



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Os critérios identificadores, motivação e responsabilidade dos
administradores de facto no contexto das sociedades comerciais

Clara Dias Macedo
Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto
Junho 2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Os critérios identificadores, motivação e responsabilidade dos
administradores de facto no contexto das sociedades comerciais

Clara Dias Macedo

Orientadora: Maria de Fátima Ribeiro

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto
Junho 2024

Resumo

Nesta dissertação aborda-se a figura dos administradores de facto no direito societário português, a sua a motivação e responsabilidade. Ainda que a figura não esteja expressamente prevista no Código das Sociedades Comerciais está prevista no Código Penal e no Código de Insolvência e Recuperação de Empresas, pelo que é passível considerar-se a sua responsabilidade perante a sociedade e os credores, de acordo com a reunião cumulativa de um conjunto de critérios doutrinários que visam apurar a responsabilidade de quem participa na gestão societária sem estar formalmente investido. Analisam-se as formas de atuação dos administradores não legitimados, assim como um conjunto de soluções para proteger os terceiros de boa fé que sejam prejudicados pela conduta dos administradores de facto quando se vejam prejudicados por terem confiado numa representação de poderes aparente. Por ser evidente a presença dos administradores de facto no ordenamento jurídico ainda que, em certos casos, atuem mediante os administradores de direito, a verdade é que a sua atuação produz efeitos jurídicos externos, afigurando-se necessária uma regulamentação mais precisa e rigorosa que permita o reconhecimento legal desta figura de modo a facilitar a aplicação da responsabilidade civil e evitar condutas prejudiciais à sociedade e terceiros.

Palavras-chave:

Administradores de facto

Modos de atuação

Representação aparente

Responsabilidade Civil

Abstract

In this dissertation, the role of de facto administrators in Portuguese corporate law is addressed, along with their motivation and responsibility. Although this figure is not explicitly provided for in the Commercial Companies Code, it is included in the Penal Code and the Insolvency and Corporate Recovery Code. Thus, their responsibility towards the company and its creditors can be considered, based on a cumulative set of doctrinal criteria aimed at determining the liability of those who participate in corporate management without being formally invested. The actions of illegitimate administrators are analyzed, as well as a set of solutions to protect bona fide third parties who are harmed by the conduct of de facto administrators when they suffer damage from relying on an apparent representation of authority. Since de facto administrators clearly exist within the legal framework, even when they sometimes operate through official administrators, their actions still have legal implications. Therefore, it is essential to establish more detailed and strict regulations to legally recognize these administrators. This would help in applying civil liability and preventing actions that could harm society and third parties.

Key-words:

De facto administrators

Mode of operation

Apparent representation

Civil responsibility

Índice

Introdução.....	1
1. Noção de administradores	2
2. Designação e prazo para o exercício de mandato.....	3
3. Breves considerações sobre a natureza do vínculo jurídico existente entre administrador e sociedade.....	6
4. Funções de representação e gestão	7
5. Deveres fundamentais: artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais	9
5.1. O dever de cuidado e o dever de lealdade	10
6. Os administradores de facto	11
6.1. Critérios identificadores.....	12
6.2. A ausência de investidura formal e funções típicas de gestão	12
6.3. Autonomia no exercício e aceitação pela sociedade.....	13
6.4. Atuação contínua e intensiva	14
7. Motivação da existência de administradores de facto:	15
7.1. Nulidade ou anulabilidade da deliberação de designação	15
7.2. Inibição para o exercício do cargo.....	17
7.3. Riscos associados à responsabilidade civil:.....	21
7.3.1. A responsabilidade civil contratual dos administradores de direito e de facto perante a sociedade: artigo 72º e 73º do CSC	21
7.3.2. A responsabilidade civil extracontratual dos administradores de direito e facto perante os credores: 483º nº1 cc e 78º do CSC.....	23
8. A falta de referência aos administradores de facto no âmbito do Código das Sociedades Comerciais	26
9. Modo de atuação dos administradores de facto:.....	28
9.1. Atuação direta/ manifesta e indireta/ por interposta pessoa.....	28
9.2. Os "shadow directors"	29
10. A vinculação da sociedade perante atos praticados por administradores de facto e a proteção de terceiros de boa fé	30

10.1. Justificação dos poderes do representante: art. 260º Código Civil.....	30
10.2. A figura do abuso de direito: art.334º do Código Civil	30
10.3. Decreto-lei 178/86: Contrato de Agência	31
Conclusão	34
Referências bibliográficas	35
Referências Jurisprudenciais	37

Lista de siglas e abreviaturas

CSC – Código das Sociedades Comerciais

ART - Artigo

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CIRE – Código da Insolvência e Recuperação de Empresas

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

Introdução

Sempre que falamos em sociedades comerciais torna-se indispensável considerar que a sua composição tem como base pessoas singulares ou coletivas que integram os órgãos sociais. Em particular, importa-nos referir a composição do órgão de gestão, constituído por gerentes ou administradores encarregados da tarefa de administrar, gerir e representar património alheio, tornando-se incontestável o papel que desempenham na tomada de decisões de modo a assegurar o desempenho e a sustentabilidade da pessoa coletiva.

No quadro de membros de uma sociedade parece-nos imperativo observar e refletir sobre a existência de categorias de administradores, de direito e de facto, que se diferenciam pelo modo como lhes são atribuídos poderes. Isto posto, devemos considerar os administradores formalmente designados para a prática dos atos que lhes competem, os administradores de direito, e aqueles que atuam apesar de não existir um título ou de esse título não se afigurar válido, os administradores de facto.

A existência dos administradores de direito formalmente designados é reconhecida no CSC, assim como a sua responsabilidade e deveres legais e contratuais perante a sociedade, credores e terceiros, que decorre do vínculo contratual estabelecido no momento da designação. No entanto, o mesmo não sucede relativamente aos administradores de facto, figura que, apesar de não estar consagrada no CSC, é reconhecida no âmbito de outras normas legais, seja o CIRE ou o CP relativamente a crimes contra o património, bem como com recurso a jurisprudência e doutrina.

Nesta dissertação pretende-se dar a conhecer alguns aspetos relacionados com a existência dos administradores de facto e explorar situações passíveis de justificar a sua presença, assim como os requisitos considerados pela doutrina, o modo de atuação e a eventual responsabilidade quando seja possível fazer prova do nexo de causalidade entre os factos praticados e os prejuízos provocados a terceiros.

A análise destes temas afigura-se relevante para compreender a dinâmica entre as empresas e o direito aplicável perante a existência de administradores de direito e administradores de facto e as garantias de proteção de terceiros nos casos em que sejam prejudicados por atos praticados por um administrador não legitimado em representação da sociedade.

Por último, procuramos entender a equivalência da responsabilidade civil entre administradores de direito e de facto, tendo em consideração que os administradores de

facto desempenham funções de gestão sem uma investidura formal, mas exercem-nas como se fossem designados ou instrumentalizam os administradores legitimados, de modo a influenciar decisões.

1. Noção de Administradores

No direito societário português é inevitável considerar uma fragmentação entre o risco do capital suportado pelos sócios e a efetiva direção da sociedade, entregue aos administradores, tornando-se manifesto o papel que os administradores desempenham. É desta divisão entre os que investem capital e os que efetivamente gerem, que surge a necessidade de elaborar um critério geral quanto ao modo de atuação dos membros da administração. Evidentemente, do exercício deste cargo resultam exigências perante o comportamento dos administradores, vistos como sujeitos capacitados para gerir e tomar decisões estratégicas a curto e longo prazo.

Os administradores e gestores devem executar as tarefas de forma criteriosa e ordenada como refere o art. 64º nº1 a) do CSC, devendo abster-se da prática de qualquer ato ou omissão que venha a prejudicar o interesse da sociedade (Costa, 2011, p.167). Surge, por isso, a necessidade de elucidar sobre a figura do administrador em conformidade com os pressupostos legais previstos do CSC, considerando o artigo 390º nº3 e 4, referente às sociedades anónimas, e o artigo 252º nº1, alusivo às sociedades por quotas. Em sentido amplo, entende-se como administrador ou gerente “pessoa singular com capacidade jurídica plena” (artigo 390º nº 3 e 252º nº1 do CSC), que reúna qualificações técnicas e aptidões profissionais para o exercício da função.

Consoante o tipo societário previsto, a gestão e administração pode ser exercida por pessoa singular, mas também por pessoa coletiva, dê-se como exemplo desta última hipótese a eventualidade de uma sociedade atuar como administradora de outra ao invés de um concreto indivíduo. Nas sociedades anónimas, admite-se que o cargo seja exercido por pessoa coletiva (art. 390º nº4 do CSC), sendo, posteriormente, nomeada pessoa singular para exercer as funções, uma vez que, o cargo é exercido “em nome próprio” (Cunha, 2021, p.814). A pessoa singular nomeada é responsabilizada pelos seus atos, tal como a pessoa coletiva que nomeou, considerando-se uma responsabilidade solidária, prevista no art.390º nº4 do CSC (Cunha, 2021, p.815). Pelo contrário, quanto às sociedades por quotas importa mencionar o art. 252º nº1 do CSC parte final, destaca que devem ser nomeadas pessoas singulares para o exercício do cargo (Cunha, 2021, p.814), ainda que sejam estranhas à

sociedade. Em regra, neste tipo societário, integram-se empresas de menor dimensão, como é o caso de empresas familiares e, sendo a gestão exercida por pessoa singular, proporciona uma maior proximidade entre sócios e gerentes, mas também uma maior facilidade em apurar responsabilidades diretas pelo seu exercício.

Como refere o CSC, no art.390º nº3 quanto às sociedades anónimas e no art.252º nº1 quanto às sociedades por quotas, em ambos os tipos societários se concede a possibilidade de o cargo de gestão ser exercido pela mesma pessoa dos sócios/acionistas ou por pessoa diferente, consoante o órgão deliberativo opte ou não por contratar pessoa estranha à sociedade, mas devidamente qualificada para o exercício.

Quanto à disponibilidade do candidato, devido ao acesso privilegiado a informações de natureza confidencial e ao cumprimento do dever de lealdade e de não concorrência, as funções devem ser exercidas “a tempo inteiro e em exclusividade” (Cunha, 2021, p.817). Contudo, conforme o disposto no CSC art. 398º nº 3 e 4 e 254º nº1 e 4, admite-se o exercício de atividade concorrente mediante autorização expressa e consentimento dos sócios/acionistas. Nos casos em que o gerente ou administrador já desempenhe funções semelhantes em sociedade concorrente a continuidade do exercício dependerá do consentimento expreso de ambas as sociedades, sob pena de nulidade dos atos (Cunha, 2021, p.818). Não havendo pronuncia do órgão deliberativo e mantendo-se o administrador em exercício qualquer interessado poderá requerer a nulidade dos atos nos termos do art. 294º do CC ou requerer a destituição do administrador nos termos do art.398º nº5 do CSC (Cunha, 2021, p.818). Nos casos em que o gerente seja também sócio, verifica-se um impedimento de voto, podendo votar na deliberação pela existência de um conflito de interesses, conforme o art. 251º nº1 al. e) do CSC.

O desempenho do cargo de gestão poderá considerar-se um verdadeiro desafio, no qual o sujeito assume funções essenciais na gestão dos recursos, exigem-se soluções rápidas e eficazes, que devem ser regularmente comunicadas, e deve ser indicado o desempenho da sociedade perante a aplicação das medidas definidas, cumprindo-se o direito à informação dos sócios (art.214º nº1 e 288º nº1 do CSC), quanto ao conhecimento dos atos de gestão.

2. Designação e prazo para o exercício de mandato

As concretizações dos interesses da sociedade são conseguidas mediante atuação das pessoas singulares que compõem os órgãos sociais, todavia, sendo o tema principal o órgão de gestão e administração e a responsabilidade dos administradores de facto, é relevante

referir brevemente algumas matérias, nomeadamente o modo de designação e o prazo do exercício do mandato.

Torna-se imprescindível referir que, nas sociedades anónimas o órgão de gestão distingue-se entre Conselho de Administração ou Administrador Único de acordo com os limites do capital social constantes do art. 390º nº2 do CSC, enquanto que, nas sociedades por quotas esse órgão designa-se como Gerência (art. 252º e 9º nº1 d) do CSC).

Sendo que este órgão tem, em ambas, o papel de representação, administração e expressão da vontade do coletivo, importa referir a designação dos administradores e gerentes enquanto processo para lhes ser atribuído “poder de administrar” (Martins, 2021, p.63). Em regra, a designação ocorre num momento inicial, aquando da celebração do contrato de sociedade, formalizando-se os termos, condições e responsabilidades legais pelas quais os participantes hão-de se orientar. Todavia, admite-se também que os sócios ou acionistas possam deliberar sobre a designação do órgão de gestão, conforme o art. 246º nº1 d) e h) e nº 2 a) e 391º do CSC, mediante prévia convocação para designar e alterar os membros, seguindo-se a discussão e votação para posterior atualização e registo do contrato de sociedade. Não obstante, a designação pode ser feita mediante nomeação judicial (art. 253º nº3 e 4 e 394º do CSC) quando for necessária para a continuidade da empresa e garantia dos interesses de terceiros que não possam aguardar por uma designação interna, operando uma ação especial para nomeação titular de órgão social (Martins, 2021, p.82). Conforme o nº1 do art.253º CSC, caso faltem todos os gerentes, serão os sócios a assumir os poderes de gestão até nova designação. Neste tipo societário a nomeação judicial tem um carácter excecional, veja-se o Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 01-02-2011, quanto à nomeação da gerência caracterizada como uma “nomeação precária e provisória, porque se destina a resolver casos meramente pontuais da gerência¹” até nova designação, conforme os mecanismos anteriormente referidos. Todavia, nas sociedades anónimas caberá ao tribunal designar um administrador judicial que assegure a gestão (253º nº 3, 393º, 394º e 426º CSC) quando estejam em falta número suficiente de administradores efetivos ou quando o anterior tenha terminado funções e ainda não tenha sido substituído. Para Soveral Martins a nomeação judicial (art.394º do CSC) é um mecanismo para “substituir o Conselho de Administração” (Martins, 2021, p.83) pelo administrador designado, exercendo o cargo nos mesmos termos que um administrador único, sem interferência de outros, considerando-

¹Ac. do Tribunal da Relação do Porto, processo nº 302/10.8YVNG.P1, relator Guerra Banha, relativamente à nomeação judicial.

se a cessação das funções dos anteriores membros do Conselho de Administração depois de ser nomeado oficiosamente. Por último, conforme o art. 24º nº3 e o art. 257º nº3 do CSC e como previsto no Ac. do STJ ², de 23-09-1997, do contrato de sociedade pode resultar um “direito especial” quando, do contrato de sociedade, resulte “clara e inequivocamente a vontade dos que nele intervieram em constituir esse direito especial”. A respeito das sociedades anónimas destaque-se o art.391º nº1 do CSC que refere que, no caso de o administrador designado ser também acionista, o procedimento decorre como se de um sujeito externo se tratasse, não existindo um direito especial à integração no órgão de gestão (Martins, 2021, p.64).

Quanto ao prazo para exercício do mandato, este difere. No caso das sociedades anónimas, o período legalmente previsto para o exercício do mandato é de quatro anos (art. 391º nº3 do CSC), embora se mantenham em funções até à respetiva substituição "por não ser admissível que a sociedade fique sem governação" (Cunha, 2021, p. 828), operando, se necessário, a nomeação judicial. Neste tipo societário aplica-se o “princípio da temporalidade” (Costa, 2012, p.260), no qual se exige que o tempo do mandato seja fixado, de modo a assegurar a estabilidade da sociedade e a responsabilidade perante esta e terceiros, quanto aos atos praticados. Relativamente às sociedades por quotas, o mandato considera-se por tempo indeterminado, até que se verifique a destituição ou renúncia de algum dos membros do órgão de gestão. No entanto, de acordo com o art. 256º do CSC, nada impede que seja estipulada a duração do exercício do cargo (Costa, 2012, p.267).

Certamente a maior ou menor duração do mandato influencia a estabilidade e a confiança perante o órgão de gestão. Ainda que os mandatos de longo prazo favoreçam a estabilidade, é estipulado um limite legal de quatro anos, admitindo-se que o órgão de gestão possa ser alterado ou destituído, conforme o desempenho da gestão e vontade dos sócios (Costa, 2012, p.263), mas também de forma a permitir ao administrador desvincular-se sem ter de renunciar ao cargo (Costa, 2012, p.266).

²Ac. STJ, processo nº881/96, relator Sampaio Nóvoa, admissibilidade de um direito especial dos sócios à gerência.

3. Breves considerações sobre a natureza do vínculo jurídico existente entre Administrador e Sociedade

Determinado o administrador ou gerente a quem competirá o exercício das funções de gestão importa fazer uma breve referência à natureza jurídica do vínculo existente entre esse sujeito e a respetiva sociedade. Apesar de existirem várias perspetivas sobre a natureza deste vínculo, ocupar-nos-emos de duas que parecem ser mais ajustadas à presente realidade (Cunha, 2021, p.825).

Questiona-se se o vínculo jurídico poderia configurar uma relação laboral baseada num contrato de trabalho. Depreende-se do art. 398º nº1 e 2 do CSC que a maioria da doutrina e jurisprudência portuguesa rejeita a compatibilidade entre o exercício de funções de gestão e a posição de trabalhador na mesma sociedade, a este propósito refira-se o Ac. do TRL³, de 6-02-2013: “O art. 398.º do CSC não admite o cúmulo, num mesmo sujeito, das qualidades de Administrador de uma sociedade anónima ou de sociedades que com esta estejam numa relação de domínio ou de grupo e de trabalhador, subordinado ou autónomo, dessa mesma sociedade, seja a constituição do vínculo laboral anterior, simultânea ou posterior à da relação de administração”. Do acórdão resulta que o nº1 do art. 398º do CSC é imperativo e implica a nulidade do contrato de trabalho, ainda que seja confirmado pelo órgão deliberativo, considerando a deliberação nula (art. 56º nº1 d) do CSC) para que, como o acórdão refere, garantir-se a “independência, autonomia e idoneidade do administrador” e assegurar os interesses da sociedade.

Na mesma ótica, Palma Ramalho, sublinha a incompatibilidade de uma relação laboral em que um sujeito, cumulativamente, se encontre na posição de administrador e de trabalhador (apud Bassani, 2019, p.182). Além de gerar confusão entre entidade patronal e funcionário na mesma pessoa, também não está conforme a natureza do contrato de trabalho. Perante um contrato de trabalho, o trabalhador encontra-se juridicamente subordinado e sob autoridade da entidade empregadora, o que não parece conciliável com a natureza da relação jurídica exigida para o exercício das funções de administração (apud Bassani, 2019, pp.185-186). Atos de gestão devem ser exercidos com certa autonomia técnica (Oliveira, 2005, p.194) e independência decisória e não mediante instruções, o que afasta da possibilidade de estarmos perante um caso de subordinação jurídica.

³Ac. do TRL., processo nº 2848/10.9TTLSB.L1-4, relatora Isabel Tapadinhas, no que respeita à nulidade do contrato de trabalho perante um contrato de administração.

No entanto, parece-nos mais oportuno concordar com um negócio jurídico de natureza contratual, no qual se verifica uma convergência de vontades entre sociedade e o sujeito (Oliveira, 2005, pp.185-186). É a partir da designação, quando o sujeito aceita, tacita ou expressamente, e assume a prática dos atos necessários ao funcionamento da sociedade, que se constitui um contrato entre os dois intervenientes (Cunha, 2021, p. 826). Este vínculo contratual emerge, precisamente, da aceitação do sujeito. Embora a lei não limite o exercício do cargo de gestão a uma tomada de posse, nem imponha uma aceitação explícita ou implícita, Paulo Olavo Cunha entende que deve ser exigida, “pelo menos, uma aceitação tácita” (Cunha, 2021, p. 826) para que a relação considerasse constituída.

Em suma, o desempenho de um cargo de gestão exige o cumprimento de metas e resultados, mas envolve também uma componente de risco, ainda que o administrador tenha desempenhado a sua função de acordo com os critérios exigíveis. Assim, para a doutrina e jurisprudência, o contrato de administração considera-se um contrato atípico, pelas suas particularidades e complexidade. Não é passível de ser integrado em nenhum tipo contratual legalmente previsto, como referido no Ac. do TRL⁴, de 08-05-2014 “o contrato de administração é uma figura “sui generis”, pelo qual uma pessoa se obriga a prestar a sua atividade de gestão e representação de uma sociedade anónima, com ou sem remuneração”.

4. Funções de representação e gestão

Uma sociedade comercial possui personalidade jurídica a partir do registo do ato constituinte, de acordo com o disposto no art.5º do CSC (Abreu, 2021, vol. II, p.161) que lhe permite ser titular de direitos e obrigações, mas, depende da atuação dos membros que compõem os órgãos sociais e a quem são legalmente atribuídas funções e competências que permitem o seu funcionamento.

No exercício da representação, Coutinho de Abreu, refere a existência de uma “representação orgânica” (Abreu, 2021, vol. II, p.552), na qual os órgãos sociais compõem a sociedade, mas não a substituem enquanto pessoa coletiva, existindo uma corresponsabilidade entre a vontade coletiva e a atuação do órgão de gestão que exprime essa vontade. Todavia, para que os atos praticados sejam, efetivamente, válidos e vinculativos devem considerar um conjunto de requisitos.

⁴Ac. do TRL., processo nº 1169/11.4TVLSB-A. L1-6., relatora Maria Manuela Gomes, quanto à natureza do contrato de administração.

Desde logo, o administrador legitimado que pratica determinado ato deve indicar a qualidade em que atua, a sociedade que representa e que pretende vincular. Compreende-se que, a sociedade ficará vinculada, sempre que conste assinatura e indicação da qualidade dos membros com poderes de representação, verificando-se uma atuação por causa da sociedade e em seu nome (Abreu, 2021, vol. II, pp.552-553).

Perante as sociedades anónimas (art. 405º e 406º do CSC), as funções de gestão e representação são atribuídas ao órgão de administração e “não aos sujeitos individualmente considerados” (Martins, 2021, p.85), possibilitando a conexão entre a sociedade e terceiros, vinculando-a nos termos do art. 409º do CSC. Existe um conjunto de poderes conferidos ao Conselho de Administração, admitindo-se que este delibere sobre “qualquer assunto de administração da sociedade” (art. 406º do CSC), estando a competência e a responsabilidade das matérias de gestão circunscritas a este órgão, evitando-se interferências de outros sujeitos, como os acionistas. Neste tipo societário, perante o desempenho da gestão, privilegia-se a “independência formal em relação aos sócios” (Costa, 2012, p.23), não devendo estes, por sua iniciativa, interferir. Porém, admite-se que o façam, mediante um pedido formulado pelo órgão de gestão (art. 373º nº3 do CSC), sob pena de nulidade de eventual deliberação sobre as matérias de gestão (Martins, 2021, p.86). Em certos casos pode existir verdadeiramente um dever do órgão de gestão de realizar esse pedido aos acionistas, para que deliberem sobre determinada matéria de gestão, em particular, quando a lei ou o contrato de sociedade estabeleça esse limite, devendo os administradores subordinar-se à decisão (Martins, 2021, pp. 89-90). Certo é que os sócios terão sempre influência nas decisões, através da designação ou destituição dos administradores, consoante o desempenho da gestão, assim como a legitimidade para propor ações de responsabilidade (Costa, 2012, pp.24-25).

A presença contínua e influência dos sócios/acionistas reflete-se nas competências de gestão atribuídas aos administradores de direito, manifestando-se intensidade dos deveres funcionais consoante o tipo societário em que a sociedade se insira.

Nas sociedades anónimas o acionista considera-se, na maioria das vezes, distante da vida societária, apesar de ter investido financeiramente, não está assiduamente presente. Deste distanciamento surge a necessidade de nomear outro sujeito com particular apetência para exercer o cargo de gestão e representação do património alheio com relativa autonomia (Costa, 2012, p.26). Neste sentido, os administradores com o perfil e a apetência necessários para desenvolver o projeto de negócio assumem poderes de gestão, de modo a assegurarem a prática dos atos necessários à prossecução da atividade social, poderes que estão legal e

taxativamente previstos no art. 406º do CSC, com os objetivos de garantir o correto desempenho da atividade e acautelar resultados e o cumprimento do objeto social e das metas definidas. Apesar de afastado da vida societária pretende-se que o acionista participe e esteja integrado na sociedade na qual investiu, de modo a estimular a confiança entre os participantes. Ainda que no contexto das sociedades anônimas se priorize o conceito de autonomia no desempenho do cargo, através da separação de poderes entre Assembleia Geral e Conselho de Administração, nada impede os sócios de fazerem sugestões ou consciencializarem os administradores sobre o modo como podem exercer poderes de representação e gestão do património (Costa, 2012, pp.22-23).

Nas sociedades por quotas coloca-se em questão a existência de autonomia e independência entre a Assembleia Geral e a Gerência, em virtude da maior proximidade dos sócios, em comparação ao tipo societário anterior (Costa, 2012, p.25). Relativamente à gerência, verifica-se a admissibilidade da prática de atos de gestão corrente “(...)com respeito pelas deliberações dos sócios” (art. 259º do CSC), ou seja, os gerentes condicionam a conduta à vontade do órgão deliberativo, revelando uma ideia de subordinação aos sócios. Menezes Cordeiro (apud Dinis, 2015, p.31) defende a existência de um dever de obediência e dependência perante as deliberações dos sócios (art. 246º do CSC) e acrescenta ainda que, quando contrato de sociedade nada determine quanto às competências da gerência e não as atribua explicitamente ao órgão de gestão, os gerentes devem respeitar a decisão do coletivo.

5. Deveres fundamentais: artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais

A fragmentação entre o investimento e a direção da sociedade destaca a necessidade de definir um conjunto de deveres e critérios de atuação, previstos no art. 64º nº1 do CSC (Cunha, 2021, p.565). Os gerentes e administradores tomam posições que influenciam a vida societária estando sujeitos a um conjunto de deveres gerais, sob pena de incorrerem em responsabilidade civil, havendo um particular cuidado em atender aos interesses pessoais daqueles que contribuem com capital, mas também de terceiros associados.

Apesar da dificuldade em elencar exaustivamente os deveres inerentes ao cargo de gestão é possível demonstrar alguns deveres gerais previstos no CSC. Coutinho de Abreu considera a existência de um “poder-dever” de administrar (Costa, 2011, p. 161) um dever funcional, ainda que não expressamente previsto, e refere-se ao dever de administração de bens e interesses alheios com respeito pelo fim social e maximização do lucro, devendo o

administrador agir em conformidade com os deveres legais ou contratuais (Costa, 2011, p. 162). É da concretização deste dever que surgem dois deveres fundamentais: o dever de cuidado e o dever de lealdade, enquanto referências para o exercício de funções de gestão e desenvolvimento da atividade societária.

5.1. O dever de cuidado e o dever de lealdade

No que respeita ao dever de cuidado (art. 64º nº1 al. a) do CSC), densifica-se com a obrigação de cumprir o cargo de forma diligente, prudente e criteriosa no momento de tomar decisões que poderão influenciar um vasto leque de sujeitos relacionados com a sociedade. De referir que o dever de cuidado dependerá da reunião de condições inerentes às qualidades do administrador: a “disponibilidade”, a “competência técnica”, o particular “conhecimento da atividade” a que a sociedade se dedica, assim como, o dever de diligência na prática dos atos, sob pena de o sujeito não se considerar apto para o exercício do cargo (Costa, 2011, p.167). De um modo amplo, o dever de cuidado compreende o dever de vigilância e o dever de informação e prende-se fundamentalmente com a necessidade garantir que, antes de tomarem uma decisão, os administradores ou gerentes reúnem informação correta, atualizada e fidedigna sobre as matérias, sejam estas relativas ao comportamento do mercado ou de outras sociedades concorrentes. Assim pretende-se assegurar que a decisão será a mais fidedigna possível mediante um juízo ponderado e razoável de modo a obter “decisões razoáveis” (Costa, 2011, p.171) e evitar danos à sociedade ou terceiros.

Como refere Ricardo Costa, o art. 64º nº1 al. a) do CSC estabelece um conjunto de “critérios gerais de ação” (Costa, 2011, pp.187), nomeadamente competência técnica e especial conhecimento da atividade desempenhada. Ora, o desrespeito por algum dos requisitos configura uma violação do dever de cuidado, por se considerar o ato contrário ao que era exigível, verificando-se, por isso, uma ilicitude que fundamenta um “juízo de reprovabilidade pessoal” (Costa, 2011, pp.187) e censura. A conduta do administrador tem por base, tendo um comportamento diligente. Caso contrário, resulta num comportamento ilícito e a culpa presume-se, sendo estes fundamentos suficientes para aferir a sua responsabilidade. Caberá ao administrador de direito o ónus de provar que agiu de forma diligente e de acordo com os critérios de um “gestor criterioso e ordenado” (Costa, 2011, p.177), estabelecidos para o exercício do cargo para excluir a responsabilidade (art. 72º nº2 do CSC). Em bom rigor, o administrador deverá demonstrar que tomou uma decisão

ponderada, dotada das informações possíveis ao momento e livre de qualquer conflito de interesses, cumprindo critérios de racionalidade empresarial. Sendo incontestável o risco de incerteza perante o exercício da gestão deve encontrar-se um equilíbrio entre a discricionariedade das decisões empresariais em conjugação com o cumprimento dos deveres referidos, de modo a assegurar o livre exercício das funções, para que um administrador não esteja inibido de tomar decisões de gestão (Costa, 2011, p.179).

Por sua vez devemos considerar que o dever de lealdade (art. 64 n.º 1 al. b) do CSC), radica no princípio da confiança e valores éticos impostos perante a administração e gestão de património alheio, com o propósito de garantir que os gestores e administradores exerçam os seus cargos subordinando-se aos interesses societários, de modo a evitarem-se conflitos de interesses (Costa, 2011, p.181).

Por fim, Ricardo Costa compreende estes deveres (art. 64.º n.º 1 a) e b) do CSC) como aplicáveis aos administradores legitimados, mas também abrangem administradores de facto quando desempenhem atos próprios de gestão (Costa, 2011, p.166).

6. Os Administradores de Facto

Presume-se que ocupa um cargo no Conselho de Administração ou Gerência um sujeito qualificado, dotado de capacidade técnica para exercer as funções que lhes são atribuídas pelos sócios ou acionistas mediante um ato formal legalmente previsto, de modo a proporcionar soluções compatíveis com os problemas e exigências da sociedade, designando-se como um administrador de direito.

A função exercida pelos administradores e gerentes pressupõe que tenha sido atribuída a um sujeito “regularmente investido” (Costa, 2012, p.38), em função dos pressupostos legais. Todavia, com o crescimento dos obstáculos ao nível das exigências económicas e financeiras ou do aumento da concorrência a que uma sociedade está exposta, cada vez mais se verifica a intromissão de sujeitos que atuam sem um título idóneo ou sem as aptidões necessárias, tornando-se um desafio ao direito societário português que, de acordo com o autor, não pode ser ignorado.

Embora, a responsabilidade do administrador de direito perante a sociedade pela preterição dos deveres legais ou contratuais esteja prevista (art. 72.º n.º 1 do CSC), a incerteza coloca-se quando outro sujeito atua nos mesmos termos que um administrador de direito, mas sem um título válido que lhe atribua legitimidade para tal, substituindo o administrador formalmente nomeado, designando-se como administrador de “facto” (Costa, 2012, p.38).

Não parece legítimo e suficiente que assumir um cargo de administração se baste pelo exercício de funções de gestão e administração, com a preterição de uma nomeação formal e sem a averiguação das capacidades técnicas exigidas aos administradores de direito (Costa, 2012, pp.35).

Entende Ricardo Costa que a existência desta figura, de algum modo, possibilita que o sujeito que de facto exerce poderes vinculantes “consiga subtrair-se à aplicação das severas regras” (Costa, 2012, p.39-40) que a lei expressamente refere serem aplicáveis aos administradores de direito.

O desafio coloca-se perante atos que vinculem a sociedade perante terceiros, enquanto os administradores de direito atuam de acordo com um ato expresso, que lhes permite assinar e mencionar a qualidade de administradores de direito e são responsabilizados por tais atos no âmbito da responsabilidade civil contratual (art. 483º do CC), a questão não é linear quanto a atos praticados por sujeitos que não detenham um título formal. Questiona-se a possibilidade de serem propostas contra os administradores de facto, ações de responsabilidade civil, quando estejam em causa atos por eles praticados, sendo significativo densificar o conceito e compreender a sanção eventualmente aplicável no caso de provocarem danos a terceiros e à sociedade.

6.1. Critérios identificadores

Embora a presença de administradores de facto não coincida com a juridicidade legalmente positiva, são uma figura presente na realidade societária. É nesse sentido que se afigura primordial referir algumas notas identificadoras e alguns pressupostos passíveis de auxiliar nesta qualificação, para apurar as possíveis consequências jurídicas da aquisição dessa qualidade, ainda que se verifique uma dificuldade acentuada na delimitação do conceito, por ser uma figura que surge de modo anómalo ou irregular em comparação à designação do administrador de direito (Costa, 2012, pp.47-48).

Verificado o desvio às regras procedimentais da designação, a doutrina tem vindo a considerar alguns pressupostos cumulativos passíveis de reconduzir à concretização desta figura, por ser desejável que sejam situações legalmente disciplinadas (Costa, 2012, p.56).

6.2. A ausência de investidura formal e funções típicas de gestão

Para Ricardo Costa a existência de um administrador de facto caracteriza-se por um elemento “puramente negativo” (Costa, 2012, pp.49). Qualifica-se como um sujeito que

exerce típicas funções de administração e gestão inerentes ao cargo de administrador, mediante título inválido ou inexistente (Martins, 2021, p.196). Diferencia-se do administrador de direito em virtude das “fontes dos respetivos poderes” (Costa, 2012, p.50) por atuar e participar sem um título legítimo ou válido, mas “como se fosse um administrador de direito” (Martins, 2021, p.201) ou através dele, compreende-se que o administrador de facto não seguiu a regras e o procedimento legal e estatutário para a respetiva designação.

Na verdade, o que é comum entre o administrador de direito e o administrador de facto são as funções desempenhadas, a “atuação funcional” (Costa, 2012, p.52). Ainda que, os administradores de facto apresentem uma atuação irregular, o exercício de tarefas análogas à dos administradores de direito poderá suprir a ausência de investidura formal. Isto porque, dessa atuação resultam efeitos jurídicos que não se limitam ao plano dos puros factos ou sem valor jurídico (Costa, 2012, p.54) e, por essa circunstância, deve ser a figura dos administradores de facto reconhecida no ordenamento jurídico para proteger interesses provenientes da relação com a sociedade (Costa, 2012, pp. 58-59).

Coutinho de Abreu e Elisabete Ramos, apresentam alguns critérios que serão densificados de seguida, mas que permitem a definição e eventual responsabilidade do administrador não legitimado, quando “exerça de forma direta ou indireta, de modo autónomo, funções que seriam próprias da posição de um administrador de direito, mas que este exerce e devia referir a sua qualidade” (apud Rocha, 2022). É nesta sequência de critérios desenvolvidos pela doutrina e auxiliada pela jurisprudência que nos parece ser possível responsabilizar civilmente os administradores de facto.

6.3. Autonomia no exercício e aceitação pela sociedade

O exercício de funções de gestão não basta para que se configure uma relação de facto, exigem-se um conjunto de outros indícios para que se possa efetivamente comprovar essa relação.

Além do desempenho de funções de gestão é indispensável verificar-se uma autonomia própria dos administradores de direito para a prática desses atos, com a aquiescência da sociedade que se conforma e consente, admitindo-os da mesma forma como se fossem praticados por administradores formalmente legitimados (Costa, 2012, p.673).

Soveral Martins sublinha que a autonomia manifesta-se com a admissibilidade do administrador não legitimado impor a sua vontade através da tomada de decisões ou mediante ordens instrutórias de organização, funcionamento ou representação, sendo estas

tarefas próprias dos administradores formais (Martins, 2021, pp.202). Todavia, não basta uma “autonomia aparente” (Reis, 2021, pp.27), exige-se uma percepção da hierarquia e a necessidade de subordinação a tais instruções. Não obstante, para afastar a qualidade de administrador de facto o sujeito poderá aferir que atuou mediante subordinação e sem qualquer autonomia decisória (Costa, 2012, p.631).

6.4. Atuação contínua e intensiva

Perante a presença de administrador não legitimado é relevante verificar-se a forma como condiciona e influencia a sociedade, analisando-se se o faz de modo contínuo e intensivo. Para que se possa falar numa verdadeira atividade de administração “a gestão terá de apresentar uma intensidade qualitativa” (Costa, 2012, pp.584-585), não bastando um ato isolado ou ocasional (Costa, 2012, pp.48-49), tornando-se essencial examinar se os exercícios típicos de gestão foram efetivamente praticados, nomeadamente, atos quanto à definição de estratégias, objetivos de produção ou investimentos.

O que se pretende é uma “analogia substancial” (Costa, 2012, p.50) em relação aos administradores de direito, verificando-se a existência ou inexistência de uma relação orgânica de administração juridicamente relevante em termos de responsabilidade civil, sempre que se verifique um nexo causal entre o dano e os factos praticados. O enquadramento de uma situação de facto será pertinente quando produza efeitos jurídicos externos, devendo ser responsabilizado o sujeito que voluntariamente se dispôs a essa irregularidade.

Além dos pressupostos anteriormente indicados, Ricardo Costa questiona ainda quanto à necessidade da existência de um elemento de vontade enquanto condição para a qualificação desta figura. Entende o autor que, a qualificação da insolvência como culposa só pode resultar perante um gerente ou administrador que esteja consciente do cargo que exerce e dos resultados dos atos que pratica (Costa, 2012, p.665). De acordo com o autor, essa vontade demonstra-se, por exemplo, nos casos em que o sujeito acrescenta a sua assinatura e designação da sociedade pela qual atua. Da apreciação do elemento de vontade o que se pretende é averiguar a motivação pela qual o sujeito opera como administrador de facto. Afigura-se pertinente saber se a sua intenção quando atua, sem uma investidura formal, será ou não furtar-se das responsabilidades e obrigações inerentes à qualidade do administrador de direito (Costa, 2012, p.666). Nesta ótica, caso este requisito do elemento volitivo fosse exigível caberia ao terceiro fazer prova dessa circunstância, o que poderia

mostrar-se bastante difícil. De modo que, não se impõe o elemento como necessário para a qualificação como administrador de facto, mas nada obsta que o facto seja demonstrado por quem tenha legitimidade ativa para propor uma ação de responsabilidade (Reis, 2021, p.34).

Em síntese, o que se pretende com a elaboração dos pressupostos é permitir a intervenção e aplicação de normas jurídicas, de modo a garantir a proteção jurídica de terceiros, sócios e acionistas, mas também do próprio administrador de facto que, apesar de indevidamente investido, não tenha intenção de fugir às responsabilidades do cargo (Costa, 2012, p. 667). Verificados os pressupostos estaremos em condições de averiguar se efetivamente existe uma relação de facto e se será necessário proceder à extensão do regime da responsabilidade civil quanto aos administradores de facto, de modo a impedir um tratamento desigual em relação aos administradores de direito (Costa, 2012, pp.59-60).

7. Motivação da existência de Administradores de Facto:

7.1. Nulidade ou anulabilidade da deliberação de designação

Partindo deste ponto, considera-se relevante aludir algumas circunstâncias que poderão justificar a irregularidade do título dos administradores. Daqui em diante ocupar-nos-emos das deliberações de designação, conforme o art. 56º e 58º do CSC, podendo ser nulas ou anuláveis.

No que se refere às deliberações nulas (art. 56º do CSC), caracterizam-se nestes termos perante a presença de vícios procedimentais ou de conteúdo, no momento da deliberação de designação (Abreu, 2021, vol. II, p.475).

Um dos vícios procedimentais possíveis versa sobre a falta de convocação da Assembleia Geral (art. 56º nº1 al. a) do CSC). No âmbito da sociedade por quotas, a tarefa pertence aos gerentes que devem convocar os sócios, por meio de carta registada, enquanto que, no caso das sociedades anónimas, a tarefa pertence ao presidente de mesa mediante publicação em sítio da internet de acesso público (Abreu, 2021, vol. II, p.476-477).

O problema da não convocação é o tratamento desigual perante sócios ou acionistas que não tenham sido convocados, na medida em que, os que tomaram conhecimento reúnam e deliberem sobre a designação do administrador em concreto e que, naturalmente, priva os que não estiveram presentes ou representados do direito à informação e participação nos assuntos internos da sociedade, art. 21º nº1 b) e c) do CSC (Abreu, 2021, vol. II, p.477). Como refere o autor, a falta de convocação origina uma “nulidade atípica”

(Abreu, 2021, vol. II, p.479) podendo os sujeitos que não estiveram presentes dar consentimento, por escrito, da deliberação, sanando-se a nulidade (art. 56º nº3 CSC).

No que se refere à nulidade por vícios de conteúdo art. 56º c) e d) do CSC, Coutinho de Abreu sugere, a título de exemplo, “deliberações contrárias a preceitos legais imperativos” (Abreu, 2021, vol. II, p.485), veja-se o art. 33º nº1 do CSC quanto a lucros e reservas não distribuíveis. Os sócios ou acionistas não podem deliberar sobre a distribuição dos lucros de exercício quando imprescindíveis para reconstituir reservas legalmente impostas ou cobrir prejuízos, tendo como objetivo prevenir perdas sociais e garantir o autofinanciamento para cumprir compromissos e garantir a sustentabilidade da sociedade.

Em caso de nulidade da deliberação incumbe ao órgão de fiscalização informar os sócios, a fim da deliberação ser renovada no prazo de dois meses, sob pena de ser proposta uma ação de declaração da nulidade, art. 57º nº2 do CSC. Nas sociedades em que não exista obrigatoriamente este órgão, como é o caso das sociedades por quotas, esse dever caberá aos gerentes, de acordo com o nº4 do art.57º do CSC (Abreu, 2021, vol. II, p.501).

Ainda que a designação seja nula, o administrador mantém o título por determinado período de tempo, pelo menos, enquanto a nulidade não for invocada, de modo a impedir-se a produção dos seus efeitos. A este propósito, Coutinho de Abreu refere que, perante uma ação de nulidade, além do art. 57º do CSC também se aplica o regime comum previsto no art. 286º do CC (Abreu, 2021, vol. II, pp. 502), podendo a nulidade ser invocada “a todo o tempo e por qualquer interessado”. Com a declaração da nulidade da deliberação, (art.61º nº2 do CSC), não ficam prejudicados os direitos adquiridos por terceiros de boa fé.

Entende-se por deliberações anuláveis, art. 58º do CSC, aquelas que se considerem ilegais, mas não estejam previstas como nulas (Abreu, 2021, vol. II, p.505). Veja-se, a título de exemplo, as deliberações em que tenha existido convocação, mas que não se tenha cumprido a antecedência mínima de aviso (art. 248º nº3 do CSC), assim como, aquelas em que não tenham sido fornecidas as informações mínimas quanto aos assuntos a serem tratados (art. 377º nº8 do CSC) (Abreu, 2021, vol. II, p.507).

Apesar da existência de vícios nas deliberações esses poderão revelar-se mais ou menos relevantes. Coutinho de Abreu considera que será necessário compreender o propósito da norma e a consequência que resulte desse vício (Abreu, 2021, vol. II, p.508). O autor dá como referência a distinção entre a falta de registo de uma carta de convocação que, apesar desse vício, cumpriu a sua finalidade de aviso, em comparação com a recusa injustificada de informação ao sócio que seja essencial para a deliberação. Naturalmente, este último vício produz efeitos mais severos e deve ser a deliberação declarada anulável

por incumprimento de um dever legal e estatutário como é o caso do direito à informação (Abreu, vol. II, 2021, p.509-510).

No contexto das deliberações devemos ainda referir as deliberações abusivas, (art. 58 n°1 b do CSC) aquelas que pretendam satisfazer interesses ou atribuir vantagens para os sócios ou terceiros em detrimento da sociedade ou de outro sócio e aquelas que existam com o objetivo de prejudicar a sociedade ou algum sócio (Abreu, 2021, vol. II, p.514).

A este propósito, considere-se o Ac. do TRL⁵ de 26-05-2009, no qual, em Assembleia Geral de uma sociedade anónima, foi deliberada a eleição de órgãos sociais. O primeiro problema que se coloca no caso descrito versa sobre a convocação da assembleia. O autor da ação e detentor de 30% do capital não foi convocado, apenas compareceram outros dois sócios a quem os votos correspondiam a 70% do capital, aprovando-se a deliberação. Posteriormente, os sócios participantes foram nomeados administradores, verificando-se nitidamente um conflito de interesses quando votaram sobre a remuneração a receber pelo exercício do cargo. Sobrepôs-se um interesse pessoal em detrimento dos interesses sociais, não devendo ser exercido o direito de voto pela mesma pessoa que é sócio e administrador simultaneamente. Por sua vez, os montantes estimados para a remuneração consideravam-se desproporcionais, refletindo-se num aumento de despesas e considerando-se essa deliberação prejudicial à sociedade. Nestes termos, parece-nos admissível a propositura de uma ação de declaração da nulidade (art. 59° do CSC) proposta, neste caso, pelo sócio que não participou na deliberação por não ser convocado, sendo a ação julgada procedente e, conseqüentemente, a deliberação anulada.

Em suma, pretende-se que as deliberações não estejam afetadas por vícios, garantindo-se a observância dos parâmetros legais (art. 62° n°2 do CSC). A considerar que, nos termos do Código do Processo Civil o art. 36° n°1 e 2, além da ação de anulação, admite-se ainda pedido de indemnização a favor da sociedade ou do sócio que tenha sido prejudicado, admitindo-se, por isso, a condenação em responsabilidade civil (Abreu, 2021, vol. II, p.525).

7.2. Inibição para o exercício do cargo

A gestão e administração do património societário coloca desafios significativos ao órgão competente e envolve tarefas complexas que exigem sempre decisões ponderadas.

⁵Ac. TRL, relatora Ana Resende, processo n° 7517/2008-7, quanto à convocação para deliberação social.

Desafios esses que se intensificam perante obstáculos económicos e financeiros, em particular, quando a sociedade é declarada insolvente.

Nestes termos, vamos abordar os casos em que a insolvência é qualificada como culposa e os seus efeitos, nomeadamente, a inibição para o exercício do cargo do administrador que estava em funções no momento. Posto isto, um dos deveres dos administradores, tanto de direito como de facto, passa pelo dever de apresentação à insolvência (art. 18º nº1 e 3 e 19º do CIRE) quando a sociedade não esteja capaz de cumprir obrigações ou haja uma manifesta superioridade do passivo, fazendo-o no prazo de trinta dias após o momento em que esteja impossibilitado de cumprir a generalidade das obrigações já vencidas ou desde o momento em que conhece ou deveria conhecer a condição económico-financeira da sociedade.

Articulado com dever de apresentação à insolvência existe o dever de não agravar a situação, através do qual se pretende garantir a manutenção e a recuperação da pessoa coletiva e evitar tomar decisões desfavoráveis. Daí que, ainda que admita prova em contrário, existe uma presunção de “culpa grave” (art.186º nº3 a) do CIRE) quando os administradores não cumpram esse dever de apresentação à insolvência, podendo esse atraso prejudicar e agravar a situação financeira (Martins, 2021, p.304).

A qualificação da insolvência como culposa depende da reunião dos pressupostos elencados no art.186º nº1 do CIRE, particularmente quando seja “criada ou agravada” por efeito de ações ou omissões resultantes de “dolo ou culpa grave” dos administradores de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo, verificando-se um nexo causal entre a prática e o dano. Durante estes três anos anteriores a conduta dos administradores e gerentes será apreciada para efeitos da qualificação como culposa ou não culposa. O nº2 do art.186º do CIRE determina um conjunto circunstâncias das quais a insolvência foi resultado e, sempre que se verifique alguma dessas situações, a insolvência certamente será qualificada nesses termos, não admitindo prova em contrário. Posto isto, do nº 2 e 3 do 186º resulta uma presunção de culpa quando a insolvência resulte do incumprimento de obrigações legais e contratuais, como é o caso da obrigação de manter a contabilidade organizada. O que se pretende é manter informados os credores relativamente à situação económica e financeira da sociedade, a fim de evitar condutas que tenham como propósito diminuir ou prejudicar o património societário, particularmente, situações em que se verifique a utilização dos bens do património societário para fins diferentes aos da sociedade (Martins, 2021, p.315).

De todo o modo, Soveral Martins refere “não há uma enumeração legal dos comportamentos que fundamentam a responsabilização dos afetados pela qualificação da insolvência como culposa” (Martins, 2021, pp. 326-327), embora o art.186º do CIRE preveja um conjunto de comportamentos que podem, porventura, servir como meio de prova.

Perante sentença que declare a insolvência como culposa (art. 189º nº2 a) do CIRE), identificam-se todas as pessoas afetadas pela qualificação e fixa-se o respetivo grau de culpa. Daqui resulta um conjunto de efeitos jurídicos na esfera jurídica do administrador ou gerente, em particular, a inibição para administrar o património de terceiros ou a inibição para o exercício de comércio ou cargos de gestão, por um período entre dois a dez anos (art. 189º nº2 b) e c) do CIRE).

Desta sentença de qualificação resulta também a obrigação de indemnizar os credores com recurso ao património pessoal dos administradores ou gerentes quanto aos créditos que não sejam satisfeitos com a massa insolvente, exigindo-se a análise dos atos que causaram prejuízo e a responsabilidade. Esta obrigação está limitada aos prejuízos que ainda não tenham sido satisfeitos com o património social (Martins, 2021, p.329).

Apesar do dever dos administradores de não praticarem atos prejudiciais, mesmo praticando, o património mais afetado será o da sociedade e não do sujeito que praticou a conduta enquanto lhe foi confiada a administração (Martins, 2021, p.329). É nesse sentido que se exige o registo dessa inibição do exercício do cargo de modo a acautelar e penalizar condutas e comportamentos que, com dolo ou culpa grave, contribuam para situação de insolvência, prevenindo que os mesmos sujeitos voltem a atuar nos mesmos termos.

Quanto a este assunto, observe-se o Ac. do TRL⁶, de 18-04-2023, quanto à responsabilidade do gerente de facto perante uma insolvência qualificada como culposa. A este propósito, um dos credores requereu a abertura do incidente para a qualificação da insolvência como culposa com fundamento em várias alíneas do art. 186º nº 2, em particular a alínea a), d), f), g) e h) e nº 3, als. a) e b) do CIRE e indicou os sujeitos a quem a qualificação deveria afetar, os gerentes de direito, mas também os gerentes de facto que contribuíram para o agravamento da situação de insolvência com dolo ou culpa grave nos três anos anteriores. A considerar que, nos três anos anteriores à declaração da insolvência os gerentes de facto abandonaram a sociedade agora insolvente, passando a laborar noutra sociedade para a qual, com auxílio dos administradores de direito, venderam grande parte dos bens integrantes do

⁶Ac. do TRL, processo nº 3146/20.5T8VFX-A. L1-1, relatora Amélia Sofia Rebelo, relativamente ao administrador de facto em caso de insolvência culposa.

património da sociedade anterior, transferindo clientes, funcionários e fornecedores e desfalcando as contas da sociedade insolvente. De salientar, que, a contabilidade não estava organizada, consubstanciando uma diminuição da garantia patrimonial dos credores.

Os gerentes de facto acordaram com os gerentes de direito a constituição da sociedade para nela exercerem funções de gerência de facto, por não poderem permanecer formalmente como sócios ou gerentes nem auferir rendimentos superiores ao salário mínimo nacional, sob pena da incidência de penhoras sobre os seus vencimentos, mas eram remunerados pelo exercício da gerência de facto, através de pagamentos às filhas de um e de outro, na qualidade de funcionárias da devedora. Desde logo, um dos argumentos apresentados pelos gerentes de facto como meio de defesa no acórdão referido foi alegarem a inexistência de autonomia, afirmando “nunca terem exercido funções em representação ou com autonomia decisória”, assim como o não exercício de atos típicos de administração, uma vez que, esses caberiam aos gerentes de direito. A este propósito, refira-se o Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães⁷, de 13-09-2018 no qual está explícito que a doutrina sublinha três pressupostos para considerar a existência de administrador de facto, nomeadamente, “exercício positivo, real e efetivo da administração” e “com determinado grau intensidade”, autonomia nas decisões e o “conhecimento e/ou consentimento dos sócios e dos administradores de direito”.

Destas circunstâncias o tribunal considerou a ação de qualificação improcedente pela não verificação dos pressupostos do art. 186º do CIRE, qualificando a insolvência como fortuita, mas, inconformados, os credores apresentaram recurso que foi considerado parcialmente procedente, revogando-se a decisão anterior. No entanto, a decisão de qualificação de insolvência como culposa afetou apenas os gerentes de direito, que foram inibindo-os por um período de três anos, da administração do património de terceiros e do exercício do comércio e ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade e condenados a indemnizar cada um dos titulares dos direitos de crédito de natureza laboral.

Em suma, a existência da sentença condenatória por insolvência culposa beneficiou os gerentes de facto em contraposição aos gerentes de direito, sendo somente os últimos responsabilizados. Os gerentes de direito, enquanto detentores de poderes de gestão e administração devidamente titulados, foram responsabilizados pelas condutas danosa, das quais resultou a insolvência da sociedade. Relativamente aos gerentes de facto, mesmo

⁷ Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 2214/16.2T8CHV-A. G1, relatora Margarida Almeida Martins, quanto à insolvência culposa e o administrador de facto.

participando ativamente e com autonomia nessa gestão, não foi possível determinar a sua contribuição para aquele resultado em virtude da dificuldade da prova. Assim, a gerência de facto permitiu aos sujeitos evitar a responsabilidade, ao contrário do que sucedeu com os gerentes de direito, isto porque, não foi possível no caso concreto determinar o nexo de causalidade entre as condutas dos gerentes de facto, nomeadamente a transferência e venda de bens do património da sociedade e, conseqüentemente, a insolvência.

7.3. Riscos associados à Responsabilidade Civil:

7.3.1. A Responsabilidade Civil Contratual dos Administradores de Direito e de Facto perante a sociedade: artigo 72º e 73º do CSC

Associado ao conjunto de deveres legais e contratuais a que os administradores de direito estão adstritos, resultantes do vínculo decorrente de contrato, negócio jurídico unilateral ou emergente da lei e que os conectam à sociedade, não restam dúvidas que, perante prejuízos causados à pessoa coletiva em virtude da sua conduta e, conseqüentemente, pelo incumprimento de um direito resultante de uma relação obrigacional, são aplicáveis as regras da responsabilidade civil contratual, art. 798º do CC (Varela, 2000, vol. I, pp. 519-520). No entanto, sendo o risco de incorrer em responsabilidade civil contratual inerente à qualidade de administrador de direito, pelo vínculo existente, prevê-se no CSC consequência jurídica específica quando a atuação manifeste desrespeito pelo interesse societário e se revele prejudicial à sociedade, nomeadamente a responsabilidade civil do art. 72º do CSC.

A responsabilidade civil ramifica-se entre responsabilidade civil contratual (art. 798º do CC) e responsabilidade civil extracontratual (art. 483º do CC), apesar de distintas quanto ao prazo de prescrição e ao ónus da prova, ambas podem surgir do mesmo facto e serem aplicadas cumulativamente (Varela, 2000, vol. I, pp. 522). Há um conjunto de pressupostos a reunir para que resulte em responsabilidade civil, em particular, a existência de um facto voluntário e ilícito, imputável ao agente e do qual resulte um dano, sendo possível determinar um nexo de causalidade entre o facto e o dano, devendo estes factos ser minuciosamente analisados em concreto (Varela, 2000, vol. I, pp.525-526).

Nestes termos, Soveral Martins considera a responsabilidade civil como mecanismo de prevenção, perante o modo de atuação na administração do património societário, mas também com uma função de reparação dos danos que resultem de uma conduta imprópria no exercício do cargo (Martins, 2021, p.208). Pretende-se fazer uma aproximação entre a responsabilidade civil do administrador de direito e a responsabilidade

civil aplicável ao administrador de facto, uma vez que, a designação “de facto” não deve constituir “prémio ou benefício” (Martins, 2021, p.195) em prejuízo dos administradores de direito.

Isto posto, carece de densificar-se a responsabilidade civil aplicável aos administradores de facto. Referido o art. 72º do CSC no contexto dos administradores ou gerentes de direito e, considerando a inexistência de norma no CSC diretamente aplicável aos sujeitos de facto, importa verificar se existe algum artigo passível de abranger a responsabilidade civil contratual dos administradores de facto. Autores como Maria de Fátima Ribeiro referem o art. 73º do CSC: “A responsabilidade dos fundadores, gerentes ou administradores é solidária”, compreendendo como admissível integrar a responsabilidade dos administradores de direito, mas também dos administradores de facto (Ribeiro, 2022, p. 541).

Em bom rigor, ao administrador de direito é imputado o dever de administrar e vigiar a atuação dos membros do órgão de administração ou daqueles que assumem essas funções, tornando-o solidariamente responsável pela prática ou omissão dos atos de gestão, uma vez que, estão formalmente investidos de um título para a prática dos atos de gestão, ainda que tenham sido praticados por outro sujeito, como o administrador de facto.

De todo o modo, torna-se necessário determinar a medida de culpa do administrador de direito, distinguindo-se o dano resultante de uma ação ou omissão pelo administrador de facto (Ribeiro, 2022, p.542).

Perante uma omissão pelo administrador de facto surge a responsabilidade por omissão do administrador de direito pelo incumprimento do dever de administrar conforme “um gestor criterioso e ordenado” (art. 64 nº1 al. a) do CSC). Para Maria de Fátima Ribeiro, ainda que exista um administrador de facto, o administrador de direito mantém a responsabilidade e responde pela preterição do ato devido ao incumprimento de um dever que lhe é imputado, desde o momento em que integrou a administração ou gerência e se comprometeu a um conjunto de deveres (Ribeiro, 2022, p.542).

Em paralelo, o administrador de direito poderá também responder por uma ação pelo administrador de facto, quando se confirme que dessa ação resultou um comportamento ilícito e culposo causador de prejuízos à sociedade. Tal conduta repercute-se numa verdadeira violação do dever de cuidado (art. 64º nº1 al. a) do CSC), isto porque, o administrador de direito permitiu que praticassem um ato sem observar e cumprir o dever de vigilância sobre os outros sujeitos que interfiram com as funções de administração e gestão (Ribeiro, 2022, pp.541-542)).

David Nunes dos Reis considera que a responsabilidade assumida pelos administradores de direito para com a sociedade resulta da preterição dos deveres legais e contratuais a que se obrigaram (Reis, 2021, p.97). Segundo o autor, existem situações que consubstanciam uma responsabilidade pelo “abandono da gestão” (Reis, 2021, pp.98), devendo essas situações configurar uma preterição dos deveres de cuidado e diligência. Neste sentido, o autor dá um exemplo de administrador de facto que atua de acordo com a posição do administrador legalmente incumbido, em virtude deste último estar impedido de exercer o ato por questões temporárias de saúde, mas que, ainda assim, apõe a sua assinatura no final do procedimento. O autor questiona se os deveres de diligência e cuidado não deveriam também ser assumidos pelo administrador de facto ou se essa submissão estará “intrinsecamente ligada ao elemento formal” (Reis, 2021, p.98), em concreto, a existência de um título legítimo. Porém, antes de ser sujeito a questões de responsabilidade o administrador de facto carece de ser assim qualificado, tendo como suporte os critérios doutrinários que vão sendo desenvolvidos.

7.3.2. A Responsabilidade Civil Extracontratual dos Administradores de Direito e Facto perante os Credores: 483º nº1 CC e 78º CSC

Apesar da presença dos administradores de facto, não é possível encontrar uma norma legal no CSC que, explicitamente, lhes seja aplicável. Todavia, tal figura, efetivamente, existe e não pode ser ignorada, pelo que se verifica o surgimento de cada vez mais normas que tentam sustentar a responsabilidade dos administradores de facto, permitindo uma coincidência entre este e o administrador de direito de modo a evitar que somente o administrador de direito se responsabilize pelos atos praticados por outro administrador (Costa, 2012, p.64).

Neste sentido, parece-nos pertinente refletir sobre a admissibilidade da responsabilidade civil extracontratual dos administradores de facto perante os credores, art. 78º do CSC, nos casos em que lhes sejam causados prejuízos (Varela, 2000, vol. I, pp. 521-522). Uma das justificações para a admissibilidade da responsabilidade civil extracontratual perante os administradores de facto é, justamente, a circunstância de uma das suas características ser ter por base o anonimato. Perante a responsabilidade civil extracontratual o lesado e o lesante conhecem-se no mundo do direito a partir do momento da prática do facto lesivo, não existindo um vínculo anterior (Matos, 2018, p. 12). Esta nota de anonimato está presente na atuação do administrador de facto que, atuando sem um

vínculo formal que o identifique, desconhece-se a qualidade em que exerce a função, apesar de a exercer, efetivamente.

A responsabilidade civil extracontratual (art. 483º do CC), ocorre sempre se verifique um facto voluntário, ilícito e culposo do qual resulte um dano na esfera jurídica de outro sujeito, sendo possível determinar um nexo causal entre o facto e o dano existente. Nos termos do art. 483º do CC, o facto considera-se ilícito sempre que configure a violação de um direito de outrem ou de norma legal que proteja diretamente interesses alheios (Varela, 2000, vol. I, p.533). Desta forma, a aplicação do art. 483º nº1 do CC depende da interpretação da norma aparentemente violada, de modo a compreender o núcleo de interesses que se pretendia proteger (Varela, 2000, vol. I, pp.539-540). Assim, admite-se o direito a ser indemnizado quando se verifique uma violação típica dos interesses tutelados pela norma, ou seja, que o ato praticado atinja o fim que a norma visa proteger.

Quanto à responsabilidade civil extracontratual dos administradores de facto quanto aos credores repare-se no Ac. do TRL⁸, de 20-12-2022. Para que o direito a ser indemnizado dos credores possa ser exercido terá de ocorrer “a inobservância de disposições legais ou contratuais destinadas à proteção dos credores sociais”, o património social ser insuficiente para a satisfação dos créditos, verificar-se a culpa dos administradores ou gerentes, assim como o nexo de causalidade entre a desrespeito pelos interesses que norma visa preservar e a insuficiência do património social. Sempre que estejam em causa atos ou comportamentos suscetíveis de lesar direitos concretamente protegidos em normas legais, como é o caso das normas protetoras dos credores sociais, é possível recorrer-se ao art. 483º nº1 do CC ou artigo 78º do CSC, podendo os credores agir diretamente sobre o comportamento de tais administradores de facto e de direito, quando a sociedade ou os sócios não o façam.

O desafio perante a responsabilidade civil extracontratual, está relacionado com a culpa que, neste caso não se presume (487º nº2 CC), caberá ao lesado fazer prova que os atos praticados foram geradores do prejuízo à sociedade e, conseqüentemente, não foi possível a satisfação dos créditos (Varela, 2000, vol. I, pp. 525-527). Evidentemente, a propositura de uma ação nestes termos, além dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, dependerá da reunião cumulativa dos critérios doutrinários para a qualificação dos administradores de facto, nomeadamente a prática de atos típicos de gestão e

⁸Ac. do TRL, processo nº 4113/11.5TCLRS.L1-7, relator Edgar Taborda Lopes, relativamente à proteção dos credores sociais (art. 78º do CSC).

administração, com autonomia e dos quais resultaram danos. Neste sentido, a responsabilidade civil extracontratual dependerá da prova apresentada, sendo necessário provar-se que o sujeito praticou um ato ilícito e culposo e que desse ato resultou um dano prejudicial para outros sujeitos.

Ainda que, a responsabilidade extracontratual seja admissível perante os administradores de facto mediante uma ação direta dos credores, quando tenham sido violadas normas protetoras dos seus interesses e a sociedade não tenha agido, conforme previsto no art. 78º do CSC, será também perante os administradores de direito.

De acordo com Maria de Fátima Ribeiro, ao administrador de direito poderá ser aplicável uma responsabilidade extracontratual por omissão (art. 486º do CC), pela falta de uma ação preventiva aquando da omissão da prática de ato necessário, consubstanciando-se preterição de um dever de ação (Ribeiro, 2022, pp. 545-546). No entanto, para aferir esta responsabilidade é necessário apurar se, além da ação praticada pelo administrador de facto que causou o dano, houve verdadeiramente a violação de deveres de prevenção (Ribeiro, 2022, p.551). Certamente, a atribuição desta responsabilidade dependerá também da prova desse comportamento omissivo ou da relação entre os efeitos do ato e o comportamento. Reunidas essas condições, o fundamento da responsabilidade civil extracontratual do administrador de direito será a preterição do dever de prevenção, demonstrando um comportamento negligente que expôs a sociedade a eventuais prejuízos quando se absteve dos seus deveres e consentiu que as suas funções fossem exercidas por um terceiro sem vigilância e intervenção. Compreendendo-se que não agiu de modo diligente e cabendo o ónus da prova ao lesado (Ribeiro, 2022, pp.553).

Por último, importa ainda questionar se o administrador de direito que “empresta o nome”, por alguns autores designados de “homem de palha” ou “administrador meramente nominal” (Ribeiro, 2022, p.520), poderá ser responsabilizado pelo não desempenho das funções para as quais foi designado, de modo a satisfazer interesses de outro sujeito que se encontre impedido de, formalmente, exercer o cargo (Ribeiro, 2022, p.521).

Parece-nos que a responsabilidade deve ser partilhada entre o administrador que, voluntariamente, admitiu e tolerou ações ou omissões geradoras de prejuízos e o administrador não legitimado. Uma vez que, sobre o administrador de direito incidem um conjunto de deveres (art. 64º do CSC), seja o dever de administrar e representar, mas também de vigiar comportamentos que possam pôr em causa o património societário e a relação com terceiros. Não parece fazer sentido que, depois de serem nomeados e constar o seu nome no registo comercial ainda assim, voluntariamente, não exerçam o cargo e admitam que outros

o exerçam, sob pena de incorrerem em responsabilidade por omissão. Posto isto, o administrador de facto que desempenhe poderes típicos de administração, com autonomia decisória de forma contínua e com o conhecimento da sociedade, deverá também responder pelos danos que o exercício do cargo tenha causado (Ribeiro, 2022, p.536).

Em síntese, há uma responsabilidade por omissão quando o administrador de direito omite os deveres e responsabilidades que lhe foram atribuídos, sempre que, o administrador de facto atua e pratica atos que, legalmente, não estaria admitido para o efeito.

8. A falta de referência aos Administradores de Facto no âmbito do Código das Sociedades Comerciais

Como já exposto, não está expressamente mencionado no CSC que as normas aplicáveis aos administradores de direito sejam extensíveis aos administradores de facto. Debrucemo-nos sobre a interpretação do art. 80º do CSC: “(...) à responsabilidade dos gerentes ou administradores aplicam-se a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração”. Consoante a interpretação da norma admitir-se-á ou não a extensão do regime da responsabilidade a outros sujeitos que exerçam funções de gestão. Embora pareça admissível ser analogicamente aplicável a esses sujeitos, discute-se se tais normas poderão ou não ser aplicáveis considerando a “ausência da expressão literal” (Reis, 2021, pp.15), enquanto fundamento de aplicação do regime da responsabilidade.

Ricardo Costa ainda que reconheça a aptidão do art. 80º do CSC como mecanismo de extensão da responsabilidade apenas o reconhece perante alguns sujeitos como é o caso dos administradores delegados (art. 407º do CSC), mas considerando-o inepto quanto à sua extensão aos administradores de facto (Costa, 2012, p.789). Em primeiro lugar, atendendo à redação do artigo quanto à expressão “a quem sejam confiadas”, nem sempre a atuação do administrador de facto depende de um ato de confiança (Reis, 2021, p.93). Em certos casos, o administrador de facto instrumentaliza o administrador legitimado, dando-lhe instruções, mas não atuando diretamente. Além disso, o autor refere que a responsabilização do administrador não legitimado deriva de uma atuação formal caracterizada pela “acumulação de pressupostos de relevância societária” (Costa, 2012, p.790). A reunião dos pressupostos e critérios doutrinários para identificação dos administradores ou gerentes de facto, a saber: os exercícios de funções típicas dos administradores de direito, de forma intensiva e contínua, com autonomia decisória e com consentimento da sociedade, serão suficientes para lhes estender o regime de responsabilidade do artigo art.72º do CSC (Costa, 2012, p.790).

Posição diferente é a defendida por Elisabete Ramos, que admite a extensão da responsabilidade dos administradores de direito aos de facto mediante o artigo 80º CSC, sempre que se verifique o desempenho de funções típicas da administração (apud Reis, 2021, pp.93-94).

Por sua vez, Maria de Fátima Ribeiro, sublinha a dúvida transmitida pela expressão “confiadas” presente no artigo 80º do CSC. Desta interpretação entende-se que o legislador quis fazer depender a aplicação do artigo de um “ato de vontade” (Reis, 2021, p.16) de outro sujeito, considerando circunstâncias em que as funções de gestão decorrem de um ato de confiança de um sujeito perante outro, excluindo casos em que é o próprio administrador, de modo espontâneo, a assumir as funções não existindo um ato de confiança de outro sujeito (apud Reis, 2021, p.94). De todo o modo, a autora admite ser possível subsumir o art. 80º do CSC no caso das sociedades por quotas, quando se verifique que a conduta dos sócios condiciona e influencia de tal modo a gestão da sociedade que passam estes a ser considerados como gerentes de facto e, conseqüentemente, ser-lhes aplicável o regime de responsabilidade nos mesmos termos que aos gerentes de direito (apud Reis, 2021, p. 94).

Da interpretação da norma e devido à inexistência de fundamento legal expresse resultam divergências entre vários autores quanto à extensão ou não da responsabilidade aos administradores de facto, posto isto, enquanto não estiver expressamente determinado que, com o art.80º do CSC, o legislador pretendia estender o regime da responsabilidade aos administradores não legitimados essa ideia será sempre debatida. De modo a elucidar sobre tais questões, com a reforma do CSC em 2006, a CMVM elaborou um esclarecimento, por entender já existirem normas suficientes e passíveis de serem aplicáveis aos administradores de facto, considerando o regime atual apto para os responsabilizar, através da aplicação do previsto no art. 80º do CSC e, conseqüentemente, no art. 72º do CSC (Reis, 2021, pp.16).

Ao contrário do que se referiu quanto ao CSC, no CP é possível observar explicitamente a presença dos administradores não legitimados no referente a “crimes contra direitos patrimoniais” (Costa, 2012, p.77), integrando-se os casos de insolvência dolosa (art. 227º nº3 do CP). Nestes termos, é possível verificar uma menção ao exercício “de facto” da gestão, considerando que “é punível (...) no caso de o devedor ser pessoa coletiva, sociedade ou mera associação de facto, quem tiver exercido de facto a respetiva gestão ou direção efetiva e houver praticado algum dos factos previstos no nº 1”, fazendo-se uma remissão para os art. 227º-A CP, quanto à frustração de créditos, e art.228º CP relativamente à insolvência negligente (Costa, 2012, p.79).

O que se pretende é encontrar a “função real” (Costa, 2012, pp.80) que o sujeito desempenha, mas, para isso, devemos articular o art. 12º com o art. 227º nº 2 e 3 do CP. Então, a insolvência é qualificada como culposa quando se reúnam as circunstâncias do art. 227º nº1 do CP que fixa as “condutas típicas” que configuram uma “intenção de prejudicar os credores”, “com conhecimento da sociedade” (Costa, 2012, p.83) e, por último, através do exercício da gestão ou direção de facto. A dificuldade que se coloca perante a responsabilidade dos administradores de facto é esta depender da ocorrência de factos típicos que tenham contribuído para a situação de insolvência e que haja o reconhecimento judicial da situação. O que se pretende é a proteção de terceiros quanto a atos praticados por quem não esteja formalmente habilitado e que se repercutam numa diminuição do património societário tornando-o insuficiente para satisfazer as dívidas.

No que concerne à referência aos administradores de facto no CIRE a sua reforma não ignorou a responsabilidade dos administradores de facto.

Com a declaração de insolvência questiona-se se o legislador tinha intenção de responsabilizar os sujeitos de facto que tenham interferido na gestão da sociedade e que com isso tenham provocado prejuízos a terceiros, nos três anos anteriores ao processo judicial, (art. 186º nº1 do CIRE). Considerando o espírito e letra da lei, a responsabilidade dos administradores de facto equipara-se à dos administradores de direito, refira-se o art. 186º nº3 do CIRE que reúne um conjunto de presunções de “culpa grave” na atuação e expressamente equipara os administradores de direito e de facto perante as mesmas circunstâncias, admitindo-se “culpa qualificada” (Costa, 2012, p. 94) seguida de uma sentença de qualificação da insolvência como culposa, para que os administradores condenados possam indemnizar os credores no montante dos créditos que, por sua culpa, não foram satisfeitos (art. 189º nº2 do CIRE).

9. Modo de atuação dos Administradores de Facto:

9.1. Atuação direta/ manifesta e indireta/ por interposta pessoa

Quanto ao modo de atuação dos sujeitos de facto podemos considerar realidades distintas.

Por um lado, o administrador de facto que “atua como se fosse administrador de direito” (Reis, 2021. pp.37). Entende-se que há uma atuação direta e manifesta sempre que o administrador de facto atua nos mesmos termos que um administrador de direito, sem interposição de outro sujeito, o próprio administrador de facto executa diretamente os atos

respeitantes a funções típicas da administração, mas sem apresentar qualquer título habilitante (Costa, 2012, p.512).

Pelo contrário, aquele que atua “por interposta pessoa”, neste caso a atuação é indireta, existe um título que habilita o sujeito ao exercício de cargo embora para funções distintas. O título existente não o habilita para o exercício de funções de gestão, mas existe realmente um vínculo entre o sujeito e a sociedade. A administração indireta é exercida mediante o “condicionamento ou influência determinante” (Costa, 2012, p.513) da posição do administrador de facto perante o administrador de direito, não se podendo considerar que atua “como se fosse administrador de direito” (Reis, 2021, p.37), mas sim por interposição dele.

9.2. Os "shadow directors"

Os administradores indiretos ou “shadow directors” dão orientações e instruções de ação ou omissão, com autonomia, aos administradores legalmente legitimados. Esta subordinação dos administradores de direito é reveladora da influência e domínio desses sujeitos, ainda que de modo indireto e dissimulado, exercem a administração. Embora não se verifique uma decisão (Costa, 2012, pp. 516) diretamente exercida pelo administrador de facto este exerce um efeito determinante na gestão da sociedade, em bom rigor, os administradores de direito não perdem a sua autonomia, mas podem vê-la reduzida por verem condicionados os seus comportamentos (Martins, 2021, p.202).

Da administração indireta ou por interposta pessoa podem surgir duas situações consoante a margem de vontade do administrador legitimado face ao administrador de facto (Costa, 2012, p.520). Assim, existem situações em que o administrador de direito atua como “testa de ferro” (Costa, 2012, pp.518), limitando-se a executar ordens ou instruções e, por outro lado, situações em que atua tendo em consideração uma vontade própria e determinação, apesar de estar condicionada (Costa, 2012, p.519).

De todo o modo, quando atuam nestes termos os administradores de facto pretendem ocultar a sua participação e influência do contexto da sociedade, portanto, nem sempre se afigura simples reconhecer tais orientações de modo a imputar a responsabilidade pelos atos, tornando-se necessário ter conhecimento que de facto essas instruções existiram.

10. A Vinculação da sociedade perante atos praticados por Administradores de Facto e a proteção de terceiros de boa fé

A vinculação ou não vinculação da sociedade pelos atos praticados pelos administradores de facto coloca-se quando o administrador de facto celebre negócio jurídico com terceiros de boa-fé, com aparência de administrador de direito, não tendo o terceiro conhecimento da inexistência dos poderes necessários para o efeito (Reis, 2021, p.45). Importa referir que terceiro de boa-fé é aquele que “no momento da aquisição desconhecia, sem culpa, o vício do negócio nulo ou anulável” (art. 291º nº3 do CC). David Nunes dos Reis menciona situações em que os “terceiros confiam legitimamente numa determinada situação” (Reis, 2021, p. 46) em virtude dessa aparência, pelo que, existe um conjunto de normas que pretendem proteger estes sujeitos quando desconheçam as circunstâncias em que os administradores ou gerentes de facto atuam.

David Nunes dos Reis, elenca um conjunto de soluções passíveis de auxiliar situações em que o terceiro de boa-fé acredita que está a celebrar um negócio com um sujeito legitimado (Reis, 2021, pp.55).

10.1. Justificação dos poderes do representante: art. 260º Código Civil

Quanto à “justificação dos poderes do representante”, refira-se o art. 260º do CC, para proteção do terceiro de boa-fé compreende-se que este possa subordinar a validade do negócio jurídico à demonstração e prova dos poderes invocados, traduzindo-se na exigência da cópia do documento que o comprove, sob pena da não produção dos efeitos jurídicos pretendidos (Reis, 2021, p.51). Para tutelar a sua posição e, numa perspetiva de cautela, o terceiro de boa-fé pode verificar a qualidade do sujeito que atua com aparência de poderes, sendo possível averiguar os dados constantes do registo comercial, que é público, e onde se prevê a quem pertencem os poderes de representação da respetiva sociedade.

10.2. A figura do abuso de direito: art.334º do Código Civil

Por se procurar uma solução quanto à questão da proteção jurídica destes sujeitos, avança-se ainda com a possibilidade de aplicação da figura do abuso de direito (art. 334º do CC), mediante a cumulação de determinados requisitos (Reis, 2021, p.60).

Para que se configure uma situação de abuso de direito, entende Mota Pinto que, primeiramente, deve existir uma “situação de aparência suficientemente forte” que justifique

a confiança que o terceiro depositou no administrador ou gerente. Em segundo lugar, exige-se um nexo de causalidade entre a situação de aparência e a conseqüente celebração do negócio. Sublinhe-se também a necessidade do “desconhecimento” e da “boa fé” do terceiro que, sem culpa, celebrou o negócio, compreendendo-se que desconhecia a veracidade do facto. Por último, refira-se também a “imputabilidade ao representado” (apud Reis, 2021, pp.61), entendendo-se que a situação de aparência tenha sido consentida ou auxiliada pela sociedade representada. Entende o autor que, reunidas estas condições, deve a sociedade ser responsabilizada, uma vez que, tinha conhecimento da situação e, ainda assim, consentiu que o administrador ou gerente não titulado atuasse nessas condições (apud Reis, 2021, p.61).

10.3. Decreto-Lei 178/86: Contrato de Agência

Como meio de proteger terceiros perante as situações de representação sem poderes, o legislador elaborou o Decreto-lei 178/86 de 3 de julho, que regulamenta o contrato de agência ou representação comercial e refere a proteção de terceiros nos art. 22º e 23º do Decreto-lei (Reis, 2021, p.66).

Nos termos do art. 23º nº1 do referido Decreto-lei define-se “representação aparente” como circunstância em que a aparência de poderes é ostentada de tal modo, que justifica confiança de terceiro e o leva a acreditar na veracidade da representação. Desta forma, o legislador entendeu que havia uma maior necessidade de proteger a confiança de terceiro que atuou de boa fé quando contratou com um sujeito com poderes aparentes (Reis, 2021, pp. 68-69).

Para este efeito, veja-se o Ac. do TRL⁹, de 03-07-2012, que trata uma situação de aparência de direito, perante a qual o terceiro de boa fé propôs uma ação executiva para o pagamento de quantia certa contra a sociedade, aparentemente, representada. O negócio foi celebrado entre a exequente e o aparente gerente da executada, que não tinha poderes de representação. Todavia, como refere o acórdão, existia um acordo verbal entre o aparente gerente e a gerente da sociedade, quanto à prossecução do objeto social a troco de uma quantia. Houve também uma cedência das instalações da sociedade e a promessa da celebração de uma escritura pública para cessão de quotas, que acabou por não acontecer. Ora, a ação foi proposta contra a sociedade representada, que veio alegar ilegitimidade passiva, garantindo não ter celebrado qualquer negócio com a exequente e que esse negócio

⁹Ac. do TRL, processo nº7/06.4TBSSB-A. L1-1, relator Rui Vouga, quanto à aparência de poderes.

teria sido celebrado por outro sujeito. A este propósito, o terceiro de boa-fé afirmou não ter obrigação de comprovar os alegados poderes da pessoa com quem contratou, veja-se no acórdão referido supra “d) A Exequente desconhece - e não tem de conhecer - a anterior e atual estrutura societária e orgânica da Executada”, “ e) A Exequente desconhece - e não tem de conhecer - eventuais acordos quer verbais quer escritos que a Executada invoca terem os seus sócios ou seus gerentes celebrado com terceiros, ou entre os mesmos” e, por último, “ f) Quando contactada por quem se apresentou como o legítimo representante da Executada para efetuar a encomenda dos produtos em questão, a Exequente desconhecia – nem tinha de conhecer - o objeto social da Executada e também desconhece - não tem e não tinha de conhecer - o motivo e o interesse último desta na aquisição dos produtos do seu comércio.” Em bom rigor, o terceiro de boa-fé não tem a obrigação de verificar os poderes de representação e de vinculação em cada negócio que celebra.

No caso em concreto, verifica-se uma situação de representação aparente que pode enquadrar-se nos termos do art.23º do Decreto-lei, para tal refira-se outra parte do mesmo acórdão supracitado “n) A Exequente fundou a sua atuação no princípio da tutela da aparência (...) por quem assumia a representação da Executada”. A exequente criou uma convicção legitimamente e o ónus da prova pertencia à sociedade representada, devendo provar que o terceiro conhecia ou deveria conhecer a circunstância da celebração do negócio. Neste sentido, o tribunal considerou a ação procedente e referiu como fundamento o art. 260º do CSC, quanto à vinculação da sociedade pelos atos praticados pela gerência, a este propósito veja-se o fundamento exposto “Os atos praticados pelos gerentes, em nome da sociedade e dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na para com terceiros (...)”. Porém, o mesmo acórdão refere ainda que se admitia prova em contrário, pertencendo o ónus à sociedade de provar “o) (...) que o terceiro sabia ou não podia ignorar”, de notar que, para fazer prova não basta alegar a publicidade do registo ou do contrato de sociedade.

Em suma, deve garantir-se proteção de terceiros que se encontrem nestas circunstâncias, nas quais são levados a acreditar numa situação de aparência de poderes de vinculação e representação, por não ser exigível o dever de consultar o registo comercial. O Ac. do TRL referiu também o Ac. do Tribunal da Relação do Porto¹⁰, datado de 28-04-2005, quanto à necessidade de proteção de terceiros de boa-fé perante situações de representação aparente, “Se a sociedade necessita de alguém que a represente nas suas

¹⁰ Ac. Tribunal da Relação do Porto, processo nº 7/06.4TBSSB-A.L1-1, relator Desembargador Oliveira Vasconcelos a vinculação da sociedade em caso de aparência de direito.

relações com terceiros, estes também necessitam de estar seguros de que, querendo contratar com uma sociedade por intermédio dos órgãos dela, é efetivamente com ela que contratam”. Nestes termos, verificou-se um “comportamento permissivo” (Reis, 2021, pp.71) por parte da sociedade, por ter contribuído para a criação de uma situação de confiança, por exemplo, quando cedeu as instalações. Logo, o negócio jurídico celebrado irá produzir os mesmos efeitos, como se o sujeito atuasse devidamente legitimado, de modo a vincular a sociedade (Reis, 2021, p.69).

Conclusão

É inegável a presença dos administradores de facto no ordenamento jurídico português, apesar de atuarem mediante os administradores de direito, a verdade é que a sua atuação condiciona e produz efeitos jurídicos na esfera jurídica da sociedade em que atuam, assim como, na dos terceiros que com esta se relacionem.

A existência desta categoria de administradores parece-nos mais vantajosa para os que atuam nesses termos do que para os administradores de direito que consentem a sua atuação, uma vez que estes estão contratualmente limitados na atividade ao cumprimento de deveres provenientes do vínculo obrigacional que os conecta à sociedade e que exige o condicionamento na sua atuação e expressamente a sua responsabilidade perante a sua conduta, assim como perante a conduta dos que atuam sem o título legítimo.

Por isso, afigura-se necessária uma regulamentação mais clara e rigorosa que permita o reconhecimento legal desta figura e que reúna critérios identificadores específicos e consequências jurídicas, de modo a tornar mais célere a prova de modo a ser possível identificar e responsabilizar efetivamente a pessoa responsável e não somente o administrador formal. Embora se compreenda que também o administrador de direito deve manter o dever de vigiar a conduta daqueles que assumam idênticas funções, mas não deve ser o único a ser responsabilizado pelos factos causadores de prejuízos.

Na verdade, afigura-se viável fazer uma equiparação entre os administradores de direito e os de facto relativamente aos deveres de cuidado (64º nº1 a) do CSC) e o dever de lealdade (art. 64º nº1 b) do CSC). A conduta de ambos poderá afetar diretamente a gestão e organização da sociedade, tornando-se necessário reconhecer a sua existência e a influência destes últimos.

Referências Bibliográficas

Abreu, J.M.C.de. (2021). *Curso de Direito Comercial, Das Sociedades*. Vol. II. 7ª ed. Almedina.

Abreu, J.M.C.de., Ramos, E., Aires de Sousa, S., Taveira da Fonseca, J., Remédio Marques, J. P., Vogler Guiné, O., Marques, E., Requicha Fereira, M., Costa, R., Barbosa, N., Soares da Silva, J., Soveral Martins, A., Mota Pinto, A., Lucena e Vale, A., Tarso Domingues, P. de, & Cunha, C. (2016). *E depois do Código das Sociedades Comerciais em comentário*. Temas Societários.nº2. IDET/Almedina. Disponível em: https://www.ricardo-costa.com/data/FILEP_33_2018428191523.pdf

Bassani, Amanda Bezerra. (2019). *O contrato de trabalho e a gestão societária: uma análise do artigo 398º do CSC*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisbon Law Review. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/55095>.

Costa, Ricardo. (2011). *Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”*. Congresso Direito das Sociedades em Revista. Almedina. Disponível em: https://www.ricardo-costa.com/data/FILEP_24_2018428192044.pdf

Costa, Ricardo. (2012). *Os Administradores De facto Das Sociedades Comerciais*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Empresariais. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Almedina. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/24344/4/OS%20ADMINISTRADORES%20DE%20FACTO%20DAS%20SOCIEDADES%20COMERCIAIS.pdf>.

Cunha, Paulo Olavo. (2021). *Direito Das Sociedades Comerciais*. 7ª ed. Almedina.

Dinis, Neuza Margarida de Oliveira. (2015). *Representação e vinculação das sociedades por quotas: estrutura organizatória e interesse social*. Tese de Mestrado na área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28716/1/Representacao%20e%20vinculacao%20nas%20sociedades%20por%20quotas.pdf>.

Martins, Alexandre Soveral. (2021). *Administração de Sociedades Anónimas e Responsabilidade dos Administradores*. Almedina.

Matos, Filipe Albuquerque. (2018). *Novos olhares sobre a Responsabilidade Civil: Ilicitude Extracontratual*. Centro de Estudos judiciais. Disponível em: https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/eb_reponscivil_2018.pdf.

Oliveira, António José Sarmiento. (2005). *O contrato de administração. Sua natureza e possibilidade de cumulação como um contrato de trabalho*. Repositório Científico do Instituto Politécnico do Porto. Disponível em: https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/2388/3/A_Ant%c3%b3nioOliveira_2005.pdf.

Reis, David Nunes. Dos. (2021). *O Administrador de Facto: Vinculação e Responsabilidade por omissão*. Almedina.

Ribeiro, Maria de Fátima. (2022). *A Responsabilidade dos administradores nominais pelos atos praticados por administradores de facto*. Revista de Direito Comercial. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/6230f49159c00a6e349a0d9a/1647375506447/2022-12+-+0519-0556+-+LA-PV.pdf>.

Rocha, F. A. Duarte. (2022). *O Administrador de Facto Não Legitimado*. Observatório Almedina. Disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2022/09/13/o-administrador-de-facto-nao-legitimado/>.

Varela, Antunes. (2000). *Das obrigações em Geral*. vol. I, 10ª ed. Almedina.

Referências Jurisprudenciais

Acórdão da Relação de Lisboa, de 26-05-2009, processo nº 7517/2008-7. Disponível em: <http://www.gde.mj.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/61d0d7708d56f900802575d7004a790e?OpenDocument>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23-09-1997, processo nº 881/96. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=6387&codarea=1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 13-09-2018, processo nº 2214/16.2T8CHV-A. G1. Disponível em: <http://www.gde.mj.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/a81ee31fe0d8d25b80258319002f509d?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03-07-2012, processo nº 7/06.4TBSSB-A. L1-1. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/b73b88b001a65d9580257a6900312b34>.

Acórdão do Tribunal da relação de Lisboa, de 08-05-2014, processo nº 1169/11.4TVLSB-A. L1-6. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/66d093d33d690b1880257da200525c59?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18-04-2023, processo nº 3146/20.5T8VFX-A. L1-1. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/Jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/800852d4bb20c74e802589ab002d9939?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20-12-2022, processo nº 4113/11.5TCLRS.L1-7. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2ee9f6c0b2be4b448025892d004b5836?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6-02-2013, processo nº 2848/10.9TTLSB.L1-4. Disponível em:<https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5e09469631c1b6cc80257b21003d693a?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 28-04-2005, processo nº 7/06.4TBSSB-A. L1-1. Disponível em:<https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/b73b88b001a65d9580257a6900312b34>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01-02-2011, processo nº 302/10.8YVNG.P1. Disponível em:<http://www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/923fa9b7c8205e5980257837005912ee?OpenDocument>.