



CATÓLICA

FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DO PORTO

A Previsão Legal da Responsabilidade do Administrador de Facto no CIRE

Elvira Margarida Veloso Vilaça

Faculdade de Direito – Escola do Porto

2019

Universidade Católica Portuguesa

**A Previsão Legal da Responsabilidade do
Administrador de Facto no CIRE**

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa, no
âmbito do Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios sob a orientação da
Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro

Elvira Margarida Veloso Vilaça

Faculdade de Direito – Escola do Porto

2019

Agradecimentos

À Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro pela orientação e disponibilidade demonstradas ao longo do trabalho.

Aos meus pais, por sempre me proporcionarem o melhor e nunca me ter faltado nada em todo o meu percurso.

À restante família e aos meus amigos, por serem a companhia dos meus dias e a minha distração nos momentos mais difíceis.

Um agradecimento muito especial à minha mãe, por ser quem me transmite mais calma e força, por me motivar todos os dias, acreditando incondicionalmente em mim.

Resumo

O intento da presente exposição consiste no estudo da progressão da figura do administrador de facto e como a mesma é tratada no nosso ordenamento jurídico societário, especialmente, no CIRE.

Apesar de a figura não se encontrar definida no CIRE, o legislador teve o cuidado de a mencionar, visto que poderá estar relacionada com a insolvência de uma sociedade. De modo a proteger as garantias dos credores sociais, foram introduzidas alterações ao CIRE normas que facilitam a responsabilidade destes administradores.

Seguidamente, delimitou-se o conceito de insolvência culposa, procedeu-se ao estudo da natureza e do alcance das presunções de insolvência, de modo a contribuir para a análise e a resolução simples e eficaz das questões práticas que a temática do incidente de qualificação da insolvência envolve.

Por último, mencionaremos outras vias que permitem concretizar a responsabilidade do administrador de facto e é neste sentido que vamos perspetivar a presente dissertação.

Palavras-chave: Administrador de Facto, Insolvência da sociedade, Insolvência culposa, Responsabilidade, Responsabilidade Insolvencial.

Abstract

The purpose of this dissertation is to study the role of de facto director figure and how it is treated in our corporate legal order, especially in CIRE.

Although the figure is not defined in the CIRE, the legislator was careful to mention it, since it could be related to the society's insolvency. In order to protect the guarantees of the social creditors, changes were made to the CIRE rules that facilitate the liability of the facto directors.

Among other things, we have bound the concept of culpable insolvency. We have proceeded with the study of the nature and the scope of the presumption of insolvency in order to contribute to the analysis and simple and effective resolution of practical issues which the theme of the incident of qualification of insolvency involves.

Finally, we will mention other ways that make it possible to concretize the liability of the de facto director and it is in this sense that we are going to prospect the current dissertation.

Keywords: Facto director, society's insolvency, culpable insolvency, liability, insolvencial liability

Índice

Siglas e Abreviaturas.....	9
Introdução.....	11
1. O Administrador de Facto	12
1.1 Contextualização	12
1.2 Tipologias do Administrador de Facto.....	13
1.2.1 Administrador de Facto Direto.....	14
1.2.2 Administrador de Facto Indireto - Shadow Director.....	15
1.3. Critérios de Identificação do Administrador de Facto	16
1.3.1 Critérios de carácter negativo.....	17
1.3.1.1 A não investidura formal do cargo de Administrador de Facto	17
1.3.1.2 Designação inválida para o cargo de Administrador	18
1.3.2 Critérios de carácter positivo.....	18
1.3.2.1 Intensidade do exercício de gestão.....	18
1.3.2.2 Autonomia do exercício de gestão / Ausência de subordinação	20
1.3.2.3 Anuência da Sociedade	21
2. A Insolvência e o Incidente de Qualificação de Insolvência	21
2.1 A Insolvência no CIRE – breve contextualização.....	21
2.2 Incidente de Qualificação de Insolvência (culposa ou fortuita).....	25
2.2.1 Insolvência Culposa e as Presunções do Artigo 186º CIRE	27
2.2.2 Efeitos da Sentença de Qualificação de Insolvência como Culposa.....	30
2.2.3 Obrigação de Indemnização	33
3. A Responsabilidade do Administrador de Facto.....	35
3.1 Os deveres legais dos Administradores.....	35
3.1.1 Os deveres legais específicos	36
3.1.2. Os deveres legais gerais	36

3.1.2.1 O dever de Cuidado.....	38
3.1.2.2 O dever de Lealdade.....	39
3.2. A Responsabilidade Insolvencial do Administrador de Facto	40
3.3. A Responsabilidade Civil do Administrador de Facto.....	41
3.3.1. A Responsabilidade dos Administradores pelos danos causados à sociedade – <i>A Business Judgment Rule</i>	41
3.3.2. A reponsabilidade dos administradores para com os credores sociais (Art. 78.º, n.º1 CSC).....	43
4. Coordenação entre as ações dos Artigos 72º e 78º CSC e do Incidente previsto nos Artigos 186º a 189º CIRE.....	44
Conclusão	47
Bibliografia.....	49
Jurisprudência.....	54

Siglas e Abreviaturas

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

SA	Sociedade(s) anónima(s)
SQ	Sociedade(s) por quota(s)
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Introdução

O intento da presente exposição consiste no estudo da progressão da figura do administrador de facto como fenómeno de ingerência ilegítima na gestão de uma sociedade comercial, bem como as consequências que poderá originar, no que concerne à sua responsabilização, tal como a mesma é tratada no nosso ordenamento jurídico societário e, em especial, no CIRE.

Posto isto, torna-se necessário clarificar de que modo é que a existência de uma administração fáctica poderá estar relacionada com a insolvência de uma sociedade.

Ora, sendo a administração fáctica um fenómeno presente na realidade jurídica portuguesa, adquire um relevo especial quando utilizada como um meio para satisfazer interesses antagónicos aos da sociedade, diminuindo as garantias patrimoniais dos credores.

A problemática da tutela dos credores societários suscita, então, curiosidade, dado que poderá sair ferida pela atuação culposa dos administradores, quer de facto ou de direito. Sendo a finalidade do processo de insolvência a satisfação dos credores, houve a necessidade de tutelar os seus interesses, responsabilizando-se os respetivos administradores.

Ao longo do presente trabalho tentaremos descortinar os mecanismos que o CIRE oferece, de modo a conceder uma tutela efetiva aos credores da sociedade. Portanto, dada necessidade de responsabilizar estes sujeitos jurídicos, que contribuíram para a situação de insolvência através da adoção de comportamentos dolosos ou com culpa grave, foi criado o Incidente de Qualificação de Insolvência, como analisaremos posteriormente.

Acresce ainda que, para além do estudo da administração fáctica, tentaremos referir possíveis vias, de modo a concretizar e efetivar a responsabilidade do administrador de facto.

1. O Administrador de Facto

1.1 Contextualização

A sociedade comercial apresenta-se como uma entidade dotada de personalidade jurídica, munida de poderes¹. Subsequentemente, surge a figura do administrador da sociedade e, enquanto membro do órgão responsável da sociedade, em princípio, está provido de poderes para a prossecução dos atos que forem necessários à realização do objeto social². Todavia, apesar de a lei ser clara no que concerne aos pressupostos formais para integrar o cargo de administrador de uma sociedade, a verdade é que, na prática, verificamos que existem sujeitos que participam na gestão desta entidade coletiva influenciando nos processos decisórios da mesma, mesmo não tendo sido nomeados de forma regular. No entanto, ainda que a nomeação não tenha sido feita de forma regular, na prática, estes indivíduos participam reiteradamente na gestão da sociedade³. A partir deste momento, tentaremos perceber quais as consequências para estes sujeitos⁴.

Surge, então, a administração fáctica, que está cada vez mais presente na realidade jurídica portuguesa, onde encontramos a possibilidade de a administração de uma sociedade ser exercida pelo administrador de facto, em que este realiza as funções próprias de um administrador, sem ter sido investido formalmente de poderes para tal, gerindo a sociedade como se fosse ele o próprio administrador de direito⁵. Não obstante, este é um conceito que ainda não obteve tipificação legal no ordenamento societário português e, por isso, ainda não há uma delimitação exata dos regimes legais que lhe são diretamente aplicáveis. Na verdade, entre o administrador de facto e a correspondente pessoa coletiva estabelecem-se relações obrigacionais que determinam a salvaguarda do normal funcionamento da pessoa coletiva e da proteção do tráfico

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

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

³ RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Coimbra, 2010, 152-154.

⁴ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *El administrador de hecho de las sociedades*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, cop. 2002, 35.

⁵ COSTA, Ricardo, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014, 48.

jurídico, bem como da confiança de terceiros⁶. Apesar de a tarefa de identificar quem é o administrador de direito de uma sociedade não constituir grande obstáculo, contra-riamente, a identificação do administrador de facto pode levantar sérias dificuldades⁷. Desta forma, um dos problemas que se coloca atualmente é o de delimitar com exatidão quem poderá fazer parte deste conceito⁸. A doutrina e jurisprudência estrangeiras afirmam que a determinação das situações de administradores de facto não é algo inequívoco. E, por conseguinte, o *grau de equipolência* existente entre as funções do administrador de facto e as do administrador de direito⁹ também não está isento de dúvidas. Recorrendo à nossa doutrina e jurisprudência, verificamos que estas desenvolveram um leque de critérios que permitem identificar melhor a figura em conta, de modo a combater a incerteza jurídica que lhe é inerente.

Portanto, antes de considerarmos a possibilidade de responsabilizar o administrador de facto é necessário balizar o seu conceito.

1.2 Tipologias do Administrador de Facto

Para COUTINHO DE ABREU “é administrador de facto (em sentido amplo) quem, sem título bastante exerce, direta ou indiretamente e de modo autónomo (não subordinadamente) funções próprias de administrador de direito da sociedade”¹⁰.

Sabendo que o administrador de facto pode manifestar-se de diversas maneiras, a doutrina tem apresentado uma concretização bipartida, assente na divisão entre o administrador de facto direto e o administrador de facto indireto. Apesar da distinção referida ser importante para fins pragmáticos, é necessário salientar que, muitas vezes,

⁶ COSTA, Ricardo, “Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto”, in: *Temas Societários*, Almedina, Coimbra, 2006, 31; CABRAL, João Miguel dos Santos, “O administrador de facto no ordenamento jurídico português”, *Revista do CEJ*, n.º 10, 2.º semestre, 2008, 116-119.

⁷ Crf. OLIVEIRA, Rui Estrela de, “Uma Brevíssima Incursão Pelos Incidentes de Qualificação”, in *O Direito*, 142.º, 2010, V.

⁸ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, in ob. cit., 77; ABREU, J. M. Coutinho de / Maria Elisabete RAMOS, “Artigo 72º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, Coimbra, Almedina, 2010, 843-845.

⁹ NOGUEIRA, Serens, *Administradores de sociedades anónimas: da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer*, Coimbra, Almedina, 2012, 93.

¹⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho / Maria Elisabete RAMOS, “Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores (notas livre o artigo 379º do Código de Trabalho)”, in *Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho Miscelâneas*, n.º3, Almedina, Coimbra, 2004.

somos encaminhados para a irrelevância da distinção entre estes dois tipos de administração¹¹⁻¹².

1.2.1 Administrador de Facto Direto

Nesta categoria encontramos o indivíduo que gere a sociedade por si próprio¹³ exercendo diretamente os poderes que competem ao administrador de direito, invadindo de forma ilegítima a esfera representativa dos administradores, visto que atua abertamente como se tivesse sido validamente nomeado para o cargo de administrador¹⁴. Porém, a nossa doutrina procurou definir o administrador de facto direto através de duas vias. Chamamos, primeiramente, à colação os administradores de facto aparentes, sendo aqueles sujeitos que se encontram desprovidos de qualquer designação ou cujo título de administrador padece de qualquer irregularidade. Exercem faculdades que estão reservadas por lei, normalmente, aos titulares formais do órgãos de administração¹⁵. Encontramos, neste primeiro grupo, aquelas pessoas que atuam notoriamente como administradores de direito, visto que decidem o curso dos negócios sociais na “primeira pessoa”¹⁶, não recorrendo a qualquer tipo de intermediário. Publicamente, apresentam-se como administradores de direito e desempenham diretamente as funções próprias da administração, com a respetiva autonomia decisória¹⁷, não estando em causa o instituto da delegação de poderes.

¹¹ COSTA, Ricardo, *O administrador de facto...*, 780.

¹² ABREU, J. M. Coutinho de / Maria Elisabete RAMOS, “Artigo 72º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, Coimbra, Almedina, 2010, 844; DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, in ob.cit., 33-34; COSTA, Ricardo, “Anotação ao artigo 80.º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. De J. M. Coutinho de Abreu, vol I, Coimbra, Almedina, 2010, 920.

¹³ COSTA, Ricardo, in ob.cit., 780.

¹⁴ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, in ob.cit., 44.

¹⁵ COSTA, Ricardo, in ob. cit., 512.

¹⁶ COSTA, Ricardo, “Responsabilidade Civil ...”, 30.

¹⁷ Coutinho de Abreu apresenta algumas hipóteses: “Imagine-se agora as seguintes situações: 1 – (...) a) a designação (título) da pessoa como administrador é nula (v. g., por ser nula a deliberação que a elegeu); b) o título (originariamente válido) caducou ou foi extinto (v. g., o administrador não teve caucionada nos trinta dias seguintes à designação a sua responsabilidade – v. o art. 396º, n.º4 do CSC – ou foi destituído); c) não existe qualquer título (válido ou inválido) – v. g., a pessoa começou por actuar como gerente depois da morte do pai, que era gerente de direito, com conhecimento dos restantes sócios e gerentes (mas sem qualquer deliberação ou outro acto de designação”, in “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades”, *Instituto de direito das empresas e do trabalho, cadernos n.º5*, 2ªed., Almedina, 2010, 99-100.

Seguidamente temos o administrador oculto, em que estamos perante a atuação de uma pessoa que ostenta um estatuto diverso do de administrador de direito, ou seja, ocupam um cargo na empresa que não o de administrador¹⁸, mas que, apesar de tal vicissitude, através do título que lhes foi formalmente atribuído, levam a cabo, de modo independente, a gestão da sociedade. Deste modo, distanciam-se dos primeiros por não atuarem invocando a qualidade de administrador de direito, mas sim um estatuto diferente. Todavia, executam apenas atos de gestão, uma vez que não desempenham, cumulativamente, as funções de gestão e de representação da sociedade¹⁹. É também caracterizado, segundo RICARDO COSTA²⁰, como sendo um administrador dissimulado, uma vez que não se apresenta perante terceiros como administrador da sociedade.

Neste sentido, e na opinião de DÍAZ ECHEGARAY²¹, o administrador de facto oculto reveste uma maior perigosidade, na medida em que poderá ocultar acintosamente a sua intervenção na gestão da sociedade, com o desígnio de afastar qualquer tipo de responsabilidade, relativamente à atuação daquele que permanece em funções, mas sem o devido título.

1.2.2 Administrador de Facto Indireto - Shadow Director

São administradores de facto aqueles que se caracterizam por atuarem indiretamente sobre a administração da sociedade, por exemplo, através de um sócio controlador ou uma sociedade dominante, manifestando um controlo e uma influência decisiva²² sobre os administradores de *iure*. Estes agentes não tomam decisões próprias nem atuam como administradores da sociedade. Apenas procuram, em regra, eximir-

¹⁸ Podem ser o “sócio maioritário ou único, director-geral dotado de amplas atribuições, gerente de comércio” de um ou vários estabelecimentos, procurador para a celebração de negócios em nome da sociedade etc.”, *vide* COSTA, Ricardo, *in* “Responsabilidade Civil...”, 30. Coutinho de Abreu lembra os casos em que um sócio dominante opta por esta via por não querer expor-se aos riscos do estatuto de administrador, *in* ob.cit., 100. Maria Elisabete Ramos coloca a hipótese de determinado sujeito que, afetado por uma sentença de qualificação da insolvência como culposa, se encontra inibido de ocupar cargos em sociedades, *in* “Insolvência da Sociedade, Responsabilidade Civil do Administrador de Facto e Poderes do Administrador da Insolvência”, *CEJ*, 20/01/2012, disponível em <http://elearning.cej.mj.pt>.

¹⁹ Cfr. ABREU, J. M. Coutinho de, *in* ob.cit., 101.

²⁰ COSTA, Ricardo, *O administrador de...*, 647.

²¹ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in* ob.cit., 47 e 139.

²² DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in* ob.cit., 138.

se à transcendência pública do poder e da força que têm para dirigir a gestão da sociedade²³. Ainda, nas palavras de RICARDO COSTA²⁴, “atuam indiretamente sobre a administração instituída, impondo as suas instruções e condicionando as escolhas operativas dos administradores de direito (...)”. Apesar da existência de administradores de direito que, ainda que atuem tendo consideração a sua vontade própria, acabam por estar limitados e condicionados à influência do administrador de facto para decidirem determinada ordem ou indicação, justamente porque estes detêm influência determinante sobre a atuação executiva do administrador de direito²⁵.

Por último, é necessário ressaltar que este tipo de administração fáctica apresenta uma dificuldade acrescida no que concerne à sua prova, dado que configura uma “situação mais fluida, mais complexa de administração”²⁶. Por isso, de acordo com RICARDO COSTA, podemos encontrar dois requisitos que determinam a atuação da administração fáctica indireta, sendo o primeiro a capacidade de impor as instruções e diretivas aos administradores formalmente designados, de tal forma que as estratégias e operativas são induzidas pelo administrador de facto. O segundo requisito assenta na evidência de os administradores *de iure* estarem numa posição de subordinação e, habitualmente, acatarem as “ordens” por eles interpostos, sem qualquer autodeterminação, ou muito reduzida²⁷.

1.3. Critérios de Identificação do Administrador de Facto

Independentemente da relevância da distinção entre os administradores de facto direto e indireto, a verdade é que não avistamos diferenças profundas entre os dois tipos de administração. Assim sendo, apesar da divisão bipartida exposta, ambos deverão ser compreendidos como um só: o instituto do administrador de facto. Por outras

²³COSTA, Ricardo, *in* últ. ob.cit., 649.

²⁴ COSTA, Ricardo, “Responsabilidade Civil...”, 30.

²⁵ COSTA, Ricardo, *O administrador de facto...*, 779.

²⁶ RAMOS, M. Elisabete, “Insolvência da Sociedade, Responsabilidade Civil..”, disponível em <http://elearning.ccej.mj.pt>.

²⁷ COSTA, Ricardo, *in* últ. ob.cit., 651.

palavras, deverão ser os dois tipos objeto de idêntico tratamento para efeitos de responsabilidade²⁸.

A questão em torno do administrador de facto torna-se, então, inquietante visto que, no nosso ordenamento jurídico, não há uma concretização jurídica que o delimite, nem responsabilize²⁹. Não obstante o supra dito, a operacionalidade do conceito não basta apenas com a afirmação de que a administração de facto se concretiza no exercício efetivo de uma atividade de gestão idêntica à do administrador de *iure*, sendo necessário precisar os critérios de carácter geral³⁰, de forma a identificar a figura aqui retratada através de características concretas.

Por último, salientemos, então, “uma vez que, surpreendida a figura numa multiplicidade de situações substancialmente desprovidas de ligação uniforme entre si, não pode ser reconduzida a uma fórmula completa e inelástica”³¹.

1.3.1 Critérios de carácter negativo

1.3.1.1 A não investidura formal do cargo de Administrador de Facto

O primeiro critério característico desta figura consiste na ausência de um título administrativo em vigor e gerado por uma nomeação válida³². No entanto, o administrador de facto pode já ter possuído um título, mas este poderá ter perdido a sua eficácia, extinguindo-se³³.

Por outras palavras, já referimos, anteriormente, que a circunstância de alguém exercer funções de gestão próprias de administrador, sem que para tal esteja investido

²⁸DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in* ob.cit., MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *in* *La responsabilidad de los administradores*, coord. por Emilio M. Beltrán Sánchez e Angel José Rojo Fernández- Río, Tirant to blanch, 2005, 61.

²⁹DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in* ob.cit., 35.

³⁰ *Idem*, DÍAZ ECHEGARAY, José Luís.

³¹ COSTA, Ricardo, *in* ob.cit., 658.

³² *Idem*, COSTA, Ricardo, 531.

³³ O art 391º do CSC diz respeito à “Designação” e no seu nº4 refere que “Embora designados por prazo certo, os administradores mantêm-se em funções até à nova designação, sem prejuízo do disposto nos arts. 394º, 404º e 404º”. Será que o sujeito visto como “antigo” administrador, poderá ser considerado administrador de facto naquele período temporal, que corresponde ao término do seu mandato, visto que está obrigado a manter funções até à nova designação. De acordo com José Luís Díaz Echegaray, na situação de o administrador de direito, depois de cessar o cargo, ainda assim, continuar a administrar a sociedade constitui, claramente, uma atuação de administração fáctica, *in* ob.cit.,120.

formal e validamente, em virtude da ausência do preenchimento de algum dos pressupostos impostos por lei, não determina desde logo que se deva concluir pela ineficácia dos atos praticados por aquele mesmo sujeito. Em regra, o administrador de facto é aquele que exerce, continuamente, funções de gestão reservadas por lei ao administrador de direito³⁴, sem que para tal esteja investido formal e validamente, encontrando-se numa posição de independência e autonomia decisória, substituindo e colaborado com aqueles administradores que foram validamente designados.

Podemos, então, concluir que este primeiro critério, ausência de investidura formal para o cargo, servirá como ponto de partida da identificação da figura em apreço, não levantando grandes questões³⁵.

1.3.1.2 Designação inválida para o cargo de Administrador

Neste segundo caso, somos reportados à existência de uma administração fáctica mesmo que o sujeito em causa tenha sido designado de forma ineficaz ou inválida e este tenha exercido de facto as funções de administração da respetiva sociedade³⁶. Apesar de o indivíduo ser designado invalidamente para o cargo, este poderá não exercer de facto funções de gestão e administração da sociedade e, por esta mesma razão, não podemos considerar apenas e exclusivamente este princípio para o reconhecimento do administrador de facto.

1.3.2 Critérios de carácter positivo

1.3.2.1 Intensidade do exercício de gestão

A intensidade do exercício de gestão instrumentaliza-se com a prática de atos. Quanto às decisões emanadas pelo administrador de fato, devem influenciar e induzir

³⁴DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*, 40, referencia a este propósito um “criterio de equivalencia de la función”.

³⁵ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*, 37; LATORRE CHINER, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Mercatura – Colección Estudios de Derecho Mercantil, Editorial Comares, Granada, 2003, 82.

³⁶DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*, 120.

de forma vinculativa a gestão da sociedade, sendo que todas as decisões que esta figura emanar deverão revestir um certo carácter de importância para a sociedade³⁷.

Para estarmos perante uma administração fáctica é relevante ter em consideração a intensidade do exercício de gestão, que se caracteriza por ser notável, quer em termos qualitativos quer em termos quantitativos. Isto significa que o exercício em causa tem de ser dotado de um certo grau de intensidade tanto qualitativa como quantitativa.

Do ponto de vista qualitativo, é necessário distinguir, primeiramente, aquilo a que chamamos sugestões ou meras indicações do exercício efetivo da função de administração. Por outras palavras, para que um sujeito seja considerado um administrador de facto, os atos praticados por este terão que apresentar determinadas características, desde logo terão que “demonstrar” um certo poder de direção ou gestão equivalente aos que os administradores de direito exercem diariamente, existindo uma igualdade das funções exercidas por ambos os tipos de administração. Assim, nem toda e qualquer pessoa que exerça uma mera influência na gestão ou que exerça apenas os direitos que lhe foram atribuídos, deverá ser considerado, desde logo, um administrador de facto³⁸.

Já numa visão quantitativa³⁹ teremos que analisar em que termos é que esta ingerência se processa, ou seja, se estamos perante uma atividade contínua, reiterada. A efetivação de uma atividade decisória que seja vinculativa de atos típicos de gestão é um fator importante que exterioriza quem realmente administra a sociedade, contrariamente à existência de uma ingerência pontual e prática de atos isolados de administração⁴⁰.

Em suma, são atos de gestão empresarial e de alta direção os que se encontram dotados de uma “intensidade qualitativa de comando e de planeamento gerais”⁴¹. Já no que respeita à intensidade quantitativa, discute-se se será bastante a prática de um só ato ou se, pelo contrário, será necessária a prática continuada e reiterada dos atos, com um determinado grau de permanência.

Ora, se equacionarmos a hipótese que a administração de facto poderá ser compatível com o exercício esporádico da atividade de gestão, por exemplo, no caso da

³⁷ *Idem*, DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, 41.

³⁸ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*, 758.

³⁹ *Idem*, COSTA, Ricardo, 734.

⁴⁰ LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.*, 68.

⁴¹ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*, 311 e ss.

prática de atos isolados, que apesar de descontínuos no tempo⁴² são frequentes e uniformes no tipo de decisões e acabam por demonstrar o poder do administrador de facto, bem como o conteúdo daquele mesmo ato, que poderá até estar relacionado com o objeto da sociedade, revelando grande importância e, por isso, poderemos ter “uma dispensa do *quantum* de factos de gestão e à relevância de uma atuação expressiva do administrador de facto”⁴³. No entanto, autores como DÍAZ ECHEGARAY⁴⁴ e LATORRE CHINER⁴⁵ são da opinião que um ato isolado é insuficiente, defendendo que a sua atividade deve ser continuada e constante, sendo necessário que esta ingerência se propague no tempo de forma estável.

Assim, defendemos que os atos isolados de administração⁴⁶ e a mera ingerência ocasional não devem ser suficientes para a qualificação de determinado sujeito como administrador de facto⁴⁷.

1.3.2.2 Autonomia do exercício de gestão / Ausência de subordinação

O administrador de facto não se encontra numa posição de subordinação, mas sim numa posição de independência, de autonomia decisória, pelo menos em termos semelhantes aos de administrador de direito, substituindo ou colaborando com estes administradores validamente designados⁴⁸. O administrador de facto tem poder autónomo de direção e administração, não se subordinando a direções de terceiros, pelo contrário, pode impor as suas decisões, vinculando terceiros às suas instruções. É o administrador de facto que conduz a sociedade com total independência, sendo soberano no destino comercial e financeiro que dá à empresa, do mesmo modo que faria o administrador de *iure*⁴⁹.

⁴² *Idem*, COSTA, Ricardo, 833.

⁴³ *Idem*, COSTA, Ricardo, 833-834.

⁴⁴ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.* 43.

⁴⁵ LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.* 70.

⁴⁶ COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*, 782.

⁴⁷ LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.*, 67; DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*, 41; COSTA, Ricardo, *in ob.cit.*, 782.

⁴⁸ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob.cit.*, 42-43, 81, “el caso de los administradores asalariados, tales cómodos directores administrativos, comerciales, financieros, etc., que a priori no son administradores ni de derecho ni de hecho”;

⁴⁹ RIBEIRO, Maria de Fátima, *A tutela dos credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009, 473-476; LATORRE CHINER, Nuria, *in ob.cit.*, 71.

1.3.2.3 Anuência da Sociedade

Aos critérios expostos até então, falemos agora da necessidade do conhecimento e/ou assentimento da pessoa coletiva, relativamente à atividade empreendida pelo administrador, para que os efeitos dos atos praticados, que daqui decorrem, sejam vinculativos em relação à sociedade e perante terceiros.

Estamos perante a condescendência da sociedade que, para além de saber da situação irregular, não coloca um final nela. Assim, e como consequência deste consentimento, podemos dizer que o poder de gestão dos administradores de *iure* diminui a favor do administrador de facto⁵⁰. Esta sociedade assume uma atitude passiva, sendo que normalmente a aceitação dos atos referidos é feita através do silêncio⁵¹, tacitamente⁵².

Assim sendo, a delimitação da figura do administrador de facto não se encontra excessivamente definida, sob pena de uma possível utilização incorreta⁵³. Na verdade, todos estes critérios, apesar do seu contributo, acabam por também ser um problema face à diversidade de situações suscetíveis de ser reconduzidas à administração de facto. Esta é a razão pela qual estes critérios gerais têm de ser analisados caso a caso⁵⁴.

2. A Insolvência e o Incidente de Qualificação de Insolvência

2.1 A Insolvência no CIRE – breve contextualização

A crise financeira tornou-se uma expressão de ordem na atualidade que, apesar de antiga, originou as mais variadas consequências que remonta aos dias de hoje. Por esta razão, observamos um crescimento exponencial do Direito de Insolvência. Este Direito procura controlar um fenómeno que é passível de afetar negativamente uma diversidade de sujeitos jurídicos, nomeadamente, os credores sociais. Dada a seriedade da

⁵⁰ *Idem*, LATORRE CHINER, Nuria, 77.

⁵¹ COSTA, Ricardo, *in ob. cit.*, 839.

⁵² MATÍNEZ SANZ, Fernando, *in ob. cit.*, 62.

⁵³ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob. cit.* 62.

⁵⁴ MATÍNEZ SANZ, Fernando, *in ob. cit.*, 62-66.

situação, o legislador explorou uma forma de responsabilizar de um modo mais consistente o conjunto de sujeitos que, de alguma forma, influenciam significativamente a vida da sociedade e, como tal, tornam-se os principais responsáveis pelo seu declínio, afetando diversos interesses, quer de um ponto de vista económico, quer social.

Sendo a insolvência⁵⁵, juridicamente, a situação de alguém “que se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas”⁵⁶, “normalmente por ausência da necessária liquidez em momento determinado, ou em certos casos porque o total das suas responsabilidades excede os bens de que pode dispor para as satisfazer”⁵⁷, acaba por ser vista como um problema que afeta a situação económica e financeira de determinado devedor⁵⁸ e, conseqüentemente, é desencadeado o início de um processo especial autónomo⁵⁹. Contudo, para que este processo seja espoletado é necessário que os pressupostos objetivo e subjetivo estejam cumulativamente preenchidos. No que concerne ao primeiro pressuposto, o n.º1 do art. 3.º afirma que “o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas” depara-se numa situação de insolvência⁶⁰. Em relação ao pressuposto subjetivo, o n.º1 do art. 2º aponta-nos quem pode ser objeto do processo de insolvência⁶¹. Neste sentido, temos o art. 20º que nos oferece um conjunto de indicadores de situação de insolvência, legitimando não só o devedor a requerer a declaração de insolvência, mas também, qualquer credor ou Ministério Público.

⁵⁵ Recorrendo à etimologia da palavra *insolvência*, defrontamo-nos com a palavra *solvência* que representa a sua antítese. Esta, proveniente do verbo latino *solvere*, significa “desatar, livrar, pagar, resolver” cfr LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito de Insolvência*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, 13; CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito de Comercial*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, 409.

⁵⁶ Cfr. n.º 1 do art. 3º do CIRE. No entanto, é necessário afirmar que o conceito de insolvência assume ainda uma segunda aceção prevista no n.º2 do respetivo artigo.

⁵⁷ *Idem*, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, 14.

⁵⁸ FERREIRA, Manuel Requicha, *Estado de Insolvência*, coord. Rui Pinto, Coimbra, 2011, 132.

⁵⁹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito de Insolvência*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, 17; CORDEIRO, António Menezes, “Introdução ao Direito da Insolvência”, in *O Direito*, ano 137, n.º3, 2005, 467.

⁶⁰ De acordo com Alexandre Soveral Martins, apenas podemos considerar as obrigações vencidas e não vincendas, revelando apenas a “impossibilidade de cumprir”. Deste modo, se o devedor tem meios e possibilidade de cumprir as respetivas obrigações mas não o faz apenas porque contesta a existência destas, então não há impossibilidade. Tratamos, aqui, de meios que o devedor não tem para cumprir as obrigações vencidas, não sendo necessária a prova de que o devedor não cumpre “todas e cada uma das obrigações”, mas sim “as obrigações que, pelo seu significado no conjunto do passivo do devedor, ou pelas próprias circunstâncias do incumprimento, evidenciam a impotência, para o obrigado de continuar a satisfazer a generalidade das suas obrigações”, in *Um curso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2016, 24. Segundo o Ac. TRL de 13/07/2010 (Márcia Portela). Ainda, o Ac. TRL de 20.05.2010 (Farinha Alves) concretiza algumas situações mais relevantes, de modo a determinar a existência de uma situação de insolvência. Assim, e de acordo Luís Menezes Leitão, o tipo de obrigação que aqui é descrito em nada está relacionado com a “situação de impossibilidade em sentido técnico-jurídico que importaria na extinção da obrigação” nos termos do art. 790º CC, ou seja, “não se confunde também com a impossibilidade objetiva que constitui causa de extinção das obrigações”, in *ob.cit.* 82.

⁶¹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, in *ob.cit.*, 21

Posto isto, constatamos, por um lado, que o Direito da Insolvência instrumentalizado no processo de insolvência⁶², visa tutelar a situação frágil em que se encontra o devedor e, por outro lado, dotar os credores de mecanismos que permitam a satisfação dos seus direitos⁶³. No entanto, diversos autores defendem que a principal finalidade do CIRE⁶⁴ será sempre a satisfação dos interesses dos credores, tal como verificamos ao longo do Diploma Preambular que o presente Código proclama⁶⁵. Deste modo, torna-se legítimo o levantamento da questão sobre a razão que leva a que os credores assumam um papel tão importante no processo de insolvência. Sendo os credores titulares do principal interesse que este direito concursal⁶⁶ visa tutelar será de fácil conclusão que esta seja a principal finalidade deste processo, como volta a salientar o Diploma Preambular no ponto n.º6⁶⁷.

Deste modo e face à definição apresentada, podemos qualificar o processo como universal⁶⁸, porque a massa insolvente abrange todo o património do devedor que se destinará à satisfação dos credores da insolvência, depois de pagas as dívidas, bem como os bens e direitos que ele adquira na pendência do processo; concursal⁶⁹, pois concorrem neste processo todos os credores do devedor, cujo fundamento seja anterior à data dessa declaração, independentemente do tipo de crédito⁷⁰. Aquilo que entendemos como basilar e fundamental do direito concursal concretiza-se com o pagamento dos respetivos créditos, tendo como pilar o princípio da igualdade, quanto ao prejuízo decorrente de o património do devedor não ser, à partida e na grande maioria dos casos,

⁶² O art 1º define o processo de insolvência como sendo “...um processo que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores”

⁶³ No mesmo sentido LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes.

⁶⁴ Aprovado pelo DL n.º 53/2004, de 18/03 e alterado pelos DL n.ºs 200/2004, de 18/08, 76-A/2006 de 29/03, 282/2007 de 07/08, 116/2008 de 4 de Julho, 185/2009 de 12/08, Lei n.º 16/2012, de 20/04, Lei n.º 66-B/2012, de 31/12, DL n.º 26/2015, de 06/02, DL n.º 79/2017, de 25/08, Retificação n.º 21/2017, de 25/08, Lei n.º 114/2017, de 29/12 e, por último, Lei n.º 8 /2018, de 02/03.

⁶⁵ “O objetivo precípuo de qualquer processo de insolvência é a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores - cfr. n.º3.

⁶⁶ “(...) o processo de insolvência não se destina à satisfação do direito individual de cada credor, mas antes visa o tratamento igualitário de todos os credores do devedor (*par conditio creditorium*), dado que a crise económica do devedor torna previsível que nem todos os credores verão satisfeito o seu direito” LEITÃO, Manuel Teles de Menezes, *in ob. cit.*, 17.

⁶⁷ “(...) consiste no pagamento dos respectivos créditos, em condições de igualdade quanto ao prejuízo decorrente de o património do devedor não ser, à partida e na generalidade dos casos, suficiente para satisfazer os seus direitos de forma integral”.

⁶⁸ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *in ob.cit.*, 14; MARTINS, Alexandre de Soveral, *in ob.cit.*,17

⁶⁹ MARTINS, Alexandre de Soveral, *in ob.cit.*,18

⁷⁰ *Vide*, n.º4 do art. 47.º CIRE.

suficiente para satisfazer os seus direitos de forma integral. Posteriormente, com a declaração de insolvência, surgem efeitos que podem ter carácter automático ou eventual⁷¹. Os de carácter automático manifestam-se com a mera pronúncia da sentença e produzem-se em qualquer processo de insolvência. Por outro lado, os efeitos de carácter eventual, dependem da verificação pelo juiz, ou em determinadas situações, administrador da insolvência, do preenchimento de requisitos previstos na lei, isto é, para além da declaração judicial de insolvência do devedor, da verificação em concreto de outras condições⁷².

Iremos analisar com mais pormenor os efeitos de carácter eventual, mais precisamente os efeitos associados à qualificação da insolvência como culposa, descritos posteriormente na presente dissertação.

Para além do exposto, podemos referir que a presente lei apresenta, ainda, um critério temporal e, relativamente a este, a insolvência pode ser caracterizada como atual ou iminente⁷³ e, nos termos do art. 23º, nº2 al. a) o requerente, no momento em que se apresenta a Tribunal, terá que indicar na petição inicial, qual o tipo de insolvência com que se depara.

Concluindo através das palavras de MANUEL CARNEIRO DA FRADA “A insolvência de uma sociedade é, como todos sabem, susceptível de ocasionar danos diversos, que atingem sócios, credores e trabalhadores. São de facto afectados múltiplos interesses. Os credores, por exemplo, não conseguem amiúde cobrar os seus créditos, pelo menos na íntegra, os sócios são confrontados com a dissolução da sociedade e a liquidação do respectivo património, vendo esfumar-se o valor das suas participações sociais, os trabalhadores perdem, em consequência da extinção da empresa, os seus postos de trabalho e, com eles, o meio de sustento próprio e das suas famílias.”⁷⁴ Todavia, o legislador tem trabalhado no sentido de acautelar os interesses de todos os possíveis afetados pelo fenómeno em questão.

⁷¹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente e Outras Pessoas Do Direito Português”, in *Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas*, Estudos Luso- Brasileiros, Quartier Latin, 2015, 340. Por exemplo, dever de apresentação, privação de poderes e administração dos bens integrantes da massa insolvente.

⁷² SERRA, Catarina, *O novo regime português da insolvência: uma introdução*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, 59. Por exemplo, o direito de alimentos.

⁷³ De acordo com o Ac. TRG de 10.11.2016 (António Figueiredo) “...não basta um medo ou pavor por parte do devedor. É preciso que se trate de uma probabilidade objetiva. Daí que seja necessário efetuar um juízo de prognose, que pode ser auxiliado pela elaboração de um estudo sobre a liquidez do devedor.”

⁷⁴ FRADA, Manuel Carneiro da, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in *ROA*, 2006

2.2 Incidente de Qualificação de Insolvência (culposa ou fortuita)

Observando as normas do CIRE, somos confrontados com um vazio legal, dado que não existe nenhuma regra que trate substantivamente da responsabilidade, neste caso dos administradores. No entanto, se atendermos ao Diploma Preambular no seu número 40 parece proclamar a “obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas” e, como tentativa de alcançar este escopo o CIRE recorreu a soluções, que acabam por ser inovadoras em matéria de responsabilização dos administradores de sociedades insolventes, nomeadamente através da inserção do “Incidente de Qualificação de Insolvência”⁷⁵.

O instituto do Incidente de Qualificação de Insolvência foi uma inovação do CIRE que entrou em vigor em 15 de Setembro de 2004, encontrando-se regulado no Título VIII do CIRE, apesar de existirem outros preceitos que regulem este incidente fora do Título supramencionado. Inspirado na *Ley Consursal* espanhola, Lei 22/2003 de 09/06⁷⁶, o respetivo incidente tem por fim averiguar as situações que originam ou conduzem à insolvência, saber se foram “razões fortuitas ou se tiveram na sua origem intenção fraudulentas, ou mesmo uma atuação negligente”⁷⁷, neste caso, por parte do administrador.

Por conseguinte, a insolvência pode ser culposa ou fortuita⁷⁸ e, recorrendo à letra da lei, podemos apurar que esta não oferece uma definição clara de insolvência fortuita no seu art. 185º, no entanto, no que concerne à noção de insolvência culposa, o CIRE faculta uma noção geral no nº1 do art. 186º juntamente com a ajuda das presunções do nº 2 e 3 do mesmo artigo. Assim, a insolvência é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da atuação dolosa do seu devedor, ou dos seus administradores, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência⁷⁹. Deste modo e, segundo as palavras de MENEZES LEITÃO, *a contrario*, a insolvência será considerada fortuita sempre que não se verifique a situação do n.º1 do art. 186.º⁸⁰.

⁷⁵ OLIVEIRA, Rui Estrela de, *in ob.cit.*, 931-987.

⁷⁶ *Vide* o Ponto 40 do preâmbulo do Diploma que aprovou o CIRE.

⁷⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Meneses, *in ob.cit.*, 281.

⁷⁸ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito...* 149.

⁷⁹ OLIVEIRA, Rui Estrela de, *in ob. cit.*, 231. Para este autor, o comportamento relevante, para efeitos de qualificação da insolvência como culposa, inclui quer a ação positiva *facere*, quer a omissão, *non facere*.

⁸⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Meneses, *in ob.cit.*, 282; *Idem*, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, 149.

Portanto, a conduta do devedor, que posteriormente será qualificado como insolvente, dos titulares da empresa⁸¹ e dos administradores, de direito ou de facto, será o elemento mais importante para a qualificação da insolvência como fortuita ou como culposa. Todavia, a apreciação desta mesma conduta tem em consideração dois fatores: primeiramente, há que verificar se esta contribuiu ou agravou a situação de insolvência e se os atos danosos foram praticados com dolo ou com culpa grave. Para além do mencionado e, de acordo ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, ainda é necessário verificar-se uma “relação causal entre aquele comportamento e a criação ou agravamento da situação de insolvência e, por fim, que o comportamento tenha lugar dentro de um certo lapso de tempo (nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência)”⁸². Assim, apenas nestes casos deverá a insolvência ser qualificada como culposa, implicando, conseqüentemente, uma série de efeitos para as pessoas afetadas (art. 189.º, n.º2).

Em suma, o incidente em causa está previsto nos artigos 185º e ss CIRE e, como decorre n.º1 do art. 9.º tem “carácter urgente”⁸³, ocorrendo por apenso ao processo principal⁸⁴⁻⁸⁵.

⁸¹ Cfr. Ac. TRG de 30 de Abril 2009 (Raquel Rego), “Para o CIRE, “empresa” e “pessoa coletiva” são totalmente equiparáveis, pelo que titular da empresa deve ser considerado o sócio da respectiva sociedade.”

⁸² MARTINS, Alexandre de Soveral, *in ob.cit.*, 362.

⁸³ Este “carácter urgente” abrange todos os atos inerentes ao processo de insolvência de acordo com o n.º5 do art. 9.º, com o objetivo de tornar todo o processo célere de modo a que os credores “recebam o valor dos seus créditos e evitar que o devedor possa prejudicar esse objetivo”. Por outro lado, o próprio devedor também tem um certo interesse na celeridade do processo ansiando que sejam definidas as medidas de recuperação, MARTINS, Alexandre de Soveral, *in ob.cit.*,

⁸⁴ O incidente de qualificação de insolvência é oficiosamente aberto na própria sentença que declara a insolvência (art. 36º, al i) CIRE), se o juiz dispuser de elementos que justifiquem a abertura do incidente e desde que não tenha sido aprovado um plano de pagamentos (art. 259º/1), nem se trate da hipótese do art.187º, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *in ult. ob. cit.*, 59-61. Tal só é possível devido às alterações introduzidas pela Lei nº 16/2012, mais precisamente no art 36º. Até ao devido momento, respetivo incidente era sempre aberto em todos os processos de insolvência, excetuando as situações onde era apresentado um plano de pagamentos aos credores.

⁸⁵ A sentença de declaração de insolvência deverá constar se esta reveste carácter pleno ou limitado, nos termos do art 36º, i). Diferenciam-se um do outro, dado que o incidente de carácter limitado aplica-se aos casos de insuficiência da massa, para satisfação das custas processuais e dívidas da massa (art. 39º, nº1 e art. 232º nº5), nos termos do art 191º/1, enquanto, por exclusão de partes, o de carácter pleno deverá aplicar-se aos restantes casos (arts. 36º al. i), 188º e 189º), EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *in ob.cit.*, 173-182. Todavia, um incidente que se iniciou como pleno, posteriormente, pode, em certas situações, prosseguir como limitado (art. 232º/5). O contrário também pode suceder, ou seja, “um incidente de qualificação que começou como limitado também pode, por vezes, prosseguir depois como pleno (cfr. O caso previsto no art 39º/4), MARTINS, Alexandre de Soveral, *in ob. cit.* 360.

2.2.1 Insolvência Culposa e as Presunções do Artigo 186º CIRE

Os incidentes de qualificação da insolvência encontram-se regulados no Título VIII, nos arts. 185º a 191º do CIRE. Como podemos verificar, o CIRE não define insolvência fortuita, ocupando-se apenas no art. 186.º da insolvência culposa, fixando neste preceito o conceito do último tipo de insolvência, recorrendo a duas vias⁸⁶. Desta mesma noção legal retira-se, primeiramente, que a atuação do devedor ou dos seus administradores deve ser apta ou idónea à criação ou agravamento da situação de insolvência. Neste sentido, deve existir um nexo de causalidade⁸⁷ entre a atuação, sejam factos cometidos ou omitidos dos gerentes de facto ou de direito e aquela situação em concreto⁸⁸. Contudo, nem sempre a situação de insolvência é derivada da existência de culpa por parte do administrador, mas sim através de uma possível culpa no agravamento desta situação e, também nesta situação, a insolvência pode ser qualificada como culposa⁸⁹.

No que diz respeito às presunções que auxiliam a noção geral de insolvência culposa, a norma do nº 2 do art. 186º prevê presunções inilidíveis. Analisando este preceito, considera-se sempre culposa a insolvência do devedor, que não seja uma pessoa

⁸⁶ No seu nº1 contém uma noção geral do instituto “a insolvência é culposa quando a sua criação ou agravamento resulte de comportamento, doloso ou por culpa grave do devedor (...), que não seja uma pessoa singular; mas, também, dos seus administradores de facto e/ou de direito tal como os define o art 6º. Neste sentido, o Ac. TRC de 22-05-2017 (Freitas Neto) considerou que “devem ser abrangidos na sanção culpa todos os administradores e não só o executivo”. Os nº 2 e 3 do mesmo preceito complementam e concretizam, através de diversas presunções, que valem diretamente para os devedores que não sejam pessoas singulares. Estes normativos são aplicáveis, correspondentemente, aos restantes insolventes, por força do seu nº4. Por outro lado, a remissão presente no nº4 tem que ser integrada com o disposto do nº5 que delimita e restringe e o seu alcance.

⁸⁷ Cfr. Ac. do TRG de 11.10.2018 (Ana Cristina Duarte).

⁸⁸ Ac. do TRG de 10.07.2018 (José Amaral): recorrendo ao sumário do respetivo acórdão “1) No conceito de insolvência culposa constante do nº 1, do artº 186º, do CIRE, estão compreendidos: i) -o requisito objectivo (qualquer actuação do devedor ou seus administradores, no período temporal de três anos anteriores à data da entrada do processo; ii) -o requisito subjectivo (dolo ou culpa grave); iii) -o resultado (criação da situação de insolvência ou o agravamento dela); iv) -o nexo de causalidade entre aquela actuação e este resultado. 2) Nas duas hipóteses do nº 3, provada factualidade que preencha qualquer delas, presume-se que há culpa grave e, assim, como verificado, sem prejuízo de ilisão por prova em contrário, nos termos do artº 350º, nº 2, 1ª parte, CC, o requisito subjectivo necessário ao preenchimento do conceito de insolvência culposa. 3) Nas diversas hipóteses previstas no nº 2, em função de cuja verificação se considera sempre culposa a insolvência (ou seja, sempre preenchido o conceito do nº 1), além de inilidível (*iure et iure*), por força da parte final daquela norma civilística, tal presunção, diferentemente, abarca todos os demais elementos. Não tem, portanto, sentido, quanto a estas, discutir-se se o nexo de causalidade deve ser provado como requisito autónomo, uma vez que na presunção ele está compreendido. 4) Assim, provados aqueles factos base e, obviamente, a situação de insolvência, a culpa dos administradores da pessoa colectiva e a relação causal entre a sua conduta censurável e aquele resultado presumem-se, não podendo ser afastados por prova em contrário”.

⁸⁹ MARTINS, Alexandre de Soveral, *in ob.cit.*, 362.

singular, quando os administradores, quer de *iure* quer de *facto*, atuam preenchendo alguma das alíneas aqui previstas. Intituladas presunções *iuris et de iure* não admitem prova em contrário⁹⁰. Ainda, e mais concretamente, MENEZES LEITÃO⁹¹ declara que a lei estabelece, neste mesmo preceito, uma presunção *ires et iure* de culpa grave e do nexo de causalidade desse comportamento que criou ou contribuiu para o agravamento da situação de insolvência. Deste modo, sempre que os administradores, *facto* ou de direito, adotem comportamentos no sentido de preencher alguma das alíneas presentes na norma citada, o juiz deverá qualificar a insolvência como culposa⁹².

Na doutrina, verificamos que estas mesmas presunções encontram-se agrupadas em três conjuntos: primeiramente e analisando a letra da alínea a) e c), atendemos a um grupo que diz respeito aos atos que afetam na sua totalidade ou em grande maioria o património do devedor. Em segundo lugar, atos que, apesar de contribuírem para o eventual prejuízo da situação patrimonial, são favoráveis para o administrador que os pratica ou, até mesmo para terceiros; estes encontram-se nas alíneas b), d), e) f) e g) da já referida norma. Por último, poderemos ainda considerar a hipótese de um verdadeiro incumprimento de certas obrigações legais, atendendo às alíneas h) e i)⁹³.

Porém, a doutrina diverge e, mais concretamente no última grupo *supra* mencionado, RUI ESTRELA DE OLIVEIRA⁹⁴ oferece uma opinião diferente, afirmando que das alíneas h) e i) não deveriam estar inseridas nestas presunções inilidíveis, por se apresentarem como “ficções legais” em que não podemos ver estas alíneas como verdadeiras presunções, por não se conjeturarem com uma verdadeira segurança o nexo de causalidade entre o *facto* e a insolvência, com dolo ou culpa grave, nunca esquecendo que, este último, é o requisito essencial da insolvência culposa. Neste sentido, CATARINA SERRA⁹⁵ sugere que as duas alíneas em questão deveriam estar consagradas no grupo relativo às presunções ilidíveis, admitindo prova em sentido contrário.

⁹⁰ *Idem*, MARTINS, Alexandre de Soveral, 405.

⁹¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Meneses, *in. ob. cit.*, 281; Cfr. Ac. TRG de 18.10.2018 (Maria Luísa Ramos).

⁹² MARTINS, Alexandre de Soveral, *in. ob. cit.*, 270.

⁹³ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, Efeitos da Declaração de Insolvência..., 352; FERNANDES, Luis A. Carvalho, “A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor”, *in Themis, Edição Especial, Novo Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 95.”

⁹⁴ OLIVEIRA, Rui Estrela, *in ob. cit.*, 242.

⁹⁵ SERRA, Catarina, *O regime...*, 141.

No que concerne às presunções ilidíveis, designam-se *iuris tantum* e estão previstas no nº3 do art. 186º, de culpa grave⁹⁶ dos administradores de ambos os tipos, e contrariamente às presunções inilidíveis do nº2, não se verificando uma “(...) presunção de causalidade da sua conduta em relação à situação de insolvência, exigindo-se a demonstração nos termos do nº1 do art. 186º, que a insolvência foi causada ou agravada em consequência dessa mesma conduta”⁹⁷.

⁹⁶ Esta é a ideia defendida pela maioria da doutrina, no entanto, existe uma minoria, nomeadamente Catarina Serra afirma que estamos perante presunções de insolvência culposa, com a possibilidade de estas virem a ser “esvaziadas”, *Lições de Direito de Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2018, 285; cfr. Ac. TC n.º 564/2007, de 13 de novembro, Ac. TRC de 22.05.2012 (Barateiro Martins), Ac TRP de 05.02.2009, onde “a simples verificação das situações previstas nas als. a) e b) do n.º3 do art. 186.º do CIRE, constitui uma presunção ilidível não apenas de culpa grave do agente infrator, mas também de suspeita de insolvência culposa, pressupondo-se à partida o nexo de causalidade exigido pelo n.º1”.

⁹⁷ LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes, *in ob.cit.*, 187.

2.2.2 Efeitos da Sentença de Qualificação de Insolvência como Culposa

O título IV do CIRE dedica-se aos efeitos de variadas dimensões que a declaração de insolvência poderá gerar. Em primeiro lugar, podemos encontrar efeitos sobre o devedor e outras pessoas (arts 81º e ss), seguidamente, o relativo aos efeitos processuais (arts 85º e ss), sobre os créditos (arts 90º e ss), efeitos sobre os negócios em curso (arts 102º e ss) e, por último aquele que poderá afetar a resolução em benefício da massa insolvente (arts 120º e ss).

Contudo, torna-se essencial diferenciar os efeitos em relação ao insolvente e os efeitos em relação aos atos praticados pelo insolvente e, neste último grupo, há que distinguir os atos anteriores à declaração de insolvência, atos em curso e atos futuros. Autores entendem que esta deveria ser a sistematização adotada pelo código com o objetivo de não suscitar “confusões desnecessárias”⁹⁸.

No incidente de qualificação de insolvência o juiz tem que declarar, na sentença, a qualificação de insolvência como culposa ou fortuita (art. 189.º n.º1). Porém, a qualificação da insolvência não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais nem para efeitos de ações de responsabilidade civil previstas no art. 82.º, n.º3 (art.185.º)⁹⁹.

No n.º2 do art. 189.º, o legislador determinou que o juiz, na referida sentença, após qualificar a insolvência como culposa, deverá a) identificar as pessoas afetadas pela qualificação de insolvência como culposa, nomeadamente, os administradores de direito e/ou de facto, caso existam, CT e ROC e, por último, fixar o grau de culpa. É necessário salientar que, apesar de a presente alínea mencionar expressamente o administrador de facto, “não faz com que os administradores de direito que não exerçam as suas funções de facto seja excluídos da qualificação como sujeitos afetados”¹⁰⁰. Seguidamente, as pessoas afetadas pela qualificação de insolvência como culposa são condenadas ao pagamento de uma indemnização aos credores do devedor insolvente,

⁹⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *O Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, 123; EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Os efeitos substantivos da Falência*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, 183 e ss.

⁹⁹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito...*, 157.

¹⁰⁰ SERRA, Catarina, *Lições de Direito...*, 157; cfr. Ac. TRC de 21.01.2014 (Moreira do Carmo) e Ac. TRC de 14.04.2015 (Anabela Luna de Carvalho).

que será feito no montante dos créditos não satisfeitos até à força dos respetivos patrimónios. Esta alínea não é de fácil compreensão visto que encontramos opiniões divergentes. Por exemplo, na opinião de RUI PINTO DUARTE¹⁰¹, o autor defende que “no caso de a falência ser declarada culposa, todas as pessoas afectadas pela qualificação perderão todos os créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente qualquer que seja o grau da sua culpa, o valor desses créditos, a sua origem e/ou época em que se constituíram. Caso tenham recebido bens ou direitos em pagamento de créditos, serão condenados à sua restituição, com igual desconsideração dos factores em causa”¹⁰². Opinião diversa defende LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, que o juiz deve incluir na sua sentença “como sanção dos comportamentos que justificaram que essas pessoas sejam afetadas pela qualificação de insolvência como culposa, o legislador entendeu que elas não devem beneficiar dos créditos de que sejam titulares. Para tanto, começa por determinar a sua perda. Por outro lado, devem estes ser restituídos”¹⁰³. Assim sendo, as pessoas afetadas são solidariamente responsáveis pelo montante dos créditos não satisfeitos, sendo que, por um lado, a fixação do grau de culpa possibilita definir a graduação da responsabilidade da pessoa afetada. Por outro, em casos de mais do que um responsável, aplicamos a regra geral prevista no n.º 2 do art. 497.º CC, respeitante à repartição interna de responsabilidade¹⁰⁴.

O juiz deve, ainda, nos termos da alínea b) do mesmo preceito, decretar a inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos. Perante a Lei n.º16/2012 de 20 de Abril, a “inabilitação” foi substituída pela “inibição” para a administração do património de terceiros, devido à necessidade de corrigir o erro de que padecia a norma inicial”¹⁰⁵. Esta alteração deveu-se após o TC ter declarado com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da norma em causa, “na medida em que impõe que o juiz, na sentença que qualifique a insolvência

¹⁰¹ Os efeitos de declaração de insolvência são decalcados do CPERED, na sua maioria. Deste modo, procedeu-se à introdução de alterações no CIRE, mas, em certos casