responsabilidade para que ele consiga utilizar esta ferramenta, ao pleitear uma reparação do dano que porventura tenha sofrido.

O ilustre doutrinador Mario Almeida Costa, nos ensina que o “facto voluntário” é um facto que *“viola um dever jurídico de não intromissão na esfera de outra pessoa, titular do correspondente direito absoluto, mas também um facto negativo ou omissão pode ocasionar danos”*⁴⁴

De acordo com o pressuposto, para que se consiga responsabilizar o administrador por meio do instituto da responsabilidade civil é necessário que o indivíduo realize uma ação, podendo ela ser voluntaria ou não, e que esse ato advenha de uma ação ou de uma ausência de ação que deveria ter sido realizada e não foi, no caso uma omissão⁴⁵. Podemos exemplificar a explicação anterior com a atitude voluntária positiva em que o administrador da insolvência realiza a alienação de um bem a um terceiro por um valor inferior ao real preço do bem, já a atitude omissiva pode se demonstrar através da ausência e não promoção de alienação de bens deterioráveis, que se não vendidos se perderão, trazendo prejuízo para a massa insolvente, ela advém do ato de agir ou de realizar algo não que foi feito da forma que deveria.⁴⁶

A ilicitude do ato é constatada quando a ação realizada é praticada contra as normas de direito ou quando violam o direito de outrem. A ilicitude corresponde à violação de um dever jurídico.⁴⁷. Desta forma, no momento em que o Juiz avalia a atuação do administrador, averigua se foi cumprido o dever funcional ou não, para realizar o enquadramento no pressuposto. É necessário que haja a satisfação de três requisitos essenciais:

- ✓ Ofensa dos direitos alheios do sujeito ou abuso de uma norma legal;
- ✓ A tutela dos interesses privados está entre os fins da norma violada; e

⁴⁴ Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, in Direito das Obrigações, 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2013, pág. 559.

⁴⁵ Cfr. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, in Das Obrigações em Geral – vol. I. 10.^a Ed., Coimbra, 2008, pág. 528. Na visão do autor que entende a omissão como sendo uma “pura atitude negativa”, pois não gerar um dano físico ou material ao ofendido, este dano por servir como base de fundamentação para a responsabilização civil, sempre que esta conduta omissiva implicar na consecução do ato lesivo, em razão de haver um “dever especial de praticar o ato”.

⁴⁶ Cfr. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, op. Cit., 2009, pág. 271.

⁴⁷ ALMEIDA COSTA, op. Cit., pág. 561.

- ✓ A violação que foi cometida no âmbito dos interesses privados que a norma visa resguardar.⁴⁸

O instituto da responsabilidade civil extracontratual por atos ilícitos classifica a culpa como dolosa ou culposa, no qual a atuação do sujeito sofrerá algum tipo de reprovação ou censura diante da ação realizada, já no caso da responsabilidade aquiliana a culpa admitida nesse instituto é sempre subjetiva. A norma expõe um “incumprimento culposos das obrigações” pela natureza dos poderes do administrador serem de razões funcionais e estarem destinados a um determinado objetivo específico para quais foram concebidos pelo tribunal que o constitui, para que haja a concretização dos interesses dos credores.

Em relação ao instituto da culpa, a doutrina apresenta um vasto e amplo campo de conceitos relativos a essa questão, como veremos a seguir.

O grande doutrinador Manuel de Andrade, entende que a culpa grave é uma negligência grosseira escandalosa e intolerável, que é cometida por um sujeito com demasiada negligência nas suas ações; a culpa leve é entendida como uma negligência que não se submete ao *bonus pater familias*; já a culpa levíssima é vista como sendo um ato de negligência em que só não realiza um sujeito extremamente cuidadoso, um *diligentissimus pater familias*⁴⁹.

Já no conceito de outro grande doutrinador português Antunes Varela, possuir culpa advém de ter atitude que faz jus a reprovação ou censura do direito. O comportamento do sujeito é censurável mediante as suas capacidades em situações análogas e entende-se que ele teria atuado de modo diferente⁵⁰. No artigo 59.º, n.º 1, segunda parte, é mencionado de forma expressa o modelo de análise da culpa o qual determina um parâmetro de análise de comportamento esperado do administrador da insolvência, como sendo criterioso e ordenado, diante de do critério do *bonus pater familias*, conforme o padrão escolhido como regra do direito da insolvência. Segundo nos ensina o doutrinador Brandão Proença, a culpa em abstrato concerne em um “modelo abstracto”, de uma tese ética, que se molda as conjunturas do caso em tela.⁵¹

⁴⁸ ANTUNES VARELA, op. Cit., págs 539, 540 e 563.

⁴⁹ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, in Teoria Geral da Relação Jurídica Vol. I, 1997, Almedina, pág 342.

⁵⁰ Cfr. ANTUNES VARELA, op. Cit., pág. 562.

⁵¹ Cfr. BRANDÃO PROENÇA, in Direito das Obrigações – Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino da disciplina, 2007, Coimbra Editora, pág. 186.

O sentido da norma que advém do art.º 59.º do CIRE, carece ser muito sensato e oportuno para a situação da qual regula, uma vez que a diligência exigida do administrador da insolvência deve ser realizada de maneira abstrata, no cumprimento de suas atividades funcionais. Já que, caso não fosse dessa forma, poderiam ser requeridos graus de diligência destintos de cada administrador de insolvência atuantes nos processos de insolvência, o que implicaria diretamente na questão de prova e que iria trazer um caos e enormes prejuízos na questão da responsabilização, fazendo assim com que houvesse um favorecimento dos profissionais desqualificados. Conforme o doutrinador Antunes Varela, nos ensina a culpa em concreto está relacionada com a diligência com que o sujeito utiliza para realizar os seus atos, para os quais, via de regra, é apto, indo de encontro à culpa em abstrato, na qual se utiliza a referência de um homem médio que possui uma sagacidade, prudência e cuidado em níveis normais.⁵²

Desta forma, compreendemos que o dever de diligência não pode estar restrito ao modelo do *bonus pater familias*, de um homem médio. Entendemos que o padrão de diligência exigido para um administrador da insolvência deve ser um patamar mais elevado, pois este possui um grau de qualificação profissional elevado e específico. O doutrinador Brandão Proença aborda um conceito interessante sobre a questão relativa ao aspecto da característica do homem médio:

“a diligência de um bom pai de família, designa o homem sui iuris que tem livre administração do seu património e a plena responsabilidade dos seus atos, administrando diligente e cuidadosamente as suas coisas. Esse homem médio ou normal, a concretizar em cada domínio profissional e em cada escalão estatutário, é não só um padrão de homem cuidadoso, zeloso, mas também competente, informado, bem-preparado, apto”⁵³.

Os doutrinadores portugueses Carvalho Fernandes e João Labareda, comentam que a doutrina tem usado a analogia para comparar o critério de diligência requerida ao administrador da insolvência com o requisitado ao administrador da sociedade comercial, equiparando os dois institutos, conforme prevê art. 64.º, n.º 1 do CSC. Os doutrinadores apontam que a função a ser

⁵² Cfr. ANTUNES VARELA, *ibidem*, pág. 574. No caso, de um administrador da insolvência criterioso e ordenado.

⁵³ Cfr. BRANDÃO PROENÇA, *op. Cit.*, pág. 186.

cumprida pelo administrador da insolvência é a busca para a realização dos interesses dos credores, e desta forma, chamam a atenção para o dever do juiz ponderar se a atitude tomada pelo administrador da insolvência foi a mais sensata e viável, diante das que existiam, para a satisfação do crédito e administração dos bens. Esta análise é de vital conveniência, uma vez que este órgão possui um vasto leque de atitudes que pode ser tomada diante desta circunstância⁵⁴.

Podemos constatar, numa análise mais subjetiva e profunda, que o preceito não demonstra explicitamente a existência de uma culpa gradativa, que advém de uma das modalidades do dolo, sendo elas o direto, necessário e eventual, e no caso da negligência ela pode ser caracterizada de forma consciente ou inconsciente. De acordo com o doutrinador Antunes Varela, o dolo é caracterizado por meio do ato praticado pelo sujeito mediante plena consciência das consequências derivadas do ato ilícito, um típico caso de dolo direto. No entanto, caso o sujeito realize um ato e ele não tenha a intenção direta de que este ato seja uma ação ilícita, mas presumiu que sua consequência poderia ter algum caráter de ilicitude como resultado final, estamos diante dolo necessário.

Já quando o sujeito não previu o resultado e estes estão relacionados com a eventualidade e condições incertas, ocorre o dolo eventual.⁵⁵ Expõe o doutrinador que o ato omissivo na diligência do autor floresce da culpa ou negligência, enquadrando-se aqui as situações nas quais o autor pressupõe o resultado do fato ilícito, mas por imprudência, negligência e imperícia, não acreditando na possibilidade do seu acontecimento, não tomar as devidas medidas necessárias para impedir sua realização.⁵⁶

É de sua importância mencionar que para configurar a culpa, o administrador da insolvência deve estar com suas faculdades mentais em perfeito estado, podendo ser considerado imputável.

