



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Responsabilidade do Administrador de Facto no CIRE

Tatiana Ferreira Rosário

Faculdade de Direito - Escola do Porto
2017

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Responsabilidade dos Administradores de Facto no CIRE

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa,
no âmbito do Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios sob a orientação da
Exma. Sra. Mestre Maria do Rosário Epifânio

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2017

*Aos meus Pais,
À Juliana, minha Irmã.*

“A insolvência da empresa apresenta-se, do ponto de vista económico e social, como um facto especialmente danoso e se é certo que a sua produção ou agravação pode dever-se a uma multiplicidade de causas, mais certo será que quando a mesma se deve a uma atuação censurável dos seus titulares, estes devem ser responsabilizados.”

Rui Estrela de Oliveira, Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência, 2010

Agradecimentos

Seria ingrata se não eternizasse, neste trabalho, os meus sinceros agradecimentos.

Agradeço à minha orientadora, Mestre Maria do Rosário Epifânio, a quem faço vénia por toda a dedicação e disponibilidade demonstrada e prestada ao longo deste percurso.

Aos meus pais, que me permitiram frequentar esta instituição e estiveram sempre do meu lado.

À minha irmã, por estar presente em todas as etapas da minha vida.

Ao Hélio, pela paciência demonstrada.

Resumo

A presente dissertação tem como propósito o estudo da figura do administrador de facto e a efetivação da sua responsabilidade no âmbito do CIRE.

Não obstante a figura do administrador de facto não se encontrar definida no CIRE, houve preocupação por parte do legislador em referi-la ao longo do respetivo código, pelo facto de, na grande maioria dos casos, ser quem efetivamente exerce as funções de administração, sem ter sido formalmente designado para o cargo. Este fenómeno da administração fática está intimamente ligado à insolvência da sociedade, quando usado para satisfazer interesses contrários à sociedade administrada, empobrecendo-a e diminuindo as garantias dos credores.

Com a Lei 16/2012 apuramos que foram introduzidas alterações ao CIRE capazes de facilitar e efetivar a responsabilidade dos administradores de facto abrangidos pela declaração de insolvência como culposa, tutelando desta forma os interesses dos credores. Houve claramente um retorno ao sistema do CPEREF e é neste sentido que vamos perspetivar a presente dissertação.

Palavras-chave: Administrador de Facto; Insolvência; Insolvência Culposa; Responsabilidade; Responsabilidade Insolvencial;

Abstract

The purpose of this dissertation is to study the role of de facto director figure and the fulfillment of his responsibility within CIRE.

Despite the fact that the de facto director is not defined in the CIRE, there was concern by the legislator to refer it throughout the respective code, given that, in most cases, he is the one who perform the administration functions, without being formally appointed to the position. This phenomenon of phatic administration is closely linked to the society's insolvency, when used to satisfy opposing interests to that of administered society, impoverishing it and diminishing the guarantees of creditors.

With law 16/2012, we determined that changes have been made to the CIRE in order to facilitate and enforce the de facto director's liability covered by the insolvency decree as guilty, thus protecting the interests of creditors. There was clearly a return of CPEREF system and it is in this sense that we are going to prospect the current dissertation.

Keywords: de facto director; Insolvency; wrongful insolvency; liability; insolvencial liability;

ÍNDICE

Siglas e Abreviaturas	10
1. Introdução	12
PARTE I - O ADMINISTRADOR DE FACTO	13
1. O fenómeno patológico da Administração de Facto - Contextualização	13
2. O Perfil do Administrador de Facto	15
2.1 <i>Administrador de Facto Direto</i>	16
2.2 <i>Administrador de Facto Indireto</i>	17
3. Critério formal e funcional na construção do conceito	18
3.1 <i>Critério Formal</i>	18
3.1.1 <i>Crítica à doutrina formalista</i>	19
3.2 <i>Critério Funcional</i>	19
4. Manifestações sintomáticas do administrador de facto	20
4.1 <i>Ilegitimidade da administração fática</i>	21
4.1.1 <i>Ausência formal do cargo de administrador</i>	21
4.1.2 <i>Designação inválida para o cargo</i>	22
4.2 <i>A intensidade do exercício de gestão</i>	22
4.3 <i>Independência do exercício de gestão</i>	24
4.4 <i>Atuação Sistemática</i>	25
4.5 <i>Anuência da Sociedade</i>	25
5. <i> Holding out test, Equal footing test e método indiciário</i>	26
6. Figuras congéneres	28
6.1 <i>Sócio Controlador - art. 83.º CSC</i>	28
6.2 <i>Sociedades em relação de Grupo</i>	29
6.3 <i>Terceiros Controladores</i>	30
PARTE II - A INSOLVÊNCIA CULPOSA E AS PRESUNÇÕES DO ART. 186.º CIRE	31
1. A Insolvência no CIRE – Breve Enquadramento Legal	31
2. O Incidente de Qualificação da Insolvência – Breves considerações	33
2.1 <i>Contributo das Presunções dos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º CIRE</i>	35
2.2 <i>Sentença de Qualificação Da Insolvência como Culposa</i>	37

2.2.1 A Obrigação de indemnizar	38
PARTE III – EFETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DE FACTO	40
1. A responsabilidade dos administradores de facto pela causação ou agravamento da insolvência	40
1.1 A Business Judgement Rule e o art. 186.º n.º1 do CIRE	43
2. Responsabilidade Insolvencial e o art. 78.º CSC – Problema?	44
Conclusão	46
Bibliografia	48
Jurisprudência	52

Siglas e Abreviaturas

Ac.	Acórdão
AD.	Administrador de direito
Adm.	Administrador
AF.	Administrador de facto
Al.	Alínea
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
<i>BJR</i>	<i>Business Judgmente Rule</i>
CC	Código Civil
Cfr.	Conferir/Confrontar
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CP	Código Penal
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e Falência
CRCOM	Código do Registo Comercial
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT	Contabilista Certificado
DL	Decreto-Lei
<i>Ibidem</i>	Mesmo autor, mesma obra, mesma página
<i>Idem</i>	Mesmo autor, mesma obra
I.e.	Isto é
<i>Infra</i>	Abaixo
N.º	Número

N.ºs	Números
Proc.	Processo
ROC	Revisor Oficial de Contas
SA	Sociedade(s) anónima(s)
SQ	Sociedade(s) por quota(s)
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

1. Introdução

O objeto da presente dissertação consiste no estudo da evolução da figura do administrador de facto e, a sua responsabilização, no âmbito do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas.

Face ao agudizar da crise económica europeia instalada no final da primeira década do século XXI, a palavra insolvência passou a fazer parte do nosso quotidiano pelo flagelo a que se assistia diariamente. Apesar do foco do Direito da Insolvência renascer com a crise que vivemos ainda nos dias de hoje, é certo que o direito nunca ignorou estas situações de incumprimento das obrigações no passado.

Posto isto, situação igualmente preocupante, é o fenómeno da administração fática que, pode estar intimamente ligado à insolvência da sociedade quando usado como veículo para satisfazer interesses contrários à sociedade administrada, diminuindo as garantias patrimoniais dos credores.

Sendo a finalidade do processo de insolvência a satisfação dos credores, houve necessidade de tutelar os seus interesses, não deixando a impunidade prevalecer sobre as insolvências fraudulentas ou dolosas, responsabilizando-se assim os administradores de direito, ou de facto, das pessoas coletivas. Portanto, por força da necessidade de responsabilizar os sujeitos jurídicos que originam ou contribuem para situações de insolvência através da adoção de comportamentos dolosos ou com culpa grave, foi criado o incidente de qualificação da insolvência, que se destina a apurar se a insolvência é fortuita ou culposa, interessando para a presente dissertação o estudo mais aprofundado da insolvência qualificada como culposa e as consequências decorrentes desta qualificação, para o administrador de facto.

Acresce ao referido que, no presente trabalho, além do estudo aprofundado da administração fática, procuraremos elencar todas as vias possíveis para efetivar a responsabilidade do administrador de facto através do CIRE.

PARTE I - O ADMINISTRADOR DE FACTO

1. O fenómeno patológico da Administração de Facto - Contextualização

A sociedade comercial é uma entidade dotada de personalidade jurídica, revestida de centros de poderes funcionais que, “(...)para poderem ser o instrumento de que a pessoa coletiva carece, permitindo-lhe querer e agir, devem ser servidos por pessoas físicas, únicas entidades que podem possuir vontade psicológica e desenvolver uma atividade.”.¹⁻²

O administrador de uma sociedade³, enquanto membro do órgão responsável pela gestão, funcionamento e representação da estrutura organizada que é a sociedade, regra geral, está investido de poderes, de acordo com as formas previstas na lei para a prossecução dos atos que forem necessários ou convenientes à realização do objeto social (cfr. art 259.º CSC). Segundo RICARDO COSTA, “ligam-se à sociedade por um nexo de organicidade que nos conduz à existência de um elenco de funções e competências do órgão de administração, atribuídas pela lei às pessoas titulares ou membros do órgão como detentoras da habilitação para levar a cabo essas competências próprias e distintivas em relação aos outros órgãos da sociedade”⁴.

Porém, apesar de a lei ser precisa e clara no que respeita aos pressupostos formais⁵ para se integrar o cargo de administrador de uma sociedade, é certo que, na prática,

¹ RODRIGUES, Ilídio Duarte, *A administração das sociedades por quotas e anónimas: organização e estatuto dos administradores*, Petrony, Lisboa, 1990, 101.

² COSTA, Ricardo, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014, 45 “..a sociedade comercial, como pessoa jurídico-coletiva, não é um ente ou sujeito dotado de existência naturalística. É um ente ou sujeito criado e reconhecido pelo ordenamento em razão do seu poder normativo.”.

³ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governança das sociedades comerciais*, 2ª edição Almedina, 2010, 76.

“Os administradores são eleitos em regra, por deliberação dos sócios aprovada por maioria absoluta dos votos emitidos ou, quando haja várias propostas ou listas, por maioria relativa (CSC, arts. 386.º, 1,2, 391.º, 1,2)”.

⁴ COSTA, Ricardo, *in ob. cit.*, 31.

⁵ *Idem*, 48, nota de rodapé n.º29 “O substrato da investidura formal dos administradores, em rigor, não resultará apenas da observância da modalidade de designação prevista e admitida por lei ou pelo estatuto da sociedade. Nesse processo formal poderemos ainda incluir o elenco de *requisitos pessoais* tocantes à existência de capacidade jurídica de exercício ou agir (requisito positivo) – “capacidade jurídica plena” (arts. 252.º, n.º1, 390.º, n.º3, 425.º, n.º 6, ad.d); – e à inexistência de incompatibilidades originárias (requisito negativo) – inibição decorrente da insolvência culposa (art.189.º, n.º2, al.c) CIRE); inexistência de outras incompatibilidades, societárias e gerais (no CSC, art. 425.º n.º 6, als.a) a c); (...) e a publicitação da designação (arts. 3.º, n.º 1, al.m), 15.º, n.ºs 1 e 2, 70.º, n.º1 CRCCom.)”.

verificámos que existem indivíduos que não fazendo parte do órgão social competente, participam na gestão da sociedade ou influem sistematicamente nos processos decisórios da mesma – mesmo não tendo sido nomeados de forma regular⁶. É aqui que desponta o cerne da discussão⁷.

Vale a pena recordar que o administrador de facto nasceu de uma incerteza jurídica por ser um tema complexo – ainda hoje, apesar de desmistificado -, que se enquadrava numa zona intermédia do direito e do não direito⁸. É uma figura reconhecida um pouco por toda a Europa e, embora revestida de informalidade, está apta a produzir efeitos jurídicos.

Nasceu por isso a necessidade de estender as normas que responsabilizam⁹ os administradores de direito a outros sujeitos que, à primeira vista, não estão abrangidos na noção de administrador¹⁰, pela circunstância de haver indivíduos que de facto controlam a gestão e administração da sociedade¹¹ sem serem formalmente designados para o cargo¹², aproveitando-se desta situação para escaparem¹³ à sujeição das consequências desfavoráveis que resultam das regras jurídicas aplicáveis¹⁴.

Assim, a administração de uma sociedade exercida pelo administrador de facto caracteriza-se, essencialmente, por este realizar as funções próprias de um administrador

⁶ RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Coimbra, 2010, 154 “A administração de facto parece não corresponder ao funcionamento fisiológico da organização societária.”

⁷ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *El administrador de hecho de las sociedades*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, cop. 2002, 35 “Como es lógico, la condición de administrador de derecho resulta de la parte formal de la relación. (...). Por el contrario, a diferencia de los de derecho, los administradores de hecho frecuentemente no son fácilmente identificables y en numerosas ocasiones resulta sumamente difícil para el tercero probar que lo son, ya que se caracterizan precisamente por la falta de parte formal de la relación.”

⁸ *Idem*, 33, “No es una situación conforme al arquetipo normativo, porque se caracteriza precisamente por la ausencia de alguna de las condiciones requeridas por la Ley para la configuración de una situación de una relación de administración; pero no puede ser considerada tampoco como una situación de mero hecho, en cuanto se le reconocen una serie de consecuencias relevantes”. LATORRE CHINER, Nuria, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Editorial Comares, 2003, 55.

⁹ RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *in ob. cit.*, 152.

¹⁰ Segundo o Ac. TRC proc. n.º 682/15.9T8FND-A.C1, de 28.06.2016 (Fonte Ramos), é administrador quem “.. tem a seu cargo a condução geral de um determinado património; pessoa que administra, governa, dirige um organismo ou empresa, gere bens ou negócios-, sendo que, normalmente, o exercício da administração cabe a quem esteja legal ou voluntariamente investido nas correspondentes funções; porém, na previsão dos art.ºs 6º e 186º, n.º 1, devem também considerar-se envolvidos todos os que as desempenhem de facto, nomeadamente quando o fazem com carácter de permanência, mesmo que falte, para tanto, o apoio em determinação legal ou em acto voluntário do titular do património a gerir”.

¹¹ *Idem*, 151.

¹² LATORRE CHINER, *in ob. cit.*, 18 “...la administración fáctica presupone la divergencia entre la realidad registral y la extrarregistral ..”.

¹³ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*, 44 “..el administrador de hecho pretende ocultar su intervención, para impedir que se le pueda aplicar la posible responsabilidad por su actuación de la sociedad..”.

¹⁴ LATORRE CHINER, Nuria *in ob.cit.*, 27 “..buscan eludir la responsabilidad correspondiente.”.

de direito sem ter sido formalmente investido de poderes¹⁵, gerindo a sociedade como se fosse ele o administrador de direito¹⁶. Apesar de poder parecer uma questão simples, estamos perante uma matéria sensível por não haver concretização jurídica da figura em apreço, sendo necessário, por isso, haver um estudo rigoroso da atuação do administrador de facto de forma a delimitar critérios que ajudem à identificação do administrador de facto¹⁷. Sem os critérios que nos permitem ajudar a identificar a figura em apreço, estaríamos perante uma incerteza jurídica e inexatidão em relação ao administrador de facto na medida em que se cairia na tentação de pensar que toda a ingerência na gestão da sociedade se podia traduzir na atribuição automática da condição jurídica de administrador de facto, e isso seria um desastre – e exagero - na medida em que existe um número considerável de pessoas que participam na gestão comercial da sociedade, com mais ou menos independência e autoridade não sendo, por isso, considerados administradores *de iure* nem de facto¹⁸.

2. O Perfil do Administrador de Facto

Avançando com uma noção dada pelo COUTINHO DE ABREU, “...é administrador de facto (em sentido amplo) quem, sem título bastante, exerce, direta ou indiretamente e de modo autónomo (não subordinadamente) funções próprias de administrador de direito da sociedade”¹⁹.

A administração fática não se revela uniforme, isto é, a intervenção desta figura manifesta-se de forma distinta sendo que, por esta razão, houve necessidade de uma análise cuidada – e não precipitada - quer por parte da jurisprudência quer pela doutrina, sendo já possível desenhar os contornos da atuação deste administrador. Neste sentido, vamos abordar dois conceitos importantes que certamente nos vão ajudar a perceber melhor os moldes de atuação do administrador de facto, pela circunstância de se revelarem e atuarem de forma distinta. São eles o administrador de facto direto e o

¹⁵ RUIZ DE VILLA, Daniel Rodriguez, *La responsabilidad de los Administradores por las Deudas de las sociedades de Capital*, 2ªed, Aranzadi, 2004,162, “Se trata, en definitiva, de administradores materiales, frente a los administradores formales...”.

¹⁶ COSTA, Ricardo, *in ob. cit.*,48.

¹⁷ *Idem*, 757, o Autor elenca situações onde os sócios (ainda que maioritários) não podem ser qualificados como administradores de facto.

¹⁸ *Idem*, 661.

¹⁹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho/RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores (notas sobre o artigo 379 do Código do Trabalho, in “Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho” – Miscelâneas, n. °3, Almedina, Coimbra, 2004, 43.*

administrador de facto indireto. Apesar de ser importante fazer a distinção entre ambas as categorias - de forma a percebermos como é que os administradores de facto se manifestam - urge salientar que, por vezes, somos encaminhados para a irrelevância da distinção entre estes dois tipos de administração²⁰ pela circunstância do perfil adotado pelo administrador de facto poder mudar consoante as circunstâncias a que está sujeito.

2.1 Administrador de Facto Direto

Enquadra-se nesta categoria quem gere a sociedade por si próprio, não utilizando nem manipulando o(s) administrador(es) de direito para atuarem por ele²¹. O administrador de facto exerce diretamente os poderes que competem aos administradores de direito, havendo uma invasão ilegítima da esfera representativa dos administradores²², atuando abertamente como se tivesse sido validamente nomeado para o cargo de administrador.

Contudo, apesar do referido supra, a doutrina nacional procurou definir o administrador de facto direto através de uma *tipologia binária*²³, isto é: o administrador de facto aparente e o oculto sob outro título.

No que respeita ao primeiro tipo, falamos não só de indivíduos que desempenham funções de gestão e administração da sociedade, mesmo não tendo qualquer vínculo jurídico que lhes permita intervir dessa forma mas, também, aqueles agentes que estão desprovidos do título atributivo da condição de administração, ou porque este se encontra viciado ou porque tendo sido originariamente válido se encontra extinto ou suspenso²⁴.

Em relação ao administrador oculto sob outro título, estamos perante a atuação de uma pessoa que ostenta claramente um estatuto diverso do de administrador, apesar de desempenhar as funções de gestão que, à partida, seriam do administrador de direito.

Esta subespécie apesar de não ter o cargo de administrador possui, em virtude da relação que frui com a sociedade, um cargo formal na empresa e, devido a este facto pratica funções de gestão da sociedade com a autonomia característica dos administradores de direito. É também caracterizado, segundo RICARDO COSTA²⁵, como sendo um administrado dissimulado, uma vez que não se apresenta perante terceiros

²⁰ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*,780.

²¹ *Idem*, 648.

²² DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*,44.

²³ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*,646.

²⁴ *Idem*, 512.

²⁵ *Idem*, 647.

como administrador da sociedade, mas antes, portador de um título com o que se relaciona com a sociedade.

2.2 Administrador de Facto Indireto

Esta forma de administração de facto mereceu especial atenção no ordenamento jurídico britânico - onde a figura em questão denomina-se de *shadow director*²⁶ - devido ao caso emblemático *Hydrodan (Corby) Limited*²⁷.

São administradores de facto conhecidos por atuarem indiretamente sobre a administração da sociedade²⁸, manifestando controlo e influência decisiva²⁹ sobre os administradores *de iure*. Quer isto significar que estes agentes não adotam decisões próprias de gestão nem atuam como administradores da sociedade, procurando, em regra, eximir-se à transcendência pública do poder e da força que têm para dirigir e orientar a gestão da sociedade³⁰. Fazem-no através de instruções e diretivas que são emitidas confidencialmente, tendo em conta que a intenção do sujeito influenciador é, geralmente, a de fazer passar despercebida a sua influência sobre a administração oficial³¹.

Neste sentido, acredita-se que os administradores *de iure* legalmente designados, podem ser denominados de administradores de direito subordinados quando atuam como meros “testas de ferro”³² ou “homens de confiança”, caracterizando-se por assumirem um papel de meros executores acríticos³³. Todavia, existem os administradores de direito reativos que atuam tendo em consideração a sua vontade própria, apesar de estarem limitados e condicionados à influência do administrador de facto para decidirem ou

²⁶ Figura criada pelos tribunais inglese, na secção 741.2 do *Companies Act de 1985* - que corresponde atualmente à secção 251 do *Companies Act de 2006* - define *shadow director* - disponível em www.lesgislation.gov.uk.

²⁷ LATORRE CHINER, Nuria, *in ob. cit.*, 73; COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*, 702; ANTUNES, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades (Estrutura e organização Jurídica da Empresa Plurissocietária)*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, 593; RIBEIRO, Maria de Fátima, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, Almedina, Coimbra, 466”.

²⁸ Normalmente estamos perante um sócio controlador, sociedade dominante ou sócio declarado inibido para ocupar cargos sociais.

²⁹ DÍAZ ECHEGARAY, *in ob.cit.*, 138.

³⁰ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*, 649.

³¹ *Idem*, 653.

³² DÍAZ ECHEGARAY, *in ob.cit.*, 138; RUIZ DE VILLA, Daniel Rodriguez, *La responsabilidad de los Administradores por las Deudas de las sociedades de Capital*, 2ª edição, Aranzadi, 2004, 160, “hacen de los administradores de derecho como hombres de paja (...) estos últimos siguen al pie de la letra las instrucciones...”.

³³ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*, 655.

executarem determinado plano, justamente porque estes detêm influência determinante sobre o perímetro de decisão e atuação executiva do administrador de direito³⁴.

O *shadow director* é uma das manifestações mais frequentes da administração fática, não sendo fácil demonstrar a sua intervenção na condução dos destinos sociais, sobretudo nos casos em que as instruções são emitidas de forma confidencial e secreta, para a respetiva influência passar despercebida.

Assim, segundo RICARDO COSTA, existem dois requisitos que definem a atuação da administração fática indireta. O primeiro revela-se na capacidade de impor as instruções e diretivas aos administradores formalmente designados, de tal forma que, as estratégias e operativas são induzidas pelo administrador de facto. O segundo requisito assenta na evidência de os administradores *de iure* estarem numa posição de subordinação e, habitualmente, acatarem as “ordens” por eles interpostos, sem qualquer autodeterminação – ou muito reduzida.³⁵

3. Critério formal e funcional na construção do conceito

É com base no direito comparado que vamos perceber em que consistem estes critérios que estão na origem do conceito do administrador de facto.

3.1 Critério Formal

A doutrina formalista³⁶ acredita que só pode ser considerado administrador de facto quem tiver sido designado como administrador, mesmo que a nomeação³⁷ que possa ter existido tenha caducado ou seja inválida. É com base neste requisito³⁸ que os defensores da doutrina aceitam uma total equiparação entre a administração de direito e de facto.

Para esta doutrina só se pode responsabilizar existindo vínculo orgânico mínimo entre a sociedade e a administração, isto é, existindo um ato de nomeação. Genericamente, este critério evita a paralisação da sociedade por impedimento da

³⁴ *Idem*, 779.

³⁵ *Idem*, 651.

³⁶ NICCOLÒ, Abriani, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Giuffrè, 1998, 202.

³⁷ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*, 129.

³⁸ LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.*, 91. “...sustentan la doctrina del administrador de hecho en la relación contractual que se forma, tácita o implícitamente, entre éste y la sociedad. El ejercicio de las funciones de hecho quedaría justificado por la existencia del nombramiento tácito por la sociedad.”.

atividade dos órgãos sociais, em virtude da designação irregular ou caducidade do mandato dos seus titulares, admitindo desta forma que a sociedade atue licitamente no tráfico jurídico ao atribuir eficácia aos atos praticados pelo administrador de facto.

3.1.1 Crítica à doutrina formalista

Segundo esta doutrina, para se considerar um indivíduo como administrador de facto, é necessária a verificação de um vínculo orgânico, e só assim há lugar a uma relação contratual de administração. Ora, este primeiro pressuposto leva-nos a um conceito restrito da culpa contratual³⁹ que, segundo JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, a doutrina moderna civil já ultrapassou, sendo que a responsabilidade contratual se estende não só à responsabilidade que surge por consequência de uma prévia relação contratual, mas também a todos os casos de violação de obrigações preexistentes, sejam estas consequências do contrato ou da lei.⁴⁰

Além do que se referiu supra, foi considerada uma doutrina insuficiente, pelo facto de os poderes dos administradores não resultarem apenas de uma nomeação ou investidura irregular. Acresce a isto o facto de que, restringir a função da administração de facto à necessidade de assegurar a não paralisação da sociedade, faz com que sobressaia alguma ignorância em relação ao fim último do instituto⁴¹.

3.2 Critério Funcional

Apraz referir que, no nosso ordenamento jurídico nacional, se abraça a doutrina funcional, por atender às funções que efetivamente são exercidas e não à qualificação formal do indivíduo como administrador.

Nesta doutrina o raciocínio é antagónico ao da doutrina formalista, pois o exercício efetivo de funções de administração é o único requisito exigível para a responsabilidade do administrador de facto⁴². Aqui o que é importante é saber por quem

³⁹ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*,131.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Idem*, 132, “*Se pretende con ella principalmente extender la responsabilidad que la Ley señala para los administradores a aquellos que, em ausencia de válida designación, intervienen en la administración de la sociedad.*”.

⁴² LATORRE CHINER, *in ob. cit.*,92 Nuria, “*..el administrador fáctico constituye el reflejo imperfecto del administrador jurídico (alejado de él por la ausencia de un nombramiento regular y válido), carece de sentido explicar su relación con la sociedad desde una perspectiva contratual, no solo porque no hay, sino porque no da respuestas a muchas de las dudas que pueden suscitarse.*”.

são desempenhadas as funções típicas de administração para sabermos se se justifica, ou não, a exigência de responsabilidade. Tem de haver uma realização efetiva de uma atividade positiva de gestão ou influência dominante sobre essa atividade⁴³. Pode haver uma aparência de posição orgânica⁴⁴, nas palavras de NURIA LATORRE CHINER, pelo facto de se atuar como um autêntico administrador da sociedade.

Esta doutrina permite eliminar o conceito restrito da culpa contratual – derivado da doutrina formalista – e responsabilizar todos os que desempenham efetivamente as funções de administração, evitando assim qualquer esquema fraudulento usado para escapar das consequências desfavoráveis que resultam das regras jurídicas aplicáveis.

Assim, e nas palavras de JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, deve considerar-se administrador de facto qualquer indivíduo que realize efetivamente as funções de gestão e administração de uma sociedade mesmo que na ausência de um ato de designação, não impedindo este facto a extensão da responsabilidade a estes administradores⁴⁵.

4. Manifestações sintomáticas do administrador de facto

Ao contrário dos administradores de direito⁴⁶, a questão em torno do administrador de facto revela-se preocupante pelo facto de, no nosso ordenamento jurídico, não haver uma concretização jurídica que delimite a figura, lhe trace os contornos e, bem assim, a responsabilize. Contudo, acaba por ser compreensível, segundo RICARDO COSTA, “(...) uma vez que, surpreendida a figura numa multiplicidade de situações substancialmente desprovidas de ligação uniforme entre si, não pode ser reconduzida a uma fórmula completa e inelástica”⁴⁷. Apesar dos contornos moldáveis da figura, o administrador de facto não pode ser encarado com leviandade, não pode ser estudado com incertezas sendo essencial, por isso, identificar os indivíduos que põem em causa a sobrevivência da sociedade comercial - bem como a garantia patrimonial que serve de almofada aos credores. É então importante estabelecer critérios idóneos que identifiquem o “rasto” do administrador de facto⁴⁸ sem, contudo, instituir cânones rígidos

⁴³ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*,669; DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*,79.

⁴⁴ LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.*,92.

⁴⁵ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*,133.

⁴⁶ *Idem*, 35.

⁴⁷ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*,658.

⁴⁸ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob. cit.*,35, “*Por el contrario, a diferencia de los derecho, los administradores de hecho frecuentemente no son fácilmente identificables y en numerosas ocasiones resulta sumamente difícil para el tercero probar que lo son, ya que se caracterizan precisamente por la*

de identificação para que não se restrinja a sua atuação, uma vez que o administrador de facto pode revelar-se de formas bem distintas. Pode-se chamar a isto, um “método tipológico” de qualificação ou indiciário⁴⁹ que nos ajuda a identificar o potencial administrador.

Torna-se essencial decifrar o nascimento do administrador de facto⁵⁰ para, desta forma, se poder exigir a responsabilidade correspondente - por atuar no hemisfério da administração quando ferido de ilegitimidade originária ou superveniente⁵¹.

Segundo DANIEL RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, os administradores de facto devem realizar funções próprias do administrador de direito com algumas nuances identificadoras de índole quantitativa e qualitativa, que manifestem um grau mínimo de importância, sendo elas: a permanência ou continuidade, presença real e efetiva no âmbito de gestão da sociedade, atuação na sociedade com protagonismo, autonomia na faculdade de decidir e independência⁵².

4.1 Ilegitimidade da administração fática

Para abordarmos o problema da ilegitimidade da administração fática, temos de analisar duas situações distintas que revestem critérios de carácter negativo, uma vez que permitem distinguir o administrador de facto do de direito, pela circunstância do primeiro carecer de uma investidura formal para o cargo⁵³, não tendo legitimidade para o exercício das funções de administração que, na realidade, as realiza.

Desta forma, vamos expor as condições na presença das quais se pode afirmar que se produziu o exercício de funções administrativas, por parte de quem não está legitimado para isso, e ainda, as principais formas de manifestação que o desenvolvimento de tal atividade vem assumir.

4.1.1 Ausência formal do cargo de administrador

O administrador de facto nesta situação, carece de legitimação para o exercício das funções que opera, não querendo com isto dizer que já não possa ter possuído um

falta de la parte formal de la relación. Por ello resulta preciso establecer, com la mayor claridade posible, los criterios que permiten la identificación de esta figura.”.

⁴⁹ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*,665.

⁵⁰ LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.*,66.

⁵¹ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.* 664.

⁵² RUIZ DE VILLA, Daniel Rodriguez, *in ob.cit.*,162.

⁵³ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*,37.

título, mas o dito cujo, ter-se-á extinguido⁵⁴ ou encontra-se suspenso. Na situação de o administrador de direito, depois de cessar o cargo, ainda assim, continuar a administrar a sociedade, constitui - segundo JOSE LUÍZ DIAS ECHEGARAY⁵⁵ - claramente uma atuação de administração fática.

Sem prejuízo do que acabámos de constatar, um dos aspetos que melhor define o administrador de facto é, sem dúvida, a ausência formal do respetivo cargo, a falta de nomeação válida para exercer as funções de administração⁵⁶.

4.1.2 Designação inválida para o cargo

Trata-se de uma irregularidade que corresponde à fase embrionária da relação de administração.

Há administração fática mesmo que o indivíduo tenha sido designado de forma inválida ou ineficaz, sempre que este tenha exercido de facto as funções de administração da sociedade⁵⁷. Contudo, a designação nula ou ineficaz não permite por si só afirmar a condição de administrador de facto – percebe-se que assim seja uma vez que, esta condição não serve de cânone único para identificar a figura do administrador de facto, pela circunstância do administrador, designado invalidamente para o cargo, poder não exercer de facto funções de gestão e administração na sociedade.

4.2 A intensidade do exercício de gestão

Reportamo-nos a um assunto onde é imperativo uma análise cuidada do que é considerado intensidade do exercício de gestão. Porquê? Defendemos que os atos isolados de administração⁵⁸ e a ingerência ocasional, não podem lograr, sem mais⁵⁹,

⁵⁴ O art. 391.º do CSC com epígrafe “Designação” refere no seu n.º4 que, “Embora designados por prazo certo, os administradores mantêm-se em funções até nova designação, sem prejuízo do disposto nos artigos 394.º, 403.º e 404.º”. Ora a questão que se coloca é a de saber se, ao abrigo desta norma, ainda assim, o “antigo” administrador, será considerado administrador de facto naquele período temporal, posterior ao término do seu mandato, dado que tem de se manter em funções até nova designação. Se se entender que a caducidade provoca a cessação imediata da relação jurídica então considerar-se-á, segundo o meu entendimento, que, o lapso de tempo entre a caducidade do título até nova designação do administrador faz com que, naquele espaço temporal, o indivíduo em questão seja administrador de facto.

⁵⁵ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*,120.

⁵⁶ LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.*,82.

⁵⁷ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*,120.

⁵⁸ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*,782 “(descontadas as possibilidades legais e estatutárias de intervenção dos sócios ou as faculdades contratuais de ingerência de um outro terceiro em relação à administração)”.

⁵⁹ COSTA, Ricardo, *Sócios como Administradores de facto das suas sociedades*, in *Estudos comemorativos dos 20 anos da Abreu Advogados*, coord. Ricardo Costa, Luís Gonçalves da Silva, n.º4 Coimbra, Almedina,

qualificar um sujeito como administrador de facto⁶⁰. Ora, é necessário recolher um conjunto de pressupostos de legitimação material capazes de suprir a ilegitimidade formal⁶¹.

O grande problema nesta matéria baseia-se nas presunções que são feitas para se tentar imputar a um sujeito a qualidade de administrador de facto quando, na verdade, os atos por ele praticados não têm o relevo necessário para o efeito “desejado”. Não podemos presumir que estamos perante um sujeito que se apropriou, sem título, das funções de administração ou influenciou de forma vinculativa o exercício das funções de administrador de direito,⁶² quando, esse mesmo sujeito pode ter tido uma ingerência ocasional, quando praticou aquele ato no exercício das suas funções. Não se pode, sem prova adicional, sem requisitos de legitimação e sem a constituição de um título funcional a favor do indagado administrador sem título formal, chegar-se a essas conclusões⁶³.

O administrador de facto terá de atuar com o mesmo poder que é atribuído ao administrador de direito⁶⁴, terá de ter um poder soberano, ilimitado, pleno, capaz de impor as suas decisões (e representar⁶⁵) ou, influenciar e induzir de forma vinculativa a gestão da sociedade⁶⁶. As decisões tomadas pelo administrador de facto devem revestir importância para a sociedade⁶⁷.

Para estarmos perante uma administração fática é relevante ter em consideração a intensidade do exercício de gestão, que se caracteriza por ser notável, quer em termos qualitativos quer em termos quantitativos. No que concerne à apreciação qualitativa há que analisar se estamos perante instruções ou sugestões, e saber em que termos se processa a ingerência (quantitativa)⁶⁸, ou seja, se estamos perante a continuidade, reiteração e duração dos atos de gestão⁶⁹. Não basta uma influência simples. Não chegam as recomendações, os conselhos, as opiniões, a ajuda financeira, a assistência - não são

2015, 728 “.. em regra de forma sistemática e continuada (ainda que, excecionalmente, esporádica desde que expressiva..”

⁶⁰ LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.*,67 ; DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*,41; COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*,782.

⁶¹ COSTA, Ricardo *ult. ob. cit.*,726.

⁶² COSTA, Ricardo, “*Os Administradores ..*”,782.

⁶³ COSTA, RICARDO, “*Sócios como administradores ..*”,726.

⁶⁴ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*,40.

⁶⁵ E estaríamos perante um administrador de facto Direto – cfr. supra ponto 2.1.

⁶⁶ Administração fática indireta – cfr. supra ponto 2.2.

⁶⁷ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*,41.

⁶⁸ COSTA, Ricardo, “*Os Administradores ..*”,734.

⁶⁹ LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.*,68.

suficientes para aferirmos tal premissa -, mas antes a imposição destes que transforma os conselhos em ordens e as recomendações em instruções a seguir.

Assim, face ao supra referido, podemos considerar que a ingerência continuada nos assuntos da sociedade e a atividade decisória (vinculativa) de atos típicos de gestão, são fatores pertinentes que demonstram realmente quem administra a sociedade, ao contrário dos atos isolados de administração, e a ingerência pontual que não são, via de regra, características do administrador de facto. Cabe, no momento da análise dos pressupostos de legitimação material, verificar se as funções exercidas são equivalentes às que realizaria um administrador de direito⁷⁰, se se integram no círculo funcional que é típico e característico da administração - o que implica um estudo cuidado⁷¹.

4.3 Independência do exercício de gestão

Não consideramos administrador de facto quem participa na direção da sociedade de forma subordinada⁷².

O administrador de facto tem poder autónomo de direção e administração, não se subordinando a direções de terceiros, mas antes, impõe as suas decisões, vinculando terceiros às suas instruções. É o administrador de facto que conduz a sociedade com total independência (quer diretamente, quer através dos administradores legalmente designados), sendo soberano no destino comercial e financeiro que dá à empresa, do mesmo modo que faria o administrador de *iure*.⁷³

Segundo RICARDO COSTA a subordinação é uma incompatibilidade com a qualificação de administrador de facto, considera-se mesmo um “obstáculo inultrapassável”⁷⁴.

Ainda assim, podemos deparar-nos com uma situação recorrente de aparente (e só aparente) subordinação⁷⁵. Isto acontece quando temos, por exemplo, uma relação laboral e o sujeito em questão é o administrador de facto que, por detrás de uma máscara, dispõe de poderes de gestão da sociedade e intervém com total autonomia⁷⁶ nos negócios da sociedade. Posto isto, a independência do exercício de gestão afere-se quando a pessoa

⁷⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho/ RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *in ob. cit.*,43.

⁷¹ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*,41.

⁷² “... nunca em patamar de subordinação..” COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*,785 ;DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*,42.

⁷³ LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.*,71.

⁷⁴ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*,787.

⁷⁵ LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.* 71.

⁷⁶ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.* 43.

que gere, ou administra a sociedade, o faz por sua iniciativa, sem condicionamentos de terceiros com autonomia decisória.

4.4 Atuação Sistemática

No ponto 4.2 defendi que a ingerência quantitativa é extremamente importante na medida que destrinça os atos isolados de administração dos atos da ingerência reiterada, contínua e sistemática⁷⁷ nos assuntos da sociedade. Contudo, sobre os atos isolados, podemos deparar-nos com aqueles que, apesar de descontínuos⁷⁸ no tempo, sejam frequentes e uniformes no tipo de decisões e matérias evocadas, demonstrando isto não só o poder do administrador de facto mas, também, o teor daquele ato quando relacionado com o objeto social, ou seja, a importância daquela decisão tomada por aquele agente societário. E isto pode levar-nos, segundo RICARDO COSTA, “à dispensa de um *quantum* de factos de gestão e à relevância de uma atuação expressiva do administrador de facto”⁷⁹⁻⁸⁰.

4.5 Anuência da Sociedade

A administração fática corresponde ao consentimento da sociedade, que aceita a atuação daquela pessoa sem legitimidade formal para tal, não pondo termo à sua atuação. Estamos perante a condescendência da sociedade que, para além de saber da situação irregular, não termina com ela. Assim, e como consequência do consentimento da sociedade, podemos dizer que o poder de gestão dos administradores (de direito) diminui a favor do administrador de facto⁸¹, limitando a sua atuação na vida da sociedade.

A sociedade revela uma atitude passiva porque tolera, aceita e beneficia com a atuação da administração fática, sendo que normalmente a aceitação dos atos de administração é feita mediante o silêncio⁸². Com isto, constatamos que há um abandono evidente das funções de administração⁸³ por parte dos administradores de direito que,

⁷⁷ LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.* 43.

⁷⁸ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.* 833.

⁷⁹ *Idem*, 834.

⁸⁰ Já não partilha deste entendimento José Luiz Echegaray, defendendo que, tem de haver uma atividade continuada e constante.. DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.* 43; Também Nuria Latorre entende que é insuficiente um ato isolado, sendo necessário que a ingerência na gestão se propague no tempo, de forma estável, através de atos reiterados típicos da administração LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.* 70.

⁸¹ LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.* 77.

⁸² *Ibidem*; COSTA, Ricardo, *in ob. cit.*,839.

⁸³ RODRIGUES, Ilídio Duarte, *in ob. cit.*,181; Cfr. art. 64.º CSC.

obviamente trará as devidas consequências⁸⁴, pelo facto de consentirem na atuação da administração fática e incumprirem com o dever de administrar⁸⁵ no interesse da sociedade, isto é, *mala gestio*.

Entre nós, COUTINHO DE ABREU e MARIA ELISABETE RAMOS frisam a pertinência do conhecimento e tolerância dos sócios e/ou administradores *de iure*, face ao comportamento da administração fática aparente – porque aparecem como administradores de direito aos terceiros que confiam nessa aparência.⁸⁶

Também RICARDO COSTA entende que há tolerância (sem oposição) não concebendo que alguém, desprovido de poderes e estranho/conhecido da sociedade, possa interferir de forma reiterada na gestão da sociedade, com a objeção dos agentes legalmente designados para administrar e exprimir a vontade da sociedade⁸⁷.

Lá fora, NICCOLÒ ABRIANI refere que a *aquiescência*⁸⁸ dos administradores de direito perante os administradores de facto constitui um pressuposto implícito.

No mesmo sentido, NURIA CHINER entende que é graças à anuência da sociedade que distinguimos um mero *extraneus* que usurpa as funções de administração, de um administrador de facto, que atua com consentimento implícito ou tácito da sociedade. Acrescenta que o consentimento social se traduz, maioritariamente numa atitude passiva por parte dos sócios maioritários que aceitam e beneficiam com as operações celebradas pelo administrador de facto em nome da sociedade⁸⁹

5. *Holding out test, Equal footing test* e método indiciário

A procura incessante de um método capaz de decifrar a administração fática foi uma constante lá fora na jurisprudência⁹⁰. Neste ponto começamos por falar sobre a jurisprudência inglesa que, empenhada, lançou dois testes independentes entre si – dada

⁸⁴ Uma vez que os administradores estão sujeitos a deveres, que devem ser cumpridos, a verificação da violação dos respetivos deveres acarreta a responsabilidade civil (arts. 71.º, 72.º, 78.º e 79.º - direção tripla – com a sociedade, com os credores sociais e com sócios e terceiros, respetivamente). Esta responsabilidade está sujeita à regra da solidariedade.

⁸⁵ LOURENÇO, Nuno Calaim, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Coimbra, Almedina, 2011, 29.

⁸⁶ J. M. COUTINHO DE ABREU e MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *últ. ob. cit.*, 42.

⁸⁷ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*, 838.

⁸⁸ NICCOLÒ, Abriani, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Giuffrè, 1998, 232.

⁸⁹ LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.*, 75.

⁹⁰ A jurisprudência inglesa pautou-se pela evolução que teve nesta matéria, por querer desenvolver testes capazes de atribuir a qualidade de administrador de facto a sujeitos que estão ativamente envolvidos na administração da sociedade; COSTA, Ricardo *in ob.cit.*, 702.

a dificuldade de elaborar um único teste capaz de elencar todas as situações fáticas possíveis.

Surgiu então o *Holding out test* com o caso já referido *Re Hydrodan (Corby) Ltd* (o administrador de facto detinha, indiretamente, o domínio total da *Hydrodan*), que teve como proposta de descoberta da administração fática, duas situações: a) a sociedade consentir a atuação do administrador de facto, e b) provar que aquela pessoa sem legitimidade formal exerceu efetivamente as funções de administração da sociedade (que competiam ao administrador *de iure* , legalmente investido dos poderes). Foram feitas críticas ao respetivo teste por não ser suficiente para o efeito pretendido de demonstrar o interesse do sujeito na gestão dos negócios sociais, e pelo facto das tarefas desempenhadas pelo agente em questão poderem ser efetuadas por um funcionário de patamar inferior.

Dadas as fragilidades do primeiro teste apareceu o *Equal out Test* , também desenhado pela jurisprudência inglesa, que focou as atenções noutra objetiva, isto é, na análise minuciosa das circunstâncias da administração. Traduzindo, o importante neste teste seria: a) saber se o administrador de facto governava sozinho ou b) acompanhado de outros administradores de facto ou, ainda, acompanhado de administradores de direito ativos e, na positiva, c) saber se os administradores de facto atuavam nas mesmas condições dos restantes administradores. Por último, era desprezada a d) forma como terceiros qualificavam ou viam aquele agente. Também este teste logrou críticas: primeiro por ser considerado restritivo, isto é, o termo *equal footing* foi visto literalmente no sentido da palavra e, consequência disso, todas as funções de gestão exercidas pelo agente de facto, ainda que pertencessem aos administradores de *iure* , mas num plano diminuído quando comparadas às funções de gestão propriamente ditas, fariam com que não se pudesse considerar aquela pessoa administrador de facto por não atuar exatamente nas mesmas condições (no mesmo plano) dos administradores de direito. A segunda crítica prendeu-se com o facto de, neste teste, só se olhar para a conduta interna, tirando todo o relevo à perceção externa da atuação da pessoa.

Todavia, as vulnerabilidades dos dois testes foram superadas em 1997⁹¹, quando se passou a dar relevância não à posição ou nível de administração efetuada, mas antes à

⁹¹ Sobre este assunto, temos o caso “ *Secretary of State for Trade and Industry -v- Elms Unreported 16 January 1997* que pode ser consultado em: <http://www.swarb.co.uk/lisc/Cmpny19971997.php> .

facilidade com que se tinha acesso à administração, ou seja, à “igualdade da aptidão”⁹² para administrar. Foi assim que se fundiram os dois testes, complementando-se.

Emerge a “jurisprudência dos indícios”⁹³, que teve como propósito sugar o administrador de facto. Este método indiciário abarcou dois pressupostos fundamentais, sendo que, o primeiro pautou-se pela presença de factos base, também denominados de indícios, e, o segundo, pelo discernimento e lógica do juiz aquando da análise dos respetivos indícios que se traduz numa valoração exteriorizada na decisão judicial. O problema do método indiciário caracteriza-se na escolha dos indícios relevantes, sendo certo que se destacam “as responsabilidades e os poderes efetivamente assumidos na organização da sociedade (na exploração da atividade social-empresarial) e nas relações com terceiros”.⁹⁴⁻⁹⁵

6. Figuras congéneres

Será que estas figuras podem ser qualificadas como administradores de facto? Vamos analisar sumariamente uma a uma.

6.1 Sócio Controlador - art. 83.º CSC

Este art. 83.º do CSC elenca duas situações típicas. A primeira situação é quando um sócio, sozinho ou juntamente com outros sócios a quem esteja ligado por acordo, ou acordos parassociais, dispõe de votos suficientes para eleger um gerente ou administrador e, a segunda situação, remete-nos para a faculdade de um sócio, por si só ou juntamente com outros sócios vinculados por meio de acordo parassocial, dispor de votos suficientes para fazer destituir o gerente, administrador ou diretor⁹⁶. No primeiro caso estamos perante a *culpa in elegendo* – art. 83.º n.º1º e 3º - e, no segundo, *culpa in vigilando* – art. 84.º n.º4 -, sendo que, em ambos os casos, só há responsabilidade solidária do sócio

⁹² COSTA, RICARDO, *in ob.cit.* 706.

⁹³ *Idem*, 710, que surge com os tribunais franceses e espanhóis, para isolar a presença do AF, através de factos base precisos, pertinentes e concordantes entre si, de forma a provar a ingerência na gestão ou poder de direção.

⁹⁴ *Idem*, 711.

⁹⁵ RICARDO COSTA cataloga fatores primários, secundários e acessórios ou complementares na consideração da existência de administração de facto – *Idem*, 732, 760 e 764, respetivamente.

⁹⁶ J. M.COUTINHO DE ABREU e MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *in ob. cit.*,49.

controlador se o administrador de facto for responsável perante a sociedade ou sócios (arts. 72.º e 79.º)⁹⁷.

Este sócio controlador pode ser qualificado como administrador de facto indireto que, não exercendo diretamente as funções de gestão, dirige os administradores que as desempenham.⁹⁸ Normalmente, no que concerne à qualificação, sendo mais específicos, o sócio controlador enquadra-se no perfil de administrador na sombra⁹⁹. Pode haver cumulação da figura do sócio com a do sócio administrador de facto.

No que respeita a diferenças claras entre o sócio controlador e a administração de facto, o sócio controlador não tem requisitos tão exigentes como a administração fática, designadamente porque, a) há responsabilidade do sócio controlador ainda que por meros pareceres, recomendações ou mesmo conselhos; b) porque não se aplica este artigo sempre que se prove que o administrador de direito atuou com autonomia decisória; e, c) porque a aplicação deste preceito depende da simultânea qualidade de sócio – sendo que o administrador de facto não tem de ser sócio, podendo ser um terceiro, por exemplo.

6.2 Sociedades em relação de Grupo

Neste caso, é a lei que admite que a sociedade dominante possa emitir instruções vinculantes à administração da sociedade dominada, mesmo que as instruções sejam prejudiciais, porém sirvam os interesses da sociedade diretora ou do grupo cfr. arts. 503.º e 491.º. Mantém-se a configuração orgânica dos administradores da sociedade¹⁰⁰ e, como refere RICARDO COSTA, a relação de domínio implica que a sociedade dependente esteja disponível para ser submetida a uma situação de exercício de poder de influência dominante¹⁰¹. Assim, podemos qualificar como administradores de facto, os administradores da sociedade diretora ou dominante, por exercerem o poder de direção e influência¹⁰² na sociedade dependente, isto é, nos seus administradores de direito.

⁹⁷ *Idem*, 52.

⁹⁸ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.* 305.

⁹⁹ J. M. COUTINHO DE ABREU e MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *in ob. cit.*, 55; COSTA, Ricardo, *in ob.cit.* 305.

¹⁰⁰ ANTUNES, José A. Engrácia, *Participações Qualificadas e Domínio Conjunto*, ed. Universidade Católica, 2000. “ (...) a possibilidade de que uma sociedade dispõe de impor de modo estável e permanente o cunho da respetiva vontade no seio da estrutura organizativa de outra sociedade (...)”.

¹⁰¹ COSTA, Ricardo, *in ob. cit.*, 272.

¹⁰² *Idem*, 284.

6.3 Terceiros Controladores

Como se referiu no caso Inglês *Re Tasbian Ltd*, arte é encontrar a linha “... entre a posição de um cão de guarda ou conselheiro (...) e a de um de facto ou *shadow director*”¹⁰³.

Pode acontecer que a administração fática nasça de uma relação contratual especial¹⁰⁴, onde a contraparte da relação beneficia de uma condição forte na relação negocial que interfere ativamente na gestão, colocando os respetivos administradores – *de iure* - numa posição de infra ordenação. É comum nesta matéria analisar-se o caso emblemático da Banca enquanto administradora de facto, acabando-se por concluir que: se a banca assume um papel astucioso na sociedade, desrespeitando as competências do órgão de administração, estamos perante um controlo ilegítimo e administração de facto indireta. Todavia, nos casos em que as instituições de crédito apenas condicionam a concessão do crédito à adoção de certas medidas, já não estaremos perante a administração fática, por não haver apropriação nem influência das competências dos administradores.

Portanto, estes terceiros controladores interferem na gestão da sociedade e dominam a sua vontade, substituindo-se aos administradores de direito, passando para um domínio qualificado de *ilegítimo e sabotador da independência dos administradores da sociedade*¹⁰⁵.

¹⁰³ *Idem*, 311.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

PARTE II - A INSOLVÊNCIA CULPOSA E AS PRESUNÇÕES DO ART. 186.º CIRE

1. A Insolvência no CIRE – Breve Enquadramento Legal

A crise financeira assombrou o território nacional no final da primeira década do século XXI e, com ela, vieram à tona consequências que, apesar de extremamente importantes, não eram tão discutidas como nos dias de hoje. É por isso que, atualmente, se houve falar tanto no Direito da Insolvência devido ao aumento exponencial do número de insolvências em Portugal.

A insolvência¹⁰⁶ é vista como uma enfermidade que afeta a situação económica e financeira de um devedor¹⁰⁷, despoletando o começo de um processo especial autónomo¹⁰⁸⁻¹⁰⁹. Para se compreender a finalidade do direito da insolvência¹¹⁰ é fulcral ter presente o conceito de insolvência¹¹¹ e o que é estar nessa condição. A propósito do referido, é pertinente aludir, ainda que de forma breve, ao pressuposto objetivo e subjetivo da declaração da insolvência. No tocante ao primeiro, a regra geral é a de que, está em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas, art. 3.º n.1¹¹²⁻¹¹³. Porém, constata-se um desvio à regra no n.º 2, relativamente às pessoas coletivas e patrimónios autónomos, também designados entes

¹⁰⁶ “Etimologicamente insolvência significa o inverso de solvência, tendo esta última expressão origem no verbo latino *solvere*, que significa desatar, livrar, pagar, resolver” cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito da Insolvência*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, 13.

¹⁰⁷ FERREIRA, Manuel Requicha, *Estado de Insolvência*, in *Direito da Insolvência* coord. Rui Pinto, Coimbra Editora, 2011, 132.

¹⁰⁸ SERRA, Catarina, *O novo regime português da insolvência: uma introdução*, 4ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, 23.

¹⁰⁹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de direito da Insolvência*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, 17.

¹¹⁰ CORDEIRO, António Menezes, *Introdução ao Direito da Insolvência*, in *O Direito*, ano 137, n.º3, 2005, 467.

¹¹¹ VIEIRA, Nuno da Costa Silva, *Insolvência e Processo de Revitalização de acordo com a Lei n.º16/2012, de 20 de Abril*, 2.ª edição, Quid Juris, 29.

¹¹² EPIFÂNIO, Maria do Rosário, in ob. cit., 22, refere que a doutrina entende que a impossibilidade a que se alude não tem que dizer respeito a todas as obrigações do devedor, podendo tratar-se de uma só ou de poucas dívidas que, pelo montante e significado, no âmbito do passivo do devedor, sejam reveladoras da impossibilidade de cumprimento da generalidade das obrigações. A autora acrescenta que se trata de um conceito de solvabilidade, pela razão de que o passivo pode ser superior ao ativo e não existir uma situação de insolvência ou, o ativo ser superior ao passivo vencido e o devedor estar insolvente, pelo facto de o seu ativo não ser facilmente convertido em dinheiro. Neste sentido, COSTEIRA, MARIA José, *A Insolvência de Pessoas Coletivas, Efeitos no Insolvente e na Pessoa dos Administradores*, in Revista “Julgar” n.º 18, Coimbra Editora, 2012, 162.

¹¹³ Este critério do art. 3.º n.º1 pode ser designado de fluxo de caixa ou *cash flow*, cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, in ob. cit. 82.

especiais¹¹⁴, por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, de forma direta ou indireta, considerando-se estar, nestes casos, em situação de insolvência quando o passivo seja manifestamente superior ao ativo, avaliado segundo as normas contabilísticas aplicáveis¹¹⁵. Em relação ao pressuposto subjetivo é o art. 2.º n.º1 que nos indica quem pode ser objeto do processo de insolvência¹¹⁶. Neste sentido, temos o art. 20.º que elenca um conjunto de indicadores de situação de insolvência, legitimando não só o devedor a requerer a declaração de insolvência, mas também, qualquer credor ou Ministério Público.

O art. 1.º define o processo de insolvência como sendo “...um processo que tem como finalidade¹¹⁷⁻¹¹⁸ a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores”. Face a esta definição, podemos qualificar o processo como *concurso* - pois concorrem neste processo todos os credores do devedor, cujo fundamento seja anterior à data dessa declaração, independentemente do tipo de crédito¹¹⁹ – e, *universal*¹²⁰, porque a massa insolvente abrange todo o património do devedor que se destinará à satisfação dos credores da insolvência, depois de pagas as dívidas, bem como os bens e direitos que ele adquira na pendência do processo. O precípua do direito concursal concretiza-se com o pagamento dos respetivos créditos, tendo como pilar o princípio da igualdade, quanto ao prejuízo decorrente de o património do devedor não ser, à partida e na grande maioria dos casos, suficiente para satisfazer os seus direitos de forma integral. Assim, com o processo

¹¹⁴EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *in ob.cit.*,23.

¹¹⁵ Pode utilizar-se nestas situações o critério do balanço ou ativo patrimonial – *balance sheet ou asset* – mas, estas entidades estão também sujeitas, em alternativa, ao critério geral, elencado no n.º 1 art.3.º, cfr. LEITÃO, Luís Teles Menezes, *in ob.cit.*,83. Segundo Maria José Costeira, sobre o critério do balanço, a insolvência pressupõe que o volume e peso do passivo, no confronto com o ativo do devedor, seja manifestamente desproporcionado, manifestando a impossibilidade do devedor de fazer face às suas obrigações, ainda que a curto prazo, COSTEIRA, MARIA José, *in ob.cit.*,162.

¹¹⁶ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *in ob.cit.*,21.

¹¹⁷ A este respeito, é de realçar que, justamente por ser a finalidade do processo de insolvência, a satisfação dos credores, são-lhes atribuídos poderes - como o poder de requerer a declaração de insolvência art. 20.º e o poder de reclamar os seus créditos art.128.º - que lhes permitem alcançar esse objetivo, ainda que de forma paritária, dado que, o património do devedor pode não se revelar suficiente para a satisfação completa de todos os credores e, por isso, é necessário haver proporcionalidade de forma a evitar injustiças.

¹¹⁸ SERRA, Catarina, *in ob.cit.*,56.

¹¹⁹ O n.º4 do art. 47.º do CIRE qualifica os créditos sobre a insolvência em créditos garantidos, subordinados e comuns. Na verdade, não se pode afirmar que haja uma igualdade entre os créditos, pela razão de que, um credor, titular de um direito real de garantia, irá ser pago preferencialmente face a um credor comum, por exemplo.

¹²⁰ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *in ob.cit.*,14.

de insolvência, é regulada juridicamente a situação do devedor insolvente e o direito dos credores¹²¹.

Ainda sobre este breve enquadramento legal, com a declaração de insolvência, surgem efeitos que podem ter caráter automático ou eventual¹²². Os de caráter automático manifestam-se com a mera prolação da sentença e produzem-se em qualquer processo de insolvência. Por outro lado, os efeitos de caráter eventual, dependem da verificação pelo juiz, ou em determinadas situações, administrador da insolvência, do preenchimento de requisitos previstos na lei, isto é, para além da declaração judicial de insolvência do devedor, da verificação em concreto de outras condições¹²³. Sobre os primeiros, refiro-me ao dever de apresentação, de colaboração, de fixação de residência e privação de poderes de disposição e administração dos bens integrantes da massa insolvente. Sobre os segundos, falamos do direito a alimentos e os efeitos associados à qualificação da insolvência como culposa. Irei analisar com mais pormenor os efeitos de caráter eventual, mais precisamente os efeitos associados à qualificação da insolvência como culposa, como em breve veremos.

Há também um critério temporal, instituído no CIRE, que nos permite caracterizar a situação de insolvência. Sobre este critério, a insolvência pode ser atual ou iminente¹²⁴ e, deve o requerente indicar na petição escrita, quando se apresenta a Tribunal para obter a declaração judicial da insolvência, qual a situação de insolvência que preenche conforme o art.23.º n.º2 al. a).

2. O Incidente de Qualificação da Insolvência – Breves considerações

Inspirado na *Ley Concursal* espanhola – *Ley 22/2003 de 09/06* –, o incidente de qualificação da insolvência visa apurar se a insolvência é fortuita ou culposa. Este instituto foi uma inovação do CIRE que entrou em vigor em 15 de Setembro de 2004. Houve necessidade de averiguar as situações que originam ou conduzem à insolvência e, ainda, saber se foram razões fortuitas ou se tiveram na sua génese intenções fraudulentas,

¹²¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Meneses, *in ob.cit.*,15.

¹²² EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente e Outras Pessoas Do Direito Português*, in *Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas, Estudos Luso-Brasileiros*, Quartier Latin, 2015, 340.

¹²³ SERRA, Catarina, *in ob.cit.*,59.

¹²⁴ AC. TRG proc. 815/16.8T8GMR.G1 de 10-11-2016 (António Figueiredo de Almeida) “..Mas não basta um medo ou pavor por parte do devedor. É preciso que se trate de uma probabilidade objetiva. Daí que seja necessário efetuar um juízo de prognose, que pode ser auxiliado pela elaboração de um estudo sobre a liquidez do devedor..”; Neste sentido EPIFÂNIO, MARIA do Rosário, “*Manual de ..*”,25.

ou mesmo atuação negligente¹²⁵. Desta forma, reforça-se a responsabilidade do devedor e dos seus administradores, de direito e de facto¹²⁶.

O incidente de qualificação da insolvência é urgente (art 9.º), corre por apenso ao processo principal e tem carácter eventual¹²⁷. Vem regulado nos arts. 185.º e ss, visa a responsabilização do devedor, dos administradores (de direito e de facto, se os houver) e, ainda os CT e ROC¹²⁸. Este incidente é declarado aberto quando o juiz dispuser de elementos que o justifiquem¹²⁹, e pode o juiz fundar a sua convicção em factos que não tenham sido alegados pelas partes, art. 11.º. A avaliação decorrente da qualificação da insolvência tem consequências penais, art. 227.º do CP, que, contudo, não podem ser avaliadas nesse incidente.

No atual quadro legal - tendo por base as alterações introduzidas pela Lei n.º16/2012, e da conjugação dos arts. 36 n.º 1 al.i) e 188 n.º 1 - extrai-se que o incidente não é oficiosamente aberto¹³⁰ com a declaração de insolvência. Da sentença de declaração de insolvência deverá constar se esta reveste carácter pleno ou limitado, art. 36º al.i). Distinguem-se um do outro, pelo incidente de carácter limitado se aplicar – por força do art. 191.º n.º1 - aos casos de insuficiência da massa, para satisfação das custas processuais e dívidas da massa (art. 39 n.º1 e n.º5 do art. 232.º) e, o de carácter pleno, se aplicar aos restantes casos, por exclusão de partes (arts. 36.º al. i), 188.º e 189.º)¹³¹. Apesar de o incidente poder ser considerado pleno, não quer isto significar que, em certos casos, prossiga como limitado e vice versa - arts. 232.º n.º5 e 39.º n.º4, respetivamente.

Relativamente à noção de insolvência culposa, é o CIRE que nos faculta uma noção geral, no art. 186.º n.º1¹³² e, por recurso a presunções, concretiza-a no n.º2 e n.º3 do art. 186.º. Assim, a insolvência é culposa (n.º1 art. 186.º), quando a situação tiver sido

¹²⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Meneses, *in ob.cit.*281.

¹²⁶ ANTUNES, José A. Engrácia, “*Os Grupos de ..*”, 80 e ss.

¹²⁷ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Efeitos da Declaração..*”,350.

¹²⁸ BRANCO, José Manuel, *Qualificação da insolvência (evolução da figura)*, in Revista de “Direito da Insolvência”, n.º0, Almedina ,2016

¹²⁹ Só assim é devido às alterações introduzidas em 20.05.2012, pela lei 16/2012 mais precisamente no art.36.º. Até aí, o incidente de qualificação da insolvência era sempre aberto em todos os processos de insolvência (exceto naqueles casos onde era apresentado um plano de pagamentos aos credores).

¹³⁰ José Manuel Branco fala em jogo de palavras, no que respeita ao incidente de qualificação da insolvência poder ser considerado facultativo, isto porque, segundo o seu entendimento, de facto é facultativo a instauração de um apenso à ação de insolvência, contudo, haverá sempre pronúncia judicial no que respeita ao carácter fortuito – art.233 n.º6 CIRE - nos casos onde não ocorreu qualquer alegação quanto ao carácter culposo da insolvência, cfr. BRANCO, José Manuel, *in ob.cit.*,22.

¹³¹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *ult.ob.cit.*,350.

¹³² FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado, 3.ª ed. Atualizada de acordo com as Leis n.ºs 26/2015 de 6 de fevereiro e o Código de Processo Civil de 2013*, Quid Juris, Lisboa, 2015 anot. n.º3, 680.

criada ou agravada em consequência da atuação dolosa ou com culpa grave¹³³⁻¹³⁴ do devedor, ou dos seus administradores – de direito ou de facto –, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência¹³⁵, sendo necessário um nexo de causalidade entre essa conduta e a situação de insolvência¹³⁶. Não há definição no CIRE do que é insolvência fortuita¹³⁷ pelo que, entender-se-á, que a insolvência fortuita *se delimita por exclusão de partes*¹³⁸, ou, nas palavras de MENEZES LEITÃO¹³⁹, a *contrario* a insolvência será considerada fortuita sempre que não se verifique a situação do art. 186.º n.º1.

2.1 Contributo das Presunções dos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º CIRE

Ao analisar o n.º2 do art.186.º, verificamos que se considera sempre culposa a insolvência do devedor – que não seja uma pessoa singular -, quando os administradores – de *iure* ou de facto – atuam preenchendo alguma daquelas alíneas.

Estamos perante um artigo que contem, no seu n.º 2, presunções inilidíveis de insolvência culposa, também designadas de presunções *iuris et de iure*, que não admitem prova em contrário¹⁴⁰. MENEZES LEITÃO afirma que a lei institui no n.º2 uma presunção *iures et iure* quer da existência de culpa grave, quer do nexo de causalidade desse comportamento para a criação ou agravamento da situação de insolvência¹⁴¹. Assim, sempre que os administradores de facto ou de direito preencham alguma daquelas

¹³³ MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um curso de direito da insolvência*, 2ª ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2016, 405. Para uma melhor compreensão do dolo e culpa grave no contexto da qualificação da insolvência como culposa, aconselho a leitura de RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português*, in *Revista Digital Prim@facie*, disponível em: www.cj.ufpb.br/primafacie/prima/jul_dez_o5.htm, ano 4, n.º7, 2005, 23.

¹³⁴ OLIVEIRA, Rui Estrela, *Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência*, vol. V, ano 142, 2010, 231. Segundo este autor, o comportamento relevante, para efeitos de qualificação da insolvência como culposa, inclui quer a ação positiva *facere*, quer a omissão, *non facere*.

¹³⁵ Manuel Carneiro da Frada fala num limite temporal que em nada está relacionado com a prescrição ou caducidade do direito, mas antes, uma modelação temporal da situação de responsabilidade relevante Frada, Manuel A. Carneiro, *A responsabilidade dos administradores na insolvência*, p.13/20 artigo disponível em www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=50879&ida=50916.

¹³⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Meneses, in ob.cit.,282.

¹³⁷ RAMOS, Maria Elisabete Gomes, in ob.cit. 23, e MARTINS, Alexandre de Soveral, in ob.cit.,405.

¹³⁸ Fernandes, Luís A. Carvalho/ Labareda, João, *Coletânea de Estudos sobre a Insolvência*, Quid Juris, 2009, 261.

¹³⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Meneses, in ob.cit.,281.

¹⁴⁰ MARTINS, Alexandre de Soveral, in ob.cit.,405.

¹⁴¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Meneses, in ob.cit.,282.

alíneas, deve o juiz qualificar a insolvência como culposa¹⁴², desde que, o insolvente não seja uma pessoa singular.

Segundo MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO¹⁴³ e LUÍS CARVALHO FERNANDES¹⁴⁴, podemos agrupar as presunções contidas nas várias alíneas em três grupos: 1) atos que afetam no todo ou em grande parte o património do devedor (als. a) e c)); 2) atos que apesar de prejudicarem a situação patrimonial são benéficos para o administrador que os pratica, ou terceiros (als. b) d) e) f) g)); e, por último 3) o incumprimento de determinadas obrigações legais (als. h) e i)); No que respeita a este último grupo, CATARINA SERRA e RUI ESTRELA DE OLIVEIRA¹⁴⁵ criticam o facto das als. h) e i) estarem inseridas no grupo das presunções absolutas (inilidíveis), por serem *ficções legais* que não presumem com segurança o nexo de causalidade entre o facto e a insolvência que é, conjuntamente com o dolo ou culpa grave, o requisito fundamental da insolvência culposa. Assim, CATARINA SERRA sugere que ambas as alíneas deveriam estar consagradas no n.º3 do art. 186.º, relativo às presunções que admitem prova em contrário, as *iuris tantum*¹⁴⁶.

Em relação ao n.º3 do art. 186.º, presume-se a existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular¹⁴⁷, tenham incumprido no dever de requerer a declaração de insolvência, e na obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal, de submetê-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial.

Estamos perante presunções *iuris tantum*, presunções de culpa grave dos administradores, de direito ou de facto e, ao contrário das presunções inilidíveis do n.º2, admitem prova em contrário, não se verificando uma “(...) presunção da causalidade da sua conduta em relação à situação de insolvência, exigindo-se a demonstração nos termos do n.º1 art. 186.º, que a insolvência foi causada ou agravada em consequência dessa mesma conduta”¹⁴⁸. Segundo CATARINA SERRA, são autênticas presunções relativas de insolvência culposa, ou de culpa na insolvência¹⁴⁹. Também aqui, pressupõem-se que

¹⁴² MARTINS, Alexandre de Soveral, *in ob. cit.*,270. *Ibidem*.

¹⁴³EPIFÂNIO, MARIA do Rosário, “*Efeitos da ..*”,352.

¹⁴⁴FERNANDES, Luís A. Carvalho, *A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor*, in Themis – Edição Especial – Novo Direito da Insolvência, Almedina, Coimbra, 2005, nota 23, 95.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Rui Estrela, *in ob.cit.*,242.

¹⁴⁶ SERRA, Catarina, “*O regime..*”,141.

¹⁴⁷ Cfr. n.º4 do art 186.º que manda aplicar o n.º3 com as necessárias adaptações, também à atuação de pessoa singular insolvente e seus administradores, onde a isso não se opuser a diversidade de situações

¹⁴⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *in ob.cit.*,187.

¹⁴⁹ SERRA, Catarina, *ult. ob.cit.*,141.

desde a ocorrência dos factos que a desencadeiam, não tenham decorrido mais de três anos até ao início do processo de insolvência, art. 186.º n.º1.

As presunções contidas no n.º3 funcionam se houver uma omissão dos deveres elencados pelo administrador de direito ou de facto, naquelas alíneas. Contudo, as obrigações das als. não nos parecem atuações recorrentes de um administrador de facto, sobretudo se estivermos a falar de um *shadow director*, em que a sua personalidade define-se pela confidencialidade da sua atuação, para a sua influência passar despercebida.

2.2 Sentença de Qualificação Da Insolvência como Culposa

No incidente de qualificação da insolvência o juiz profere a sentença qualificando a insolvência como culposa ou fortuita art. 189.º n.º1. Deve o juiz fazer constar da sentença, a identificação das pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa¹⁵⁰, nomeadamente, os administradores de direito ou de facto, o CT e ROC e, ainda, fixar o respetivo grau de culpa, se assim for o caso, art. 189.º n.º2 al. a). As pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa são condenadas na obrigação de indemnizar os credores do devedor insolvente, o que será feito no montante dos créditos não satisfeitos até à força dos respetivos patrimónios.

Deve o juiz cumprir com o disposto das restantes alíneas do n.º2 do art. 189.º, que dizem respeito aos efeitos da declaração da insolvência como culposa, desde logo, ao b) decretar a inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos, c) declarar essas pessoas inibidas para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa e, por fim, d) determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos.

Além destes efeitos, decorrentes da sentença que qualifica a insolvência como culposa, desencadeiam-se outros, sem necessidade de qualquer declaração judicial¹⁵¹, nomeadamente a preclusão da exoneração do passivo restante, art. 228.º n.º1 al. c), e a

¹⁵⁰ Não está aqui previsto qualquer efeito, mas antes, “uma menção obrigatória da sentença qualificativa” EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de..*”,136.

¹⁵¹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *in ob.cit.*,140.

preclusão da administração da massa pelo devedor arts. 238 n.º1 al. b) e) e f), 243.º n.º1 al.c) e 246.º n.º1.

2.2.1 A Obrigação de indemnizar

Na sentença que qualifique a insolvência como culposa deve o juiz *condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados*¹⁵². Ora, nesta alínea, confrontamos com a responsabilidade insolvencial¹⁵³.

A obrigação de indemnizar, no âmbito da insolvência culposa, traduz-se numa responsabilidade solidária, subsidiária e limitada. É solidária por alusão expressa da lei “(...) sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados (...)”, podendo ser exigido de qualquer um dos afetados todo o montante, sendo repartida em função do grau de culpa de cada um que, apenas interessa no âmbito das relações internas, e não perante os credores¹⁵⁴. É considerada uma responsabilidade subsidiária, pelo facto de, apenas na eventualidade de a massa insolvente se revelar insuficiente para o pagamento de todos os credores, é que é acionada, ficando sujeita a uma condição suspensiva¹⁵⁵. E, é considerada limitada, pois visa apenas ressarcir o montante do passivo a descoberto e não os danos causados aos credores¹⁵⁶.

Este artigo condena os sujeitos identificados na al. a) a uma indemnização a favor dos credores do devedor do insolvente para ressarcimento do montante de créditos não satisfeitos no âmbito do processo de insolvência. Apesar de parecer simples a interpretação, o n.º4 do art. 189.º vem desestabilizar¹⁵⁷ quando refere “(...) calcular o montante dos prejuízos sofridos(...)”. Ora, qual a contradição? A al. e) manda fixar o valor de indemnização no montante dos créditos insatisfeitos e, por outro lado, o n.º4 refere-se

¹⁵² Reprodução da al. e) do n.º2 do art. 189.º CIRE (itálico nosso).

¹⁵³ *Idem*, 144.

¹⁵⁴ *Idem*, 143 e MARTINS, Alexandre de Soveral, *in ob.cit.* 43; Estamos perante o critério de repartição da responsabilidade, art. 189.º n.º2 al.a), segundo o qual o juiz deverá fixar o grau de culpa nas pessoas afetadas, com vista a incidir numa justa repartição interna de responsabilidade.

¹⁵⁵ EPIFÂNIO, MARIA do Rosário, *in ob.cit.* 142.

¹⁵⁶ CARVALHO, Liliana Marina Pinto, *Responsabilidade dos administradores perante os credores*, *in Revista “Direito das Sociedades”*, Ano V (2013) – n.º4, Almedina, 885.

¹⁵⁷ LEITÃO, Adelaide Menezes, *Insolvência Culposa e responsabilidade dos administradores na Lei 16/2012*, de 20 de Abril, *in I Congresso de Direito da Insolvência*, coord. Catarina Serra, Almedina, Coimbra, 279.

ao montante de prejuízos sofridos, ampliando o âmbito de indemnização da al.e)¹⁵⁸, uma vez que, nesta al., por créditos não satisfeitos, entendemos créditos reconhecidos e reclamados, tendo por base o princípio da igualdade de credores¹⁵⁹. Segundo ADELAIDE MENEZES LEITÃO, o importante é encontrarmos um denominador comum para resolvermos este conflito que, segundo a autora, parece apontar para os créditos não satisfeitos, o que corresponde à letra do n.º2 al. e)¹⁶⁰.

Atentando no art.173.º, “o pagamento dos créditos sobre a insolvência apenas contempla os que estiverem verificados por sentença transitada em julgado”, ora, os credores com direito à referida indemnização são os credores do devedor que não viram os seus créditos satisfeitos, integrando-se aqui os credores da insolvência¹⁶¹, que viram os seus créditos verificados por sentença transitada em julgado.

Relativamente ao pagamento da indemnização, este deve ser feito aos credores ou à massa insolvente? ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS refere que não há dúvidas que o pagamento tem de integrar a massa, senão estaria em causa a violação do princípio da igualdade e a graduação de créditos – cfr. 173.º. Refere também que o art. 82.º n.º3 ajuda a sustentar a sua posição, por se aplicar quase por analogia¹⁶². MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO relembra mais dois argumentos que sustentam esta tese: primeiro porque estamos perante uma responsabilidade insolvencial, que tem como objetivo satisfazer os interesses dos credores e, segundo, por causa das regras concursais que são aplicadas à responsabilidade societária, previstas no art. 82.º CIRE¹⁶³.

¹⁵⁸ SERRA, Catarina, “O Regime ..”,82, para esta autora estamos perante uma “evidente desconformidade” entre a al. e) e o n.º4.

¹⁵⁹ *Ibidem* “..os valores entrados serão depois distribuídos pelos credores cujos créditos tenham ficado por satisfazer, na medida dessa insatisfação e segundo a graduação fixada na sentença de graduação e verificação dos créditos.”

¹⁶⁰ LEITÃO, Adelaide Menezes, *in ob.cit.*,279.

¹⁶¹ Que são titulares de créditos cujo fundamento é anterior à data da declaração de insolvência. Não faria sentido que os credores, titulares de créditos posteriores à data da declaração de insolvência, igualmente beneficiassem da indemnização.

¹⁶² MARTINS, Alexandre de Soveral, *in ob.cit.*,432.

¹⁶³ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *in ob.cit.*,142.

PARTE III – EFETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DE FACTO

1. A responsabilidade dos administradores de facto pela causação ou agravamento da insolvência

Para efeitos do CIRE, no art.6º, refere-se que são considerados administradores “(...) aqueles a quem incumba a administração ou liquidação da entidade ou património em causa, designadamente, os titulares do órgão social que para o feito for competente”. À primeira vista, e descontextualizados do código em questão, diríamos que, nesta definição não estaria integrada a figura do administrador de facto. Contudo, temos alguns arts. como o 49.º n.º2, o 82.º n.º3, o 186.º, o 189.º n.º2, entre outros, que contemplam expressamente a figura em apreço. Aparte do referido, a expressão “designadamente”, abarca não só o administrador de direito mas, também, a pessoa que assume as tarefas próprias da função administrativa e não foi legalmente designado para o cargo – o administrador de facto¹⁶⁴.

Na realidade, não poderiam os administradores de facto passar incólumes quando a temática diz respeito à responsabilidade destes. Na grande maioria dos casos, os verdadeiros responsáveis pela administração das pessoas coletivas são os administradores de facto, e não os administradores de *iure*, os formalmente designados para o cargo, havendo necessidade de responsabilizar os verdadeiros autores materiais dos atos que conduzem à situação de insolvência da sociedade. Justamente pela gravidade das consequências de uma declaração de insolvência, o legislador procurou responsabilizar determinados sujeitos que, atuando com determinadas particularidades que podem assumir diferentes vertentes, controlam a pessoa coletiva e, por isso, serão os principais responsáveis pelo feito.

Aquando da reforma do CPEREF, em 1998, introduziu-se, através do art. 126.º-A uma equiparação entre administrador de facto e administrador de direito e, nesse preceito, responsabilizou-se solidária e ilimitadamente, condenando no pagamento do passivo, os

¹⁶⁴ COSTA, Ricardo, “..Os administradores..”, 129; FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, “Código da Insolvência..”, n.º5,100; RIBEIRO, MARIA de Fátima, *Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol*, in “Direito das Sociedades”, ano 7, vol.14, semestral, Almedina, Outubro 2015,78.

gerentes, administradores, diretores ou outras pessoas que, de facto, dirigiram a pessoa coletiva em situação de insolvência, “(...) se para a situação de insolvência tiverem contribuído”, ao longo dos dois anos anteriores à sentença que declarou. Acresce que, no n.º2 do art., estava contemplado na al. a) à al. i), um conjunto de atos contributivos para a situação de insolvência. Já nessa altura, também o administrador de facto podia ser chamado a responder pelos atos que tivessem prejudicado a pessoa coletiva.

Atualmente, podemos confirmar que o CIRE não descurou a responsabilidade do administrador de facto, sendo este igualmente punido em termos legais, tal qual o administrador de direito¹⁶⁵, havendo uma equiparação do administrador *de iure* com o administrador de facto.

Em relação à sentença de qualificação da insolvência como culposa – e seus efeitos -, articulando com a figura do administrador de facto, constatamos que, para haver responsabilização pessoal dos administradores de facto, é necessário que, da sentença que qualifique a insolvência como culposa¹⁶⁶, se identifiquem¹⁶⁷ as pessoas afetadas, *in casu*, o administrador ou administradores de facto que contribuíram ou agravaram a situação de insolvência, através das suas condutas dolosas ou com culpa grave. Desta forma, serão aplicadas a estas pessoas as sanções constantes e previstas no n.º2 do art. 189.º, nomeadamente: a) inibição das pessoas afetadas para administrarem o património por um período de 2 a 10 anos, b) inibição para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos e, c) perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa detidos pelas pessoas afetadas e sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos.

Importante preceito surgiu com a Lei nº 16/2012 de 2014 (entrou em vigor em 21/5/2012), que alterou o CIRE, aditando ao art.189 nº 2, a alínea e). Está contemplada nesta alínea a responsabilidade insolvencial. Com esta alteração legislativa no capítulo da qualificação da insolvência, o tribunal, na sentença que qualifica a insolvência como culposa, “condena as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado

¹⁶⁵ RIBEIRO, MARIA de Fátima, *A tutela dos credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade jurídica”*, Almedina, 2009, 490, “..determina claramente e sem restrições, para este efeito, a equiparação entre “administradores de direito” e “administradores de facto”.”.

¹⁶⁶ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*,119.

¹⁶⁷ No art. 188.º n.º1 do CIRE com epígrafe “Tramitação”, verificamos que o administrador da insolvência ou qualquer interessado pode indicar as pessoas que devem ser afetadas pela qualificação da insolvência como culposa; Em relação ao n.º 3 do mesmo artigo e, na eventualidade do administrador de insolvência não ter proposto a qualificação da insolvência como culposa, nos termos do n.º1, deve o AI no prazo de 20 dias apresentar parecer e , se assim for necessário, identificar as pessoas que devem ser afetadas pela qualificação da insolvência como culposa.

insolvente no montante dos créditos satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados.¹⁶⁸ Por pessoas afetadas podemos considerar todas as pessoas que constam da al. a) do n.º2 do mesmo artigo, dentro das quais se inclui “(...) nomeadamente administradores, de direito ou de facto (...)”. Esta responsabilidade incluída na al. e)¹⁶⁹ é, sem dúvida, uma responsabilidade pela criação ou agravamento ilícito e culposo da insolvência¹⁷⁰. Consagra um imperativo do tribunal, sendo que não compete ao juiz excluir responsabilidade do culpado.¹⁷¹

Podemos também lograr a responsabilização do administrador de facto, perante a sociedade insolvente ou perante os credores, através da propositura de ações de responsabilidade na pendência do processo de insolvência cfr. art. 82.º n.º2 al.a). É o administrador da insolvência que tem exclusiva legitimidade¹⁷² para propor e fazer seguir as ações de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do devedor contra “(...) administradores de direito e de facto (...)”. O administrador propõe a ação sem necessidade de obter acordo do devedor ou respetivos órgãos sociais, sócios ou membros. Estas ações correm por apenso, (n.º6 art. 82.º), e são independentes em relação ao incidente de qualificação de insolvência. Constatamos que, este art. 82.º, consagra regras excecionais no que respeita à legitimidade ativa para a interposição das ações sociais¹⁷³, conferindo ao administrador da insolvência o poder (exclusivo) de requerer ao tribunal a condenação do administrador de facto no pagamento de uma indemnização, em consequência dos atos praticados capazes de empobrecer o património da sociedade¹⁷⁴.

Assim, chegados aqui, cabe também referir que a declaração de insolvência priva imediatamente o insolvente – por si ou pelos administradores de direito ou de facto -, dos poderes de administração e disposição dos bens integrantes da massa insolvente, passando estes a competir ao administrador da insolvência, n.º1 art. 81.º. O que faz sentido, dada a legitimidade exclusiva que lhe é conferida por lei.

¹⁶⁸ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*123, para este autor, a introdução da al. e) do art. 189.º n.º2, lembra a responsabilidade pelo passivo a descoberto consagrado no CPEREF nos arts. 126.º-A e 126.º-B.

¹⁶⁹ Há quem defenda que esta al. e) é excessiva. Para MARIA do Rosário Epifânio não é excessivo o consagrado na al. e) pois a responsabilidade em questão assenta não só no dolo ou culpa grave, mas, também aos factos praticados apenas nos 3 anos anteriores à abertura do processo cfr. EPIFÂNIO, “*Efeitos da ..*”, 360.

¹⁷⁰ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*124.

¹⁷¹ FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, *in ob.cit.*, n.º15,697.

¹⁷² COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*127; FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, *in ob.cit.*, n.º4 e 7, 437.

¹⁷³ Cfr. arts75.º e 77 CSC.

¹⁷⁴ COSTEIRA, MARIA José, *in ob.cit.* 167.

1.1 *A Business Judgement Rule* e o art. 186.º n.º1 do CIRE

A *BJR* surgiu na jurisprudência norte-americana¹⁷⁵, e em Portugal edifica-se com o DL 76-A/2006 de 29 de março, espelhando-se no art. 72.º n.º2 CSC.

Ora, de forma breve, a *BJR* irrompe da necessidade de combater a utilização excessiva do sistema de responsabilidade civil dos administradores, uma vez que estes estão constantemente expostos ao risco empresarial aquando do exercício das funções de administração ou gestão das sociedades comerciais¹⁷⁶. Assim, no art. 64.º CSC temos o elenco de deveres fundamentais, que descrevem o modo ideal de atuação do administrador: o dever de cuidado e o dever de lealdade. Com *BJR*, o administrador será civilmente responsável quando a decisão empresarial for considerada irracional. Destarte, poderá ver a sua responsabilidade excluída nos casos em que consegue provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial, n.º2 art. 72.º CSC. Concluindo, para afastarmos a presunção do n.º1, a violação terá de ocorrer no âmbito do dever geral de cuidado, e nunca no âmbito do dever legal geral de lealdade ou algum dos deveres legais específicos¹⁷⁷.

Ora, segundo RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, a questão relaciona-se com o facto de saber se o juiz não deverá interpretar o art. 186.º n.º1 com o art. 72.º n.º2 do CSC, de forma a afastar a culpa – ainda que grave - do administrador, se se mostrar que este tomou a decisão em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo os critérios de racionalidade empresarial¹⁷⁸. Segundo o autor, as presunções ilidíveis de culpa grave do art. 186.º n.º3 dizem respeito a deveres legais específicos, e não ao dever geral de cuidado, pelo que, neste caso, seria impossível elidir através *BJR*. Por outro lado, o art. 186.º n.º1 permite incluir, como fundamento da qualificação da insolvência como culposa, a violação do dever legal geral de cuidado e, nestes casos, quando não estão em causa deveres legais específicos, mas sim o dever geral legal de cuidado, pode o

¹⁷⁵ A primeira referência à *BJR* é feita na Sentença do Supremo Tribunal de Lousiana em 1829. Para mais desenvolvimentos consultar: CÉBRIA, Luis Hernando, *"El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales, La regla del buen-juicio empresarial"*, Marcial Pons, Madrid, 2009,106.

¹⁷⁶ SERAFIM, Sónia das Neves, *"Os deveres fundamentais dos Administradores"*, in *Temas de Direito das Sociedades*, coord. Manuel Pita, António Pereira de Almeida, Coimbra Editora, 2011, 503.

¹⁷⁷ RIBEIRO, MARIA de Fátima, *O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias*, in *"Ciências Empresariais e Jurídicas"*, n.º20-2011,29.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Rui Estrela, in ob.cit.,234.

administrador defender-se invocando os factos do n.º2 do art. 72 do CSC e, afastar a imputação da factualidade, a título de culpa grave.

Em nosso entender faz todo o sentido que assim seja, tendo até por base o princípio da uniformidade e coerência de julgados.

2. Responsabilidade Insolvencial e o art. 78.º CSC – Problema?

A responsabilidade insolvencial consagrada no n.º2 do art. 189.º promoveu a tutela dos credores que, atualmente, está protegida por dois regimes de responsabilidade: o de natureza societária e o de natureza insolvencial.

Ora, o problema em torno desta matéria diz respeito à articulação – ou não – da responsabilidade concursal com a responsabilidade societária. Isto é, se perante um cenário de responsabilidade concursal ou insolvencial, ainda existe a possibilidade de recurso, ou mesmo articulação, à responsabilidade regulada fora do CIRE, no âmbito jus societário, mais precisamente art. 78.º n.º1 CSC¹⁷⁹. Este art. corresponde à ação autónoma ou direta dos credores, titulares dos direitos de indemnização¹⁸⁰, isto é, a responsabilidade direta dos administradores para com os credores sociais.

Para MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO a responsabilidade insolvencial veio trazer vantagens à tutela dos credores sociais, e não uma duplicação desnecessária de *mecanismos responsabilizadores*¹⁸¹, uma vez que é i) facilitada a atividade probatória relativa aos pressupostos da responsabilidade civil e, ainda, ii) facilitada a prova em matéria de danos indemnizáveis pelo facto de não ser preciso demonstrar o nexo de causalidade que gerou ou levou à insolvência, muito graças às presunções elencadas no art. 186.º do CIRE que presumem dolo ou culpa grave. Ainda assim, segundo esta autora, o regime de natureza societária pode ser articulado, em alguns casos, com o da responsabilidade insolvencial, nomeadamente nos casos em que os danos sofridos pelos credores são superiores ao passivo descoberto, em que os atos praticados excedem o limite temporal dos 3 anos e, ainda, quando os danos resultam de uma atuação com culpa leve¹⁸²⁻¹⁸³. Por outro lado, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO defende que, nesta matéria,

¹⁷⁹ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*127

¹⁸⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Instituto de direito das empresas e do trabalho, cadernos n.º5, 2.ª ed., Almedina, 2010, 68.

¹⁸¹ EPIFÂNIO, MARIA do Rosário, “*Efeitos da..*”,360.

¹⁸² EPIFÂNIO, MARIA do Rosário, “*Manual de..*”,143.

¹⁸³ RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *A insolvência da sociedade e a efetivação da responsabilidade civil dos administradores*, *in* “ Boletim da FDUUC” , vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, 480.

as normas, que regulam a responsabilidade dos administradores do CSC, não se esgotam com a sociedade insolvente desde logo porque: i) no quadro do direito societário a responsabilidade dos administradores prescreve no prazo de cinco anos a contar da atuação ilícita ou danosa, sendo que, ii) há possibilidade de recurso às regras de responsabilidade dos administradores consagradas no CSC para os credores receberem destes a diferença dos danos sofridos e, por último, iii) na insolvência, se estivermos perante um sócio controlador, este apenas será condenado a responder no âmbito da responsabilidade insolvencial, se for considerado administrador de facto, ou se puder ser identificado na sentença que qualifica a insolvência como culposa. Caso isto não se verifique, e o património não se mostre suficiente para reparar os danos sofridos pelos credores, então apenas com recurso à ação social de responsabilidade e consequente condenação dos administradores é que se consegue obter o efeito útil do art. 83.º CSC, fazendo depender a responsabilidade do sócio controlador, que consiste em ser o administrador responsável para com a sociedade nos termos da lei societária¹⁸⁴.

¹⁸⁴RIBEIRO, Maria de Fátima, “*Responsabilidade dos administradores...*”, 108.

Conclusão

Em nenhum momento, o ordenamento jurídico português erigiu uma definição legal de administrador de facto. Foi com o auxílio da doutrina e jurisprudência que se foram desenhando os contornos que esta figura foi assumindo para, uma vez identificada, ser possível abalar a sua atuação e, conseqüentemente, imputar-lhe a devida responsabilidade correspondente.

O administrador de facto é uma figura que, de forma constante, exerce direta ou indiretamente as funções de administração - sem estar, para tal, investido de legitimidade formal válida e eficaz. Todavia, apesar da informalidade característica desta figura, não será imune às normas que responsabilizam os administradores de direito, uma vez que, se existem indivíduos que controlam de facto a administração e gestão da sociedade, não podem estes aproveitarem-se da ausência da investidura formal para escaparem à sujeição das conseqüências desfavoráveis, resultantes das regras jurídicas aplicáveis. Se admitíssemos o contrário, estaríamos a criar encorajamento para que se proliferassem estas situações irregulares, com as conseqüências atinentes. Não podemos descurar a consciencialização para comportamentos de desleixo ou negligência que podem levar a empresa à insolvência. A atuação censurável dos administradores de facto, a coberto do expediente técnico da personalidade jurídica coletiva, deve ser alvo de responsabilização, evitando assim as situações de insolvência que levam à indesejável crise de rotina empresarial.

O CIRE, consciente da realidade da administração fática, e dos problemas que esta pode causar não só à vida empresarial e económica mas, também, aos demais agentes económicos, implementou o incidente de qualificação da insolvência para uma maior e mais eficaz responsabilização dos administradores de pessoas coletivas, fazendo com que os administradores de facto respondessem da mesma forma que os de direito, tal qual acontecia no art 126.º CPREF.

Com o incidente apuramos se a insolvência é fortuita ou culposa. Se a qualificação da insolvência for culposa implicará sérias e gravosas conseqüências para as pessoas afetadas, com os efeitos previstos no art. 189.º n.º2. O art. 186.º faz menção expressa não só ao administrador de direito como também ao administrador de facto, quando a situação de insolvência for criada ou agravada face a uma atuação dolosa ou com culpa grave do administrador de facto, responsabilizando-o nos termos da al. e) n.º2 do art. 189.º. Além desta responsabilidade insolvencial, que recai sob este agente, soma-se o elenco de efeitos

que incidem sobre a figura em apreço, decorrentes da qualificação da sentença como culposa, elencados no art. 189.º n.º2.

Aditando ao que já foi dito, o CIRE, não desleixando a relevância do administrador de facto, confere ao administrador de insolvência no art. 82.º a legitimidade exclusiva para, na pendência do processo de insolvência, propor as ações de responsabilidade, em favor do devedor, também contra os administradores de facto.

Como observamos, a propósito das insolvências dolosas ou fraudulentas, enraizou-se consequências para os administradores de facto das empresas que possam ter contribuído para essas situações de empobrecimento da sociedade. Percebe-se o cuidado e sensibilidade do legislador face a estas questões, ainda que longe de um tratamento ideal, não tendo ficado aluado dos problemas relacionados com a ausência de um regime próprio para o administrador de facto, mas antes, ciente da necessidade de introduzir referências ao longo do CIRE, de forma a não suscitar dúvidas sobre a sua intenção de abranger o administrador de facto na responsabilidade insolvencial, fazendo com que, este administrador “informal”, responda nos mesmos termos do que o administrador de direito.

Apraz concluir que, consagrada a responsabilidade insolvencial do administrador de facto nos termos do art 189.º n.º2 e), surgem vantagens quer ao nível da facilidade de prova dos pressupostos da responsabilidade civil, quer da prova de danos a indemnizar, eliminando os entraves à responsabilização destes agentes e reforçando a proteção dos credores.

Bibliografia

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governança das sociedades comerciais*, 2ª edição, Almedina, 2010.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho/RAMOS, Maria Elisabete, *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores (notas sobre o artigo 379 do Código do Trabalho*, in “Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho” – Miscelâneas, n. °3, Almedina, Coimbra, 2004, 7-55.

ANTUNES, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades (Estrutura e organização Jurídica da Empresa Plurissocietária)*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2002.

ANTUNES, José A. Engrácia, *Participações Qualificadas e Domínio Conjunto*, ed. Universidade Católica, 2000

BRANCO, José Manuel, *Qualificação da insolvência (evolução da figura)*, in “Revista de Direito da Insolvência”, n.º0, Almedina ,2016.

CARVALHO, Liliana Marina Pinto, *Responsabilidade dos administradores perante os credores resultante da qualificação da insolvência como culposa*, in “Revista de Direito das Sociedades”, Ano V (2013) – N.º 4, Almedina, 2013, 875-890.

CÉBRIA, Luis Hernando, *"El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales, La regla del buen-juicio empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

COSTA, Ricardo, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Reimpressão da edição de 2014, Almedina, Coimbra, 2016.

COSTA, Ricardo, *Sócios como Administradores de facto das suas sociedades*, in “Estudos comemorativos dos 20 anos da Abreu Advogados”, n.º4, Almedina, Coimbra, 2015, 725-785.

COSTEIRA, Maria José, *A Insolvência de Pessoas Coletivas, Efeitos no Insolvente e na Pessoa dos Administradores*, in “Julgar”, n.º18, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2002.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente e Outras Pessoas Do Direito Português*, in “Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas”, Estudos Luso-Brasileiros, Quartier Latin, 2015, 339-363.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de direito da insolvência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2016.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor*, in “Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL”, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência, Almedina, Coimbra, 2005.

FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 3.ª ed. Atualizada de acordo com o Decreto-Lei n.º26/2015, de 6 de Fevereiro, e o Código de Processo Civil de 2013, Quid Juris Editora, Lisboa, 2015.

FERREIRA, Manuel Requicha, *Estado de Insolvência*, in “Direito da Insolvência, Estudos”, 1.ª ed., coord. Rui Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 131-386.

FRADA, Manuel A. Carneiro, *A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência*, novembro de 2015, artigo disponível em www.oa.pt.

LATORRE CHINER, Nuria, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Mercatura – Colección Estudios de Derecho Mercantil, Editorial Comares, Granada, 2003.

LEITÃO, Adelaide Menezes, *Insolvência Culposa e responsabilidade dos administradores na Lei 16/2012*, in “I Congresso de Direito da Insolvência”, coord. Catarina Serra, Almedina, Coimbra, 2013, 269-283.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito da insolvência*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado*, 7.ª edição, Almedina, 2013.

LOURENÇO, Nuno Calaim, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, Coimbra, 2011.

MAGALHÃES, Carina, *Incidente de qualificação da insolvência – Uma visão geral*, in “Estudos de Direito da Insolvência”, coord. Maria do Rosário Epifânio, Almedina, 2015, 99-139.

MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um curso de direito da insolvência*, 2ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2016.

OLIVEIRA, Rui Estrela, *Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência*, in “O Direito”, Ano 142º, 2010, vol. V, 931-987.

RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Coimbra, 2010.

RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *A insolvência da sociedade e a efetivação da responsabilidade civil dos administradores*, in “Boletim da FDUC”, vol. LXXXIII, Coimbra, 2007.

RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português*, in Revista Digital Prim@facie, ano 4, n.º7, 2005, disponível em www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/jul_dez_o5.htm .

RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *Administradores de sociedades anónimas e o dever legal de garantir a responsabilidade*, in “Direito das sociedades em Revista”, ano 3 (2011), vol. 5, Almedina, 55-88.

RIBEIRO, Maria de Fátima, *A tutela dos credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009.

RIBEIRO, Maria de Fátima, *O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias*, in “Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas”, n.º20, 2011, 23-59.

RODRIGUES, Ilídio Duarte, *A administração das sociedades por quotas e anónimas: organização e estatuto dos administradores*, Petrony editora, Lisboa, 1990.

RUIZ DE VILLA, Daniel Rodriguez, *La responsabilidade de los Administradores por las Deudas de las sociedades de Capital*, 2ª edição, Aranzadi, 2004.

SERAFIM, Sónia das Neves, *Os deveres fundamentais dos Administradores*, in “Temas de Direito das Sociedades”, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, 529-535.

SERRA, Catarina, *O novo regime português da insolvência: uma introdução*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.

SERRA, Catarina, *O regime Português da Insolvência*, 5.º edição, Almedina, Coimbra, 2012.

VIEIRA, Nuno da Costa Silva, *Insolvência e Processo de Revitalização de acordo com a Lei n.º16/2012, de 20 de Abril*, 2.ª edição, Quid Juris Editora, Lisboa, 2012.

Jurisprudência

- Ac. TRC de 28-06-2016 (FONTE RAMOS)
- Ac. TRC de 14-04-2015 (ANABELA LUNA DE CARVALHO)
- Ac. TRC de 08-09-2015 (MARIA JOÃO AREIAS)
- Ac. TRC de 11-12-2012 (ALBERTINA PEDROSO)
- Ac. TRE de 08-05-2014 (FRANCISCO XAVIER)
- Ac. TRE de 05-07-2012 (JESUS NEVES)
- Ac. TRG de 10-11-2016 (ANTÓNIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA)
- Ac. TRG de 01-10-2013 (MARIA CARVALHO)
- Ac. TRG de 24-07-2012 (FERNANDO FREITAS)
- Ac. TRP de 07-07-2016 (CARLOS QUERIDO)
- Ac. TRP de 16-06-2015 (MANUEL DOMINGOS FERNANDES)
- Ac. TRP de 28-09-2015 (ANA PAULA AMORIM)
- Ac. TRP de 08-10-2015 (ARISTIDES RODRIGUES DE ALMEIDA)
- Ac. TRP de 24-11-2015 (RUI MOREIRA)