O CIRE no seu artº. 59.º, n.º 1, não consagrou a culpa como sendo presumida, devendo o sujeito lesado constituir os meios de prova legais para

⁵⁴ CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, op. Cit., 2.ª Ed., 2013, pág. 359.

⁵⁵ ANTUNES VARELA, op. Cit., pág. 570.

⁵⁶ ANTUNES VARELA, op. Cit., pág. 573.

substanciar os fatos constitutivos do seu direito, conforme prevê art. 487.º, n.º 1 Código Civil, como mencionado anteriormente estamos diante da necessidade do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil para que o administrador da insolvência possa responder ilimitadamente com todo seu patrimônio até à constituição do dano causado. O legislador ao elaborar esta norma inspirou-se no art.º 342 do Código Civil, que representa tudo que falamos acima.

O dano é um elemento que compõe os pressupostos processuais da responsabilidade objetiva e subjetiva, sendo um elemento essencial, pois ele corresponde à modificação negativa que acontece nos bens ou interesses do sujeito, podendo ser patrimoniais ou não, em razão de um ato positivo ou negativo de um outro sujeito, da qual a norma pretende resguardar. Desta forma, o dano é uma lesão praticada na esfera jurídica dos direitos de outrem.

No que concerne à responsabilidade do administrador da insolvência perante os credores, destacam-se os danos patrimoniais sobre os bens destes, pois, são estes que tiveram alguma diminuição nos seus bens, por força de um ato praticado pelos interesses estipulados por uma norma. Na realidade pode ser um caso no qual é recebido um valor menor em relação ao que era esperado receber, se não tivesse ocorrido a conduta lesiva do sujeito⁵⁷. Os atos lesivos do administrador da insolvência durante a sua atuação no processo podem ser tanto de natureza direta, quando ocorrem de imediato a partir do ato ilícito, e os danos indiretos que decorrem de dos resultados remotos do dano direto.

Cumprido destacar que quando tratamos de danos patrimoniais importa ressaltar a diferença existente entre os danos emergentes e lucros cessantes. Os danos emergentes, são danos que nascem do ato ilícito e os lucros cessantes são danos futuros oriundos da ação atual do administrador de insolvência que impactará de maneira negativa nos prováveis ganhos futuros do credor.

O brilhante doutrinador Anutes Varela, ensina que os danos patrimoniais são como “um reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado, considerando-se dano real a perda in natura que o lesado sofreu, em

⁵⁷ VELEZ GARCIA, Vanessa Cristina de A Responsabilidade Civil do Administrador da Insolvência, dissertação de mestrado, pág. 122

consequência de certo facto nos interesses que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar”⁵⁸.

No nexu de causalidade, o doutrinador Almeida Costa, elucida-nos que este pressuposto é utilizado tanto na responsabilidade civil quanto da obrigação de indemnizar.⁵⁹ O que torna fundamental realizar uma verificação no fato ilícito culposo ou no fato tipo idêntico, para apurar se o dano provocado realmente causou uma lesão à esfera de direito do sujeito. O doutrinador Pedro Martinez diz que: “*a causa adequada assenta numa ideia de normalidade social, de idoneidade e é necessário que o dano possa ter sido provavelmente consequência do facto, e assim, o critério de probabilidade (...) permite estabelecer a causalidade entre facto e dano*”. Conforme o autor, o nexu de causalidade está integrado com a probabilidade daquele ato que foi praticado ser o responsável pelo suposto dano causado a outrem.⁶⁰

Desta forma, é necessário que ocorra uma conexão entre os elementos da causa e do efeito com atuação ilícita do administrador da insolvência e o dano, sendo necessário que todos esses elementos se conectem entre si.

Diante do que foi abordado até agora, avaliamos ser notório que a responsabilidade constada na norma do art.º 59º do CIRE, está relacionada apenas a nível funcional, não passível de aplicação na eventualidade do administrador cometer danos fora das suas atividades funcionais. A fim de trazer uma segurança jurídica maior aos envolvidos o legislador desenvolveu a norma do n.º 4, do artigo supracitado que estipulou taxativamente sobre a responsabilidade civil ao exercício das funções de administrador da insolvência.⁶¹

O doutrinador Anutes Varela, elucida-nos que: “*nem todos os danos sobrevindos ao facto ilícito são incluídos na responsabilidade do agente, mas apenas os resultantes do facto, os causados por ele*”⁶². Desta forma, caso tenha o administrador atuado de forma voluntária e essa atuação tendo sido ilícita e

⁵⁸ Cfr. ANTUNES VARELA, op. Cit., pág. 598.

⁵⁹ Cfr. ALMEIDA COSTA, op. Cit., pág. 605

⁶⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, in Direito das Obrigações, 3.ª Ed., 2011, AAFDL, pág. 129.

⁶¹ LUÍS MARTINS, in Processo de Insolvência, 2013, 3.ª Ed., Almedina, pág. 359

⁶² Cfr. ANTUNES VARELA, op. Cit., pág. 617

culposa, proporcionou um dano, é necessário que haja uma conexão com a conduta do administrador para que ocorra a sua responsabilização.

Todavia, cumpre destacar que o regime especial contido no art.º 59.º, do n.º 1, do CIRE, buscou realizar uma cisão com a regra geral do direito civil prevista no art.º 483.º do Código Civil, onde se baseou e se influenciou para realizar a sua criação, agregando a responsabilidade extracontratual na competência da responsabilidade profissional, estipulando assim obrigações e deveres de ações determinadas e um dever de diligência próprio.⁶³

O instituto da responsabilidade extracontratual advém do incumprimento do dever geral, uma vez que a ordem jurídica tem como função tutelar direitos subjetivos e salvaguardar os interesses alheios. Estes sujeitos de direitos participam de situações jurídicas ativas e são possuidores de direitos absolutos que são salvaguardados pelas normas, porém não possuem nenhuma relação antecessora ao ato lesivo. Na hipótese da responsabilidade obrigacional, esta acontece quando ocorre um incumprimento de uma obrigação pactuada entre as partes numa relação intersubjectiva, na qual surge um direito relativo ao qual o ordenamento jurídico prevê uma proteção advinda do princípio *pact sunt servanta*, que traz uma paridade e equilíbrio entre as partes envolvidas.

De acordo com a doutrinadora Vanessa Garcia, que entende que a doutrina da *teoria dualista da responsabilidade*, é a mais harmónica para o sistema, uma vez que, segundo sua tese, na responsabilidade extracontratual, o dever de reparar o prejuízo estabelece uma obrigação primária de prestação, já na responsabilidade obrigacional o dever de ressarcimento advém do não cumprimento da obrigação estabelecida.⁶⁴ Diante desta questão, a autora não levou em consideração que nas duas situações da qual a responsabilidade paira no *princípio da ressarcibilidade dos danos*, que deriva do dever de não provocar danos a outrem. Contudo, estes dois institutos coabitam no Código Civil, tendo muitos pontos de semelhança, porém apresentam dois itens de divergência de suma importância. O primeiro trata do regime de probatório de culpa, no qual é necessário existir prova do ato/culpa para que haja a responsabilidade aquiliana, ou seja, tem a obrigação de provar o alegado é a vítima do dano e não do outro fato. Já no momento em que falamos sobre a responsabilidade obrigacional, a

⁶³ VANESSA CRISTINA DE VELEZ GARCIA, op. Cit, pág. 123

⁶⁴Cfr. VANESSA CRISTINA DE VELEZ GARCIA, op. Cit, pág. 123

culpa assume o modo presumido, ou seja, neste caso inverte-se a ordem do ônus da prova, ficando assim o sujeito obrigado a provar que atendeu as regras obrigacionais transacionadas. No segundo item, trata do prazo de 3 anos para exercer o direito a requerer a responsabilização aquiliana, já na responsabilidade obrigacional o prazo vai variar de acordo com a obrigação pactuada, portanto é um prazo variável.

O art.º 562.º do Código Civil, revela o *princípio geral da obrigação de indenizar*, bem como, o art.º 487.º n.º 2 do Código Civil, estas regras são aplicadas a duas vertentes da responsabilização, portanto, o conceito de unitarismo utilizado em algumas doutrinas não é a melhor tese sobre a questão, uma vez que o elemento básico para existir o dever de ressarcir está na controvérsia existente na ofensa de uma norma ou na obrigação contratual. Mesmo o dever de indenizar sendo um item unânime nas duas espécies, há a necessidade de ficar atento aos elementos supramencionados que as distinguem, porque o exercício funcional do administrador de insolvência não materializa uma prestação, dada a inexistência contratual.⁶⁵ Pela demasiada importância que ocorreu com o elemento vontade, não nos cabe aqui compactuar com a Teoria Unitária da Responsabilidade.

O cuidado em relatar as múltiplas características existentes no instituto da responsabilidade é fundamental, pois possibilita uma análise mais sólida da natureza da responsabilidade civil do administrador da insolvência. Ora, uma vez que, ao começar a exercer a sua função está condicionado a atuar do modo mais diligente possível, já que está sob uma regra profissional zelosa, estruturada e possuir deveres típicos que somente são aplicados nessas situações. No entanto, não é porque o art.º 59.º do CIRE, requer que haja maior diligência do que o regime geral existente no Código Civil, que este fato deva gerar algum questionamento, pois, estamos apenas diante de uma responsabilidade aquiliana que apresenta apenas um quesito de avaliação da culpa mais exigente. e não se tratando de uma variação exótica do modelo existente, que possa levar a erro e pensar que seja o caso de aplicação da responsabilidade obrigacional.

Deste modo, é necessário que haja a condição de uma responsabilidade oriunda do incumprimento da normal legal e a inexistência da relação creditícia

⁶⁵ Cfr. PEDRO PAIS VASCONCELOS, op. Cit., pág. 198.

para que seja afastada qualquer dúvida quanto aos tipos de responsabilidade que coloquem em risco a natureza da responsabilidade civil existente no art.º 59.º. A necessidade de requerer um empenho maior no cumprimento da diligência do que o normal não significa uma alteração da raiz deste tipo de responsabilidade, nem ocorre uma mutação no seu cumprimento, como diz Menezes Leitão, que sustenta que seja aplicável o regime geral obrigacional nesse instituto.⁶⁶

A adoção do regime da responsabilidade extracontratual não é muito viável, pois a introdução da culpa presumida entre seus atributos poder-se-ia se confundir com a responsabilidade obrigacional.⁶⁷ Não é viável, dentro do ordenamento jurídico, a existência de um instituto no qual exista uma situação mista no requisito da responsabilidade civil do administrador da insolvência, na sequência das características centrais estabelecidas pelo direito civil que são moldadas em conformidade com o seu escopo próprio. Podemos citar o exemplo, do escopo de estabelecer uma reparação pela transgressão de um preceito legal, ou no caso de não cumprimento de um pacto celebrado, inseridos nos dois tipos de responsabilidade.

O exercício da função de administrador da insolvência, mesmo requerendo uma boa qualificação técnica e experiência, o A.I está suscetível a elementos externos a suas habilidades, elementos esses que não são possíveis de se controlar, como por exemplo, uma crise económica, política ou uma desvalorização dos bens que está administrando. Nestas circunstâncias, o sujeito que se sentiu lesado pode fazer uso do instituto da responsabilidade civil, e, assim deverá demonstrar por meio de provas cabíveis que o administrador não utilizou toda sua diligência e por essa razão o fato danoso aconteceu. Não há hipótese de se conjecturar aqui a possibilidade de aplicação da culpa presumida, uma vez que o legislador não demonstrou a intenção de utilizá-la durante a composição do art.º 59.º, n.º 1 do CIRE, sendo uma atualização do regime anterior do direito civil.⁶⁸ No entanto, caso o legislador pretendesse que a culpa fosse presumida na esfera da responsabilidade, em especial no n.º 1 do artigo supra, não hesitaria de referenciá-la expressamente.

⁶⁶ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, in Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 4.ª Ed., pág. 108. Veja-se as referências aos arts. 799.º e 800.º do CC a propósito do art. 59.º do CIRE.

⁶⁷ Cfr. VANESSA CRISTINA DE VELEZ GARCIA, op. Cit, pág. 130.

⁶⁸ LUÍS MENEZES LEITÃO, in Direito das Obrigações, 7.ª Ed., 2008, pág. 103. A este propósito, defende o entendimento de que a prova da conduta censurável do agente, se trata de uma *probatio diabolica*. Defendendo assim, a adoção de uma culpa presumida neste âmbito.

2.5.4 A responsabilidade profissional e uma breve síntese.

O grande doutrinador Carneiro de Frada elucida-nos este tópico de uma maneira clara, quando se refere-se à expressão “responsabilidade profissional”, uma vez que está intimamente relacionado com o “*conjunto de exigências específicas a que (...) só estão sujeitos aqueles que atuam profissionalmente na área da prestação de serviços*”. Desta forma, a lei determina que o profissional atuante que provoque um dano em razão do exercício da sua atividade restitua o bem lesado a quem sofreu o prejuízo. O doutrinador explica que tal entendimento não envolve somente os vínculos contratuais podendo inclusive alcançar as relações nas quais não tenha um contrato expresso, como na situação da qual exista uma relação entre o agente que causou o dano e o lesado, conforme acontece na relação entre o administrador da insolvência e o credor lesado⁶⁹. Deste modo, recordamos que concordamos com a posição do regime instituído no art.º 59.º do CIRE, pois, ele atende à demanda de modo adequado sem trazer grandes transtornos para a segurança jurídica e pelos motivos expostos anteriormente.

Uma hipótese alternativa seria se o sistema fosse autónomo e unitário para regulamentar a responsabilidade profissional, no entanto não tem sido acolhida, pois não têm a capacidade de integrar todas as peculiaridades de cada atividade profissional, o que não permitiria a eficiência de um conteúdo jurídico de responsabilidade que fosse aplicável de modo homogêneo a cada um deles. Da mesma forma que uma eventual utilização semelhante a outras situações não diretamente abarcadas e que possuem características de diferenciação relevantes. De acordo com o ensinamento da doutrinadora Vanessa Garcia, percebe-se ao analisar o revogado o Estatuto do Administrador da Insolvência, o qual foi substituído pelo Estatuto do Administrador Judicial que sofreu muitas influências do Estatuto da Ordem dos Advogados e dos Solicitadores e dos Agentes de Execução. Todavia, refere, que não ocasionaria um espanto se ambas as profissões compartilhassem um único instituto de responsabilidade civil profissional. Já é de enorme desconfiança que profissões com atividades correlatadas compartilhem o mesmo sistema de responsabilidade, imagine-se

⁶⁹ Cfr. CARNEIRO DA FRADA, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, pág. 334.

profissões que possuem atividades sem qualquer ligação direta com o mundo jurídico, seria realmente um sistema inaplicável.⁷⁰

Não obstante do que foi mencionado, a doutrinadora Carneiro da Frada, compactua com a ideia do embaraço e adversidade que seria em se estruturar um sistema unitário de responsabilidade civil profissional que abarcasse todas as situações que envolvam cada uma das atividades profissionais existentes, reconhecer tal situação iria criar diversos tipos de impasses na hora de sua aplicação e que o objetivo em si não seria alcançado devido ao “ feixe heterogêneo de situações” que acontecem no dia a dia das profissões.

2.6 Os ensinamentos do n.º 2 do art. 59.º do CIRE

O legislador ao elaborar a norma do n.º 2 do art. 59.º do CIRE, almejou criar uma esfera de proteção aos credores da massa insolvente, estabelecendo uma indemnização dos prejuízos oriundos das atividades irregulares realizadas pelo administrador da insolvência, que possam lesar a capacidade financeira de pagamento dos créditos os terceiros tenham com a massa insolvente. Este conceito é distinto daquele apresentado no n.º. 1 em relação à presunção de culpa.

O administrador da insolvência possui uma limitação na sua atuação, que o limita de assumir dívidas nem nome da massa insolvente da qual não tenha condições de arcar com os seus pagamentos, contudo, se tal atitude for necessária deve ser demonstrada a sua necessidade para que posteriormente esse possa se valer da exclusão da responsabilidade. É uma conjuntura de cognoscibilidade das condições que são utilizadas, que vão ao encontro do cenário perfeito em que o administrador deve se pautar de maneira diligente e ordenada, e possuindo em si meios e métodos de ponderação da culpa em abstrato⁷¹.

Para que ocorra a exclusão da responsabilidade é essencial que haja por parte do administrador da insolvência a comprovação dessa eventualidade e que

⁷⁰ Cfr. VANESSA CRISTINA DE VELEZ GARCIA, op. Cit., pág. 127.

⁷¹ Conforme Pedro Pais Vasconcelos, defende que a imprevisibilidade é uma característica demonstrada por operados desqualificados, haja vista a referência contida no Código Civil em seu artº. 347º, que optou por modificar as características da anormalidade. O Doutrinador sustenta a tese que uma dose maior de experiência e astúcia seria mais previsível explicar a previsibilidade da maioria das situações. Op. Cit., pág. 199.

tomou todas as devidas providencias nas diligências efetuadas e que a eventualidade surgiu de maneira aleatória. Estamos diante de um caso de inversão do ónus da prova, que é abarcada pelo n.º.1 do artigo 59.º do CIRE, tendo sido bem elaborada pelo legislador, uma vez que a cognoscibilidade da imprevisibilidade somente é aceita diante das razões íntimas do pensamento do administrador.

As probabilidades das possíveis consequências que poderiam decorrer de uma decisão é algo muito subjetivo e intrínseco e só poderia ser confidenciado pelo sujeito que em seu pensamento entendeu que aquela decisão seria o mais conveniente. Diante desta situação apresentada, conceder ao credor que sofreu um prejuízo o ónus de prova estaria a desvirtuar o preceito, tendo em conta a imensa complexidade que seria de comprovação da cognoscibilidade alheia, pois tal prova não seria constituída.

Desta forma, mesmo que previamente tenhamos afastado qualquer possibilidade de integração do instituto da culpa presumida na esfera do n.º. 1 do art. 59.º, temos que reconhecer que nesta situação especial deste n.º 2, por entendermos que seja a única possibilidade de se construir a prova da responsabilidade do administrador.

Sintetizando o que já foi mencionado, somente a verificação da imprevisibilidade da insuficiência não é suficiente, é essencial que ocorra a apresentação das evidências, correlacionadas com os deveres funcionais, bem como ocorra a inversão do ónus da prova, conforme preceituam os arts.º. 342.º e 344.º do CC.

Se o Administrador da insolvência, no instante em que foi realizado o ato que iniciou a diminuição, pressupunha solidez da massa para realizar a quitação dos débitos com os credores, porém em seguida e de maneira surpreendente não se demonstra como tal, ocorrerá a exclusão da responsabilidade diante dos credores se conseguir exibi-las. Todavia, mesmo que haja a imprevisibilidade diante da situação, ela por si só não é a justificativa definitiva, se não foram observados os deveres inerentes ao bom cumprimento das diligências necessárias para conter a situação. No entanto, não é necessário apenas a existência da imprevisibilidade, esta não pode ser oriunda de uma falta de zelo,

uma vez que o administrador não deve aguardar que ocorra uma insuficiência da massa, independente das diligências realizadas.

A responsabilidade, conforme acontece no disposto do n.º 1 do art. 59.º do CIRE, apresenta também característica subjetiva e extracontratual, sendo que esta última se caracteriza marcante por atestar a total inexistência de obrigação entre o administrador e o credor da massa. Desta forma, a norma apresenta uma especificidade um pouco mais alargada, partindo da responsabilidade civil diante dos credores da insolvência e abrangendo a responsabilidade pelos danos realizados nos termos de n.º 1 do artigo supramencionado e pela incapacidade da massa em quitar os débitos dos seus credores, conforme dispõe o n.º 2 do mesmo artigo supra.

Quanto aos pressupostos, esses serão os mesmos descritos acima, tendo em vista que estamos falando do mesmo género de responsabilidade, porém com uma especificidade maior no quesito culpa presumida. Além disso, é essencial que também ocorra a situação da dificuldade no cumprimento das obrigações perante os credores, e que essa situação tenha ocorrido ao longo do exercício das atividades e decorrente das decisões do administrador de insolvência, tal situação levar-nos-ia à situação preconizada no n.º 4 do art.º 59 do CIRE.

Quanto à possibilidade da não aplicação da responsabilidade nos atos praticados pelo administrador da insolvência, essa vai depender da capacidade do administrador de conseguir elaborar as provas, conforme o art.102º. do CIRE, não sendo possível prever que em uma determinada escolha realizada para fazer a o cumprimento de uma obrigação contratual pactuada com o credor de receber um determinado valor, não foi possível diante de uma insipiência da massa, não sendo possível seu cumprimento.

De ressaltar, que para que haja a responsabilização do administrador, além da carência da massa por razões derivadas do administrador, este tem que ser o causador das circunstâncias que levaram a esta ocorrência de impossibilidade de fundos, numa referência ao pressuposto do nexo de causalidade. Desta maneira, o administrador não pode atuar para que o passivo financeiro eleve, acarretando assim uma diminuição da capacidade da massa de honrar com a suas obrigações.

Os exímios doutrinadores Carvalho Fernandes E João Labareda, ensinam-nos que deve ser analisado o momento e o ato que desencadeou o evento da imprevisibilidade da massa acarretando a sua carência económica, referem-se ainda os doutrinadores, que o objeto a ser indemnizado é referente à quota parte do crédito que a massa não conseguiu honrar devido a sua carência financeira. Lembram também, que conforme o artº. 46.º do CIRE, mesmo que os credores da massa insolvente possuam preferência na lista de pagamento, esta não se transfere para a ação de responsabilidade civil em face do administrador da insolvência, os credores da massa e da insolvência ocupam a mesma posição, não existindo uma preferência derivada da norma supramencionada. Por fim, cumpre ressaltar que os créditos que compõem a massa estão elencados no artº. 51.º do CIRE.⁷²

⁷² Cfr. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, Código da Insolvência..anotado op. Cit., 2009, pág. 273 .

3. Uma reflexão quanto à responsabilidade das ações praticadas pelos auxiliares.

No n.º 3 do art. 59.º do CIRE, encontra-se uma exceção à regra do princípio do exercício pessoal do cargo de administrador da insolvência, ao permitir-se que haja o auxílio de outros profissionais, podendo ou não ser remunerados. Tal pedido será analisado pela comissão de credores ou pelo juiz na falta da comissão e o administrador será o responsável pelas suas atividades. Os doutrinadores CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA ensinam-nos que “*mesmo com o risco de ser acusada de excesso de rigor, a lei optou por uma solução que favorece o maior controlo da actividade do administrador e do modo do seu exercício...*”.⁷³

O rol de sujeitos que estão autorizados a participar do processo como auxiliares do administrador inclui também o devedor, que teve ter a sua participação pautada seguindo os critérios estabelecidos para que se evite ao máximo que ocorra situações que lhes sejam mais favoráveis, em detrimento aos credores acarretando assim a não utilização dessa norma jurídica.

Quanto ao instituto da prescrição da responsabilidade, o prazo previsto é de dois anos, que se inicia no momento do conhecimento pelo credor do dano no seu direito, porém, sem que tenha ocorrido ao mesmo tempo sobre a data do exercício da função do administrador, o que nos remete ao n.º 5 do art. 59.º do CIRE.

O instituto da responsabilidade extracontratual subjetiva aplica-se na presunção da culpa do administrador da insolvente, já o instituto da responsabilidade solidária do administrador é aplicado quando ocorrem prejuízos oriundos dos atos e omissões praticados pelos seus auxiliares, baseada na pretensão *iuris tantum*.

Desta forma, o administrador que quer provar na sua defesa que não houve culpa da sua parte, ou que, mesmo com todas as medidas cabíveis tomadas e diligências necessárias para evitar o dano, este aconteceria do

⁷³ Cfr. CARVALHO FERNANDES /JOÃO LABAREDA, op. Cit., 2009, pág. 258.

mesmo jeito. O administrador tem que demonstrar a ausência de culpa por sua parte para o afastamento total da sua responsabilidade, que deve ser a *culpa in eligendo, culpa in instruendo e culpa in vigilando*, que será melhor tratada a seguir.

Caso haja, a responsabilização do administrador por danos causados por culpa dos seus auxiliares, este detém o direito de regresso contra o sujeito causador de dano, mesmo havendo algumas divergências de conceitos com art. 500.º do C.C, uma vez que, na lei civil a relação de comissão permite que o comitente responda independentemente de culpa. Assim, este preceito é utilizado no presente caso, tendo em vista algumas singularidades que são compartilhadas entre os ambos os sistemas.

O comitente responde objetivamente, conforme a regra geral da lei civil, isto quer dizer que não é preciso demonstrar a culpa dos atos do comissário caso este tenha realizados atos lesivos, tendo a possibilidade de requerer o seu direito de regresso com o comissário, desde que haja culpa deste, conforme preceitua o art. 500.º, n.º 3 do CC. Os doutrinadores CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA elucidam a seguinte questão *“aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar”*.⁷⁴

Convém esclarecermos que o vínculo que se forma entre o administrador da insolvência e seus auxiliares é uma conexão de comissão, mesmo que esteja sedimentada em outros moldes. No instituto da comissão, existe uma confiança mútua entre o comitente e comissário, na qual é estipulada uma tarefa a ser executada no seu interesse e tendo total autonomia para realizá-la, confirmando assim a responsabilidade a si atribuída.⁷⁵

Desta forma, de acordo com a lei civil, a responsabilidade imputada ao sujeito comitente no contexto do vínculo com o lesado, é objetiva, não necessitando que exista a culpa. No entanto, quando partimos do campo do processo de insolvência essa culpa adquire a característica da subjetividade, ou

⁷⁴ Cfr. CARVALHO FERNANDES /JOÃO LABAREDA, in Código da Insolvência anotado, 2.ª Ed. 2013, pág. 361.

⁷⁵ Cfr. ANTUNES VARELA, in Das Obrigações em Geral, ed. cit., pág. 651.

seja, necessita que exista a culpa do administrador, que é chamado de comitente. Desde modo, não é preciso que ocorra uma má atuação do auxiliar e que provoque danos para a responsabilização do administrador, mas também é necessário que haja, por parte do administrador, culpa nas suas ações e nas diligências que prestou ao auxiliar ou deixou de prestar. Após, apontarmos as diferenças, não restam dúvidas que mesmo diante de distinções indicadas entre o administrador-comitente e o auxiliar-comissário, possuem entre si um vínculo de comissão.

Ressaltamos que, para que haja a responsabilização do administrador-comitente em virtude dos atos prejudiciais do auxiliar-comissário contra a esfera de direitos dos credores é preciso que tais atos tenham sido praticados durante o desempenho da atividade que lhe foi imposta, portanto, não importam aqueles que porventura tenham sido executados fora do exercício de auxiliar-comissário, segundo o preceito do n.º 4 do art. 59.º CIRE.

De lembrar que, o Administrador da insolvência dispõe de total liberdade de escolha do comissário. Esta liberdade é fundamental no instituto da comissão, uma vez, que o administrador responde pelos atos e omissões dos seus auxiliares no momento que age com *culpa in eligendo*, se não comprovar que fez uma escolha racional, boa e diligente, conforme preceitua o n.º 3 do art. 59.º do CIRE. Se não houvesse uma liberdade na escolha dos auxiliares, não teria como sustentar a responsabilização do administrador.

Cumpramos mencionar uma valiosa e importante característica existente no vínculo entre o administrador e seus auxiliares, que são as instruções repassadas aos auxiliares para execução das suas tarefas. Entendemos que as devidas instruções são devidas e inerentes a função do Administrador, portanto, podendo existir a *culpa in instruendo*, quando este deixe, diante de certos casos, de orientar e acompanhar as diligências que são executadas pelos seus auxiliares, da mesma maneira que acontece no direito civil.

Deste modo, entendemos que em um vínculo como o descrito acima, não existindo a devida orientação e diretrizes de atuação dos auxiliares, acarreta responsabilização, bem como constatamos que essa relação é pautada em hierarquia e confiança. Apesar dessas características o auxiliar-comissário detém grande liberdade para realização das atividades que lhe foram solicitadas,

ainda assim, continua subordinado e vinculado às diretrizes determinadas pelo administrador-comitente. É de extrema importância mencionar o n.º 3 do art. 59.º do CIRE, que retira a responsabilidade do administrador da insolvência se este provar que não possuiu culpa nas ações do seu auxiliar, que atuou contra as ordens e diretrizes impostas e que gerou um dano.⁷⁶

O administrador-comitente está sujeito a incorrer na *culpa in vigilando*⁷⁷, uma vez que, essa modalidade está ligada ao poder de direção que este exerce sobre seus auxiliares, devendo fazer uma escolha consciente e qualificada sobre os auxiliares, existindo assim o dever de fiscalização dos atos de seus auxiliares, não podendo simplesmente ficar à espera de questionamentos de seus subordinados. Portanto, para que o administrador da insolvência consiga afastar a sua responsabilidade terá que demonstrar que esteve sempre a supervisionar e a vigiar se as suas orientações e ordens foram realizadas para o cumprimento efetivo das diligências realizadas pelos seus auxiliares. Posto isto, entendemos que a *culpa in instruendo* e a *culpa in vigilando* são figuras indissociáveis umas das outras sendo quase impossível a existência de forma autónoma, por isso o administrador deve estar bem atento aos atos praticados pelos seus auxiliares para que não tenha que posteriormente responder pelos danos causados aos credores.

No entanto, caso o administrador da insolvência-comitente apresente dificuldades para organizar as suas provas que lhe exonerem da responsabilização da culpa, poderá se valer do instituto da *relevância negativa da causa virtual*, no qual demonstrará que mesmo tendo agido com a culpa expondo os fatos verdadeiros, tais resultados ocorreriam por outro fato, levando ao mesmo resultado, pois esse seria inevitável.⁷⁸ Assim sendo, tendo o administrador da insolvência atuado de maneira culposa e não obtido meios de comprovar que mesmo atuando de maneira diferente da que realizou os prejuízos e danos ocorreriam por qualquer outra causa, terá que ser responsabilizado e possivelmente será condenado ao pagamento de uma indemnização ao lesado, mesmo que possua o total direito de regresso contra o agente causador do dano, em razão do regime de responsabilidade solidária.

⁷⁶ No decurso da vigência do CPREFER, não se dispunha do regime privativo de responsabilidade civil, a jurisprudência indicava que era necessário que houvesse uma relação de subordinação e dependência entre o administrador-comitente e o auxiliar-comissário, o que autorizava aquele a dar ordens e instruções a este. Cfr. Ac. Do TRE de 26/10/2006, proc. 1576/06-3.

⁷⁷ Cfr. LUÍS MARTINS, In Processo de Insolvência, ed. cit., pág. 360

⁷⁸ Cfr. VANESSA CRISTINA DE VELEZ GARCIA, op. Cit, Pág. 150.

É de imensa importância que os trabalhos realizados pelos auxiliares e técnicos tenham sido autorizados previamente pela comissão de credores ou pelo juiz, caso não tenham tido autorização para a atuação destes o administrador da insolvência terá extrapolados os poderes que possui e não se favorecerá da exoneração da responsabilidade do instituto da relevância negativa da causa virtual.⁷⁹

O grande doutrinador Menezes Leitão esclarece-nos de forma muito elucidativa e clara a natureza da responsabilidade pelos atos dos auxiliares no processo de insolvência, quando nos apresenta a crítica ao procedimento estipulado pelo n.º 3º do art. 59 do CIRE, por permitir que ocorra a responsabilidade solidária e com a presunção da culpa, pois, o doutrinador entende como um regime mais justo o da responsabilidade objetiva, conforme encontramos no art.º 800.º do Código Civil, que encaminha para o instituto da relevância negativa da causa virtual.⁸⁰

Cumprе salientar, outra questão de extrema importância e relevância é o ponto que os exímios doutrinadores Carvalho Fernandes e João Labareda abordam ao tratarem da questão da equiparação da responsabilidade do administrador pelos seus auxiliares com a responsabilidade do administrador que substabelece a outro, conforme art. 55.º, n.º 2 do CIRE. A respectiva norma autoriza que o administrador da insolvência possa substabelecer os seus poderes a outro administrador que esteja inscrito nas listas oficiais, pois bem, os doutrinadores não veem qualquer lógica na exclusão da responsabilidade, devendo os administradores substabelecidos serem considerados num entendimento vasto como também auxiliares.⁸¹ Entendemos que os doutrinadores estão corretos quando não compactuam com a ideia de exclusão da responsabilidade civil por parte dos substabelecidos, nos termos do n.º 3 do art. 59.º CIRE.

⁷⁹ CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, op. Cit. Pág. 273.

⁸⁰ LUÍS MENEZES LEITÃO, Código da Insolvência...Anotado, 2013, pág. 82.

⁸¹ CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, op. Cit. Ed. 2013, pág. 362.

4. O incremento do n.º 4 do artigo 59.º do CIRE

O legislador promoveu importantes alterações no CIRE por meio da Lei n.º 16/2012 de 20 de abril, uma dessas alterações verifica-se na implementação do disposto n.º 4º no art.º 59º, frisa salientar que este número já existia com outro dispositivo legal e que devido a alteração passou a ser incorporado no n.º 5º. Não ficou muito bem entendida a opção do legislador ao realizar essa alteração, contudo o n.º 4 passou a ter o seguinte preceito legal:

Nos termos do n.º 4 do art. 59.º que “A responsabilidade do administrador da insolvência prevista nos números anteriores encontra-se limitada às condutas ou omissões danosas ocorridas após a sua nomeação”.

Portanto, como visto até agora as hipóteses de responsabilidade civil nas quais o administrador da insolvência responde por atos próprios estão previstas nos n.º 1 e 2 decorrentes dos atos próprios, bem como no n.º 3 do art. 59.º do CIRE, de atos derivados dos auxiliares, ocorrendo a implementação do n.º.4 e o administrador ficou mais ressalvado, pois este seria somente responsável pelos atos danosos aos lesados apenas após a sua nomeação.

5. O administrador da insolvência e a prescrição da responsabilidade.

O legislador ao elaborar o CIRE pretendeu dar um tratamento mais distinto à matéria, ao criar um instituto particular de prescrição nos moldes da *prescrição extintiva*, que equivale na perda do direito pela inércia do seu titular por não exercer o seu direito no tempo estipulado pela lei.

Assim, o legislador fixou o prazo de 2 (dois) anos, sendo ele bem curto e tendo o seu início contado da data em que credor ficou ciente do direito que lhe é garantido. Porém, este prazo contém uma esfericidade na sua contagem que transcorre até o prazo de 2 (dois) anos após os o encerramento das atividades do administrador da insolvência, que é marcado com o seu registro público. Esta particularidade na contagem está relacionada com o princípio da segurança jurídica, pois tem o intuito de trazer uma blindagem ao administrador da insolvência para que este não sofra ações de responsabilidade civil muito tempo após a conclusão do seu trabalho.

No momento em que o credor afetado tomar ciência do direito que lhe assiste, sendo ele de fato ou de direito a respeito do dano ocorrido este tem dois anos para ingressar com a ação de responsabilidade civil contra o administrador, contudo tal prazo não terá eficácia se tiver ocorrido no período após o fim do exercício do administrador.

Recapitulando, estamos diante de dois prazos: o primeiro que começa a contar a partir do momento do conhecimento do credor prejudicado do dano ao seu direito e o segundo que se inicia após o registro público de encerramento das funções do administrador, respeitando que o decurso do tempo nessa última modalidade gera o impedimento o exercício do seu direito conforme o disposto no artº. 59º do CIRE.

No entanto, caso o ato que gerou o dano e o sujeito tenha cometido anteriormente ou posteriormente as atividades do administrador, o preceito legal aplicado será o do art. 483.º e ss do CC. Caso o credor prejudicado tenha deixado decorrer o prazo e, portanto, tenha ficado com direito prescrito, o

administrador da insolvência pode-se negar atender a solicitação requerida devendo se opor-se por petição, com base no n.º 1 do art. 304.º do CC.

Já sabemos que a responsabilidade civil profissional é do tipo extracontratual e contém um termo de prescrição inferior ao que é aplicado por meio do artº. 498 e seguinte do Código Civil, no qual o prazo é de 3 (três) anos, a iniciar do momento que ficou a saber do dano ao seu direito, mesmo não sabendo quem seja o responsável pelo dano, bem como a dimensão do efeito dano, no decurso.

O prazo prescricional é bem reduzido tanto para o credor da insolvência quanto para o credor da massa insolvente e para o devedor, conforme preconizado no CIRE, para que seja requerido reparação do dano causado pelas atividades realizadas pelo administrador. Entendemos, que o prazo é bem razoável para aquele credor prejudicado ou devedor que forem devidamente diligentes nos seus interesses, seguimos o mesmo entendimento lúcido dos brilhantes doutrinadores CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, ao abordarem a temática, pois, eles compreendem que o conhecimento da lesão é de conhecimento rápido e de fácil acesso aos lesados.⁸²

Contudo, é aceitável que o terceiro que tenha tido seu direito lesado, possa gozar de um prazo maior, conforme o aplicado no regime geral do Código Civil, uma vez que não faz parte da relação jurídica principal o que dificulta um pouco o conhecimento e acesso aos atos danos praticados pelo administrador, tendo o legislador acertado ao não os incluir no rol do artigo 59.º do CIRE.

A ala da doutrina que se posiciona de maneira contrária a essa diferenciação dos prazos prescricionais, sustentando a tese de que os terceiros possuem a mesma acessibilidade as informações relativas aos danos que possam sofrer e por essa razão não seria proporcional a diferenciação existente no prazo prescricional referente aos credores e devedores.

Todavia, discussão sobre os terceiros prejudicados foge do escopo no nosso trabalho e não será abordada aqui, somente estamos a trazer o tema, visto que ele apresenta uma correlação com o nosso objeto e por isso daremos

⁸² Cfr. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA. In Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2009, pág. 274.

apenas uma brevíssima pincelada. A doutrinadora Vanessa Garcia⁸³, propõe uma situação hipotética para explicar o seu posicionamento, ao supor que um administrador coloca no rol da massa insolvente, um determinado bem que não é de propriedade do devedor, que na verdade pertence a um terceiro que não possui qualquer relação com o caso da insolvência. Tal atitude poderá trazer transtornos graves e prejuízos ao terceiro, credores e devedores da massa. Isto pode causar uma grande confusão na questão contábil e económica, pois, o bem que se supunha a fazer parte do rol de bens poderia ser alienado e com o valor apurado realizaria o pagamento dos credores diminuindo assim o saldo passivo do devedor e quem sabe até liquidando o valor devido e se tivesse ocorrido a venda teria que ser anulada, restituindo o bem ao seu verdadeiro proprietário e todos voltariam para a situação originária.

O nosso entendimento está de acordo com o posicionamento dos tribunais e das jurisprudências⁸⁴, ao entenderem que o regime mais adequado ao terceiro lesado é aplicação do prazo mais largo na prescrição, conforme o disposto no artº. 498.º, n.º 1º, do CC, portanto rejeitando qualquer utilização do regime do artº. 59.º do CIRE.

O antigo CPEREF, não determinou qualquer prazo prescricional entre seus preceitos legais, ocorre que a após a sua revogação e promulgação do CIRE, o instituto da prescrição passou a vigorar entre os diplomas legais contidos nesse referido código, contudo, os prazos estipulados no CIRE possuem apenas efeito *ex nunc*, sendo aplicáveis apenas após a sua vigência.⁸⁵

Isto quer dizer que, se porventura algum processo estiver pendente de julgamento, e tenha sido protocolado durante o período em que esteve vigente o CPEREF, a norma relativa à prescrição que será utilizada vai ser a do Código Cível, os dispositivos do artº. 483.º e seguintes do Código Civil, mesmo que o

⁸³ VANESSA CRISTINA DE VELEZ GARCIA, op. Cit., pág. 155.

⁸⁴ Cfr. Ac. TRE, de 17-03-2011, proc. 2487/09.7TBFAR.E1, Recurso de Apelação, em que o lesado era um terceiro, ficou claro: “Os danos causados a estes regulam-se pelas disposições dos arts. 483º e segs. do CC”, “O art. 59º do CIRE, na própria economia do preceito, aplica-se, tão só aos danos causados ao devedor e aos credores da insolvência e da massa insolvente (...) e não a quaisquer eventuais lesados pelos actos do administrador da insolvência no exercício das suas funções”.

⁸⁵Ac. cit. TRE de 17-03-2011, “O regime de responsabilidade do administrador da insolvência e respectivo prazo de prescrição consagrados no art. 59º do CIRE, apenas são aplicáveis aos processos de insolvência iniciados após a entrada em vigor do CIRE, não se aplicando às acções de indemnização por responsabilidade aquiliana por actos do liquidatário praticados no exercício das suas funções, em processos anteriormente instaurados, mesmo que os actos tenham ocorrido e a acção de indemnização tenha sido instaurada depois do início daquela vigência .

dano cometido tenha ocorrido após a sua revogação, bem como a ação de responsabilidade.

6. Utilização do instituto contido no artº. 59.º do CIRE

De acordo com o mencionado anteriormente, que toca aos prazos prescricionais, a utilização do instituto da responsabilidade civil prevista no artº. 59.º do CIRE, está restrita aos processos iniciados após a vigência do CIRE. Ora, isto significa que somente tramitarão apensado aos autos principais os processos de responsabilidade civil do administrador da insolvência aos processos que forem instaurados após a vigência do diploma legal. Não sendo passível de aplicação o instituto de responsabilidade contido no artº. 59.º, tendo em conta que tal regime foi introduzido com a promulgação do CIRE, nos casos em que haja necessidade de instauração de processos que versem sobre a responsabilidade aquiliano por atos do liquidatário judicial, realizados na execução das suas atividades em processos iniciados durante a vigência do CPEREF, mesmo que demanda tenha sido protocolada posteriormente.

7. O Administrador da Insolvência e as modalidades de alienação do artº. 164.º do CIRE

Na elaboração do CIRE, o legislador concedeu ao administrador da insolvência, por meio do artº. 164.º do CIRE, a possibilidade de optar pela melhor escolha da modalidade alienação de alienação dos bens que compõem a massa insolvente. Esta atribuição de competência soma-se aos diversos outros atributos que compõem esse órgão na esfera do processo de insolvência. Esta escolha é realizada por meio das possibilidades adotadas no processo executivo ou por um outro meio mais adequado, conforme estipula o n.º 1.º do referido artigo.

Diante da importância e relevância que o ato da alienação apresenta para o processo de insolvência, o legislador achou por bem, exigir que ocorra uma concordância “comissão de credores, ou, se esta não existir, da assembleia de credores”, para que ocorra “atos jurídicos de especial relevo”, conforme preconiza o n.º 1 do art. 161.º do CIRE. Já o n.º 3 do art. 161.º, orienta o que seriam os “atos jurídicos de especial relevo” e das condições para a alienação, bem como regula a escolha do administrador da insolvência na modalidade de alienação.

O Administrador de Insolvência, após a realização da apreensão dos bens do devedor insolvente, tem o dever de imediato promover a venda dos bens, devendo sempre ter em mente o dever de zelo para que prevaleçam os interesses dos credores, devendo assim primar, sempre pelo melhor negócio. Contudo, existe uma limitação nesta situação, se existir um bem constante na massa que tenha sobre si o ônus da garantia real a favor de um credor, este tem que ser ouvido a respeito da modalidade de alienação e do preço da alienação que se pretende realizar, tendo o credor a opção de comprar o bem.

Cumprido salientar que não tem qualquer vinculação o parecer realizado pelo credor, contudo, o administrador deve estar atento à manifestação daquele, tendo em vista o instituto da responsabilidade que pode recair sobre si, conforme descreve o artº 164.º, n.º 2 do CIRE. Caso o administrador da insolvência, não considere uma proposta apresentada pelo credor e opte por outra em condições inferiores o administrador pode responder a um processo de

responsabilidade e terá que arcar com o valor da diferença existente entre as duas ofertas. Além do mais os doutrinadores CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, também sustentam a ideia de que o Administrador responde pela diferença entre o valor da venda e o crédito oferecido, podendo entretanto o administrador fazer prova contrária, e responder até à fase onde foram realizadas as propostas, também entendem que o disposto contido no n.º 3 do referido artigo, como sendo uma fonte autónoma de responsabilidade civil do administrador.⁸⁶

A autora Paula Costa e Silva, sustenta que o administrador da insolvência está condicionado a adequar o credor as mesmas condições que foram apresentadas para alienação dos bens e desta forma podemos notar uma responsabilidade pessoal que se sobrepõe ao órgão da insolvência.⁸⁷ Desta maneira, estamos diante de uma condição particular de responsabilidade do administrador da insolvência.

O legislador tratou do tema logo no início do código no art.º 7.º, ao estabelecer qual é o tribunal competente para apreciar o processo de insolvência, porém não faz qualquer referência à ação de responsabilidade civil contra o administrador da insolvência. No entanto, defendemos a ideia de que o processo de responsabilidade civil deva tramitar no mesmo tribunal onde está correr o processo de insolvência, pois esse tribunal já conhece a questão suscitada o tornando assim preventivo. Defendendo a mesma linha de posicionamento os doutrinadores CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA,⁸⁸ ensinam-nos que devido à responsabilidade nascer do incumprimento de deveres do administrador é conteúdo “inteiramente conexada” com a insolvência, entendendo que o mais razoável e plausível que o tribunal no qual tramita o processo de insolvência seja competente para apreciar a questão da responsabilidade.⁸⁹

⁸⁶ Cfr. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, in Código Anotado, ed. cit. 2013, pág. 549.

⁸⁷ Cfr. PAULA COSTA E SILVA, A liquidação da Massa Insolvente, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, AO, Dezembro de 2005, pág. 740.

⁸⁸ Cf. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, in Código Anotado, ed. cit., 2009, pág. 274.

⁸⁹ Cfr. Ac. do TRE de 17-03-2011, relator António Cardoso. Neste caso, os terceiros alegam ter sofrido danos originados pela ação culposa do administrador da insolvência e a ação foi autuada por apenso ao processo de insolvência respectivo. O que por si demonstra que é ainda mais aceitável que corra por apenso se estivermos em face de credores no âmbito do art. 59.º.

Os benefícios da compreensão relativos à demanda sobre a responsabilidade civil do administrador da insolvência no tribunal que cuida do processo de insolvência são valorosos. As vantagens são incontáveis para o processo, tendo em conta os ganhos com a economia processual e a celeridade da justiça, o juiz já tem conhecimento da causa, tudo isto ajuda na redução de trabalho o que faz com que ocorra mais resultados significativos e haja mais resoluções em tempos menores. Nesse sentido, o entendimento da jurisprudência tem sido, como podemos ver por meio da decisão proferida no Tribunal da Relação de Guimarães: *“Os processos para efectivação de responsabilidade do administrador da massa insolvente (...) correm por apenso ao processo de falência e são da competência dos Juízos Cíveis”*⁹⁰

⁹⁰ Cfr. Ac. Do TRG, de 29-11-2011, processo 6319/07.2TBBRG-N.G1, relator Jorge Teixeira.

8. Um breve conceito sobre o processo de insolvência em outros Países – Direito Comparado

8.1 Ley Concursal espanhola.

A Ley Concursal (Ley 22/2003 de 9 de julio), é a lei espanhola que trata do administrador “del concurso” e das suas responsabilidades que é comparada com a do administrador das sociedades, anónimas e limitadas, no artigo 36.º, estão contidos os requisitos para a responsabilidade civil do administrador. O doutrinador espanhol Pedro Yanes Yanes refere que, a lei tratou de uniformizar as exigências necessárias para que ocorra a responsabilidade dos administradores por prejuízos à massa, igualando-as com a do administrador de sociedade no que tange as diligências necessárias.⁹¹

Os doutrinadores FERNANDEZ DE LA GANDRA e SÁNCHEZ ÁLVAREZ, lecionam que os pressupostos da responsabilidade são atos derivados de uma ação ou omissão dolosa, um sinal de dano na massa, a evidência de uma relação de causalidade entre o dano causado pelo ato ou pela omissão, sendo que a obrigação de constituir prova é do administrador, tendo que comprovar que praticou todas as medidas necessárias para evitar que o dano aconteça ou que não se podia imaginar a ocorrência do mesmo, tendo que existir um padrão elevado de zelo na atuação do profissional⁹²

A lei espanhola estipulou a responsabilidade solidária entre os administradores da insolvência e os seus auxiliares, pelos atos e omissões praticada, exceto quando o administrador comprove ter praticado todos os meios e diligências necessárias para evitar que o dano tenha ocorrido, o legislador também instituiu a presunção de culpa contra o administrador, que possui direito de regresso contra os autores do dano.

Os sujeitos que possuam legitimidade ativa e interesse podem realizar a propositura da ação de responsabilidade, sendo que o direito de indemnização

⁹¹ Cfr PEDRO YANES YANES, in La Administracion Concursal, Derecho Concursal Estudio Sistemático de la

⁹² Cfr. FERNANDEZ DE LA GANDRA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ, in Comentarios a la Ley Concursal, Ed. Jurídicas e Sociales, 2004, pág. 475.

decai após quatro anos do conhecimento do sujeito que teve o prejuízo, que deve ser exercido no mesmo tempo após a data de encerramento da função do administrador.

A existência na legislação espanhola do instituto da responsabilidade solidária entre o administrador da insolvência e o órgão da administração é o grande ponto de diferenciação com a legislação portuguesa. Este órgão da administração é formado por um colegiado de pessoas sendo elas o credor, um revisor oficial de contas e um jurista, tal instituto não se configura na legislação portuguesa.

8.2 Lege Fallimentare – Itália

No ordenamento jurídico italiano o Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, disciplina a “*Lege del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa, na sezione III, do capo II, do titolo II*”, nos arts. 27.º e ss, versa sobre o “*cutatore del falimento*”, tendo a questão da responsabilidade civil do estabelecida no artº. 38.º.

Esse diploma legal estabelece os deveres e direitos legais a serem cumpridos pelo administrador da insolvência, deveres esses que podem vir além do diploma legal ou do plano de liquidação aprovado, aqui encontramos um ponto de convergência com a legislação portuguesa, onde os deveres a serem cumpridos advêm da natureza do cargo e por esta razão acabam por ser natos aos administradores.

Apenas um novo administrador tem a legitimidade para ingressar nas ações de responsabilidade civil enquanto o processo de insolvência estiver em trâmite, a qual depende exclusivamente da autorização do juiz ou da comissão de credores. Só após o fim do processo é que as partes, terceiros interessados ou quem tiver tido um prejuízo por ações ou omissões cometidas pelo administrador ou seus auxiliares durante o período que atuaram no processo. têm legitimidade para ajuizar a ação de responsabilidade civil, que terá que seguir as regras do regime do Código Civil Italiano conforme o art.º. 2946.º, determina.

O código italiano no art.º 32.º, autoriza que o administrador da insolvência perderá contar com ajuda de auxiliares para ampará-lo no exercício das suas atividades, sempre com a devida supervisão, da mesma forma que a legislação lusitana.

De acordo com a doutrinadora Vanessa Garcia, os doutrinadores italianos discutem a respeito da natureza jurídica aplicada sobre a responsabilidade civil do administrador da insolvência, pois a maioria deles sustentam a ideia de que a tese mais válida para o caso é da responsabilidade contratual, uma vez que, a questão em discussão é o incumprimento dos deveres natos da função que tem como escopo a busca na satisfação do interesse dos credores e da insolvência. Já quanto à culpa ela é considerada presumida em relação ao administrador, portanto, deve ao sujeito que sofreu o dano constituir prova do incumprimento das obrigações impostas pela lei ou do plano de liquidação.⁹³

⁹³ Cfr. VANESSA CRISTINA DE VELEZ GARCIA, *op.cit.*, pág. 169.

9. Conclusão

No decorrer do estudo apresentado a temática desenvolvida procurou compreender a responsabilidade que envolve o administrador da insolvência, bem como todas as suas consequências e procedimentos.

O nosso objeto de pesquisa tem como ponto de partida o art.º 59.º do CIRE, pois ele é a base de sustentação para o desenvolvimento do trabalho por consagrar o instituto da responsabilidade do administrador da insolvência, que visa proteger os credores da massa insolvente e os credores da insolvência, de ações e omissões danosas do administrador da insolvência, bem como proporcionar uma responsabilidade solidária por atos prejudiciais realizados pelos auxiliares. O legislador ao desenvolver esse regime da responsabilidade buscou as bases conceituais da responsabilidade civil extracontratual, bem como, seus pressupostos os quais devem sempre serem analisados, sendo eles: ato, dano, ilicitude, culpa e nexo de causalidade, antes da utilização.

Para que ocorra a imputação da responsabilidade contida no n.º 1 do art.º 59.º do CIRE, é necessário que ocorra o preenchimento dos pressupostos contidos tanto no regime geral quando no extracontratual, pois ela advém do descumprimento da norma, que exige que ocorra o cumprimento do exercício profissional. Deste modo, entendemos como aceitável apenas a adoção deste sistema de responsabilidade no âmbito do administrador da insolvência, pois o sistema aquiliano ele atende perfeitamente as exigências necessárias para a resolução da questão.

Durante o estudo elaborado, realizamos diversas análises à responsabilidade do administrador da insolvência, bem como os deveres que são assumidos com a investidura do cargo, deveres esses que se forem violados geram consequências tenebrosas para o administrador. É nesse âmbito que surgem as comparações com o regime do administrador societário. As características de ambos os institutos assemelham-se de forma evidente aos colocá-los lado a lado e essas semelhanças acabam por se tornar fonte de aprimoramento, claro que com as devidas adaptações, como, por exemplo, dos

deveres de cuidado e lealdade e suas demais variações, que devem ser usadas por analogia ao se analisar os atos do administrador da insolvência.

Uma outra importante questão apresentada foram as hipóteses de exclusão de responsabilização do administrador da insolvência, a tese da *business judgment rule*, que é muito utilizada no regime do administrador da sociedade, e que foi incorporada às situações onde o administrador da insolvência afasta a responsabilidade de si ao conseguir demonstrar que agiu de acordo com as medidas necessárias para aquela situação, que atuou com as devidas diligências cabíveis, sem qualquer interesse pessoal e conforme os padrões normais de juízo e senso.

No que toca ao quesito da inversão do ônus da prova, regime que se encontra contemplado no n.º 2.º do art.º 59.º do CIRE, concordamos com a sua aplicação na maneira na qual foi apresentada, pois a constituição da prova muitas vezes acaba por ser quase impossível de ser realizada pela parte contrária, tendo em vista que ela só será possível de ser elaborada pelo sujeito que atua diretamente com a administração da massa insolvente e tem o conhecimento pleno da situação bem como a posse de toda a documentação, portanto, a inversão é algo muito bem pensado e previsto para a solução da formação do ônus da prova.

Já quanto à responsabilidade civil estipulada no n.º 3.º do art.º 59.º do CIRE, que recai sobre os atos praticados pelos auxiliares, entendemos que o vínculo existente entre o administrador e o auxiliar apresenta características de subordinação, uma vez que a culpa do administrador será aferida de acordo com uma lista de requisitos como escolha do auxiliar, aptidão para exercer a função, por meio das instruções fornecidas ou não, pela supervisão e vigilância exercida ou não. Tudo isso vai servir de parâmetro para apuração do grau da culpa da responsabilidade que recairá sobre o administrador da insolvência.

Em relação ao prazo prescricional estipulado no n.º 5º do art.º 59.º do CIRE, concordamos que o prazo apresentado pelo legislador está perfeitamente de acordo com a situação, sendo perfeitamente adequado para que os credores ou terceiros interessados apresentem a suas reclamações. O trabalho executado pelo administrador da insolvência, no contexto do processo de insolvência, não justifica que exista um prazo de prescrição excessivo, visto que a função

primordial do administrador é a de dar proteção e procurar a satisfação do credor. Por outro lado, o alargamento do prazo acabaria por trazer um período sabático maior do que o devido para o administrador que ficaria nas mãos de um credor, que não zelou pelos seus interesses e que só tardiamente ficou a saber do dano que lhe foi acometido, aqui enquadra-se perfeitamente o velho e conhecido jargão “*Dormientibus non succurrit jus*”, o Direito não socorre aos que dormem. Já em relação aos terceiros que tenham sofrido algum tipo de dano, estes, ao menos, teriam o prazo disponível aos credores, já que possuem um prazo mais curto.

De modo geral, o legislador realizou uma mais-valia ao desenvolver um regime privado específico para o administrador da insolvência, pois conseguiu melhorar e trazer um plus ao sistema insolvencial já existente na legislação lusitana, dado que ao inserir o presente órgão ao sistema insolvencial, foi possível realizar um desenvolvimento a nível de benefícios espetacular para a matéria, trazendo uma maior credibilidade iniciando pelo modo de requisitos necessários para a nomeação do administrador⁹⁴. Posteriormente com a fiscalização dos atos e com a possibilidade de responsabilização do administrador e inclusive dos seus auxiliares, fazendo com que o sistema se feche em um ciclo harmónico, tendo em vista que existe muito interesse em causa, o que necessita de um bom profissional, e por este motivo o pressuposto que é necessário tais profissionais tenham uma especialização condizente com o cargo e que possuam destrezas técnicas para a solução das demandas apresentadas.

Podemos finalizar a temática com uma pequena lamentação de que a responsabilidade do administrador da insolvência é um tema que apresenta uma profundidade e verticalidade tão grande, mas, que não tem a sua grandeza reconhecida no arcabouço jurídico insolvencial português, seja em nível de literatura a pesquisar, seja no nível jurisprudencial, uma vez que quanto mais debatido e estudado o objeto, mais se desenvolve e se produz conhecimento e melhorias de soluções para o seu aprimoramento.

⁹⁴ Os requisitos se encontram previstos no art.º 3º do EAJ.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades* – Coimbra: Almedina, 2010;

ANDRADE, Manuel de, in *Teoria Geral da Relação Jurídica* Vol. I, 1997, Almedina, pág. 342.

ALVES, Renata Silva – *O novo CIRE e os administradores de insolvência- aspetos fiscais* – 2012;

CAEIRO, Pedro, Sobre a natureza dos crimes falências (O patrimônio, a falência, a sua incriminação e a reforma dela), in Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica* n.º 19, Coimbra Editora, 1996,

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência*, Revista da Ordem dos Advogados Ano 66 II, 2006;

CORREIA, João Anacoreta e BARBOSA, Carlos Sousa – *A responsabilidade dos administradores da insolvência* Revista Actualidade Jurídica (maio/agosto de 2009);

COSTA, Leticia Marques, *A insolvência de Pessoas Singulares*, Almedina, 2021, pp 49

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2013;

COSTA, Ricardo – *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* – Coimbra: Almedina, 2017;

EPIFÂNIO, Maria do Rosário – *Manual de Direito da Insolvência* – 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2010;

GANDRA, Fernandez De La, e ÁLVAREZ, Sánchez, *Comentarios a la Ley Concursal*, Ed. Juridicas e Sociales, 2004;

FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado* - Lisboa: Quid Juris, 2015;

GHIA, Lucio, *Lo status del fallito negli altri paest della comunita europea*, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali (2005),

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência* – 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2013;

- MARTINS, Luís M, *Processo de Insolvência*, 3.^a Ed. Coimbra, Almedina, 2013;
- MARTINS, Luís M. *Processo de Insolvência*. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016;
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações*, 3.^a Ed., 2011, AAFDL
- PAIS VASCONCELOS, Pedro, *Responsabilidade Civil do Administrador da Insolvência*, II Congresso de Direito da Insolvência, 2014;
- PEREIRA, Ana Rita Firmino, *A Responsabilidade dos gerentes e administradores pela insolvência da sociedade*, dissertação de mestrado, 2018;
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2005;
- RODRIGUES BANDEIRA, Hugo Adrião, *A Responsabilidade civil do administrador da insolvência perante os credores*, dissertação de mestrado, Lisboa, Universidade de Lisboa, 2017;
- OLIVEIRA, Joana Albuquerque, *Curso de processo de insolvência e de recuperação de empresas*. Coimbra: Almedina, 2011;
- OLIVEIRA, Sílvia Marina da Costa, *A Responsabilidade do Administrador da Insolvência*, Coimbra, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2017;
- TEIXEIRA, José Manuel, *Formação segmentada curso SEG2610 processo de insolvência*. Lisboa. OTOC – Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, 2010;
- SILVA, Fátima Reis, *Processo de Insolvência: Os Órgãos de Insolvência e o Plano de Insolvência* – Revista CEJ n.º 14, 2º semestre 2010;
- SILVA, Joaquim Alexandre, IRC/2012 – Determinação da matéria colectável e cálculo do imposto. Maia. APECA – Associação Portuguesa das Empresas de Contabilidade e Administração, 2013;
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. 1, 10.^a Ed., 2008, Almedina;
- VELEZ GARCIA, Vanessa Cristina de. *A Responsabilidade Civil do Administrador da Insolvência*, dissertação de mestrado, FDUL, 2011
- YANES YANES, Pedro, *La Administracion Concursal, Derecho Concursal Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Ed. Dilex, 2006

Documentos legislativos

DL 53/2004. *D.R. I Série A.* (2004-03-18) 1402-1406. Aprovação do Código de Insolvência e da Recuperação da Empresa.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação

Acórdão do Tribunal da Relação

Acórdão do Tribunal da Relação Guimarães de 29-11-2011, proc. 6319/07.2TBBRG-N. G1,

APÊNDICES

Anexos



Universidade Portucalense Infante D. Henrique | Rua Dr. António Bernardino de Almeida,
541 4200-072 Porto | Telefone: +351 225 572 000 | email: upt@upt.pt



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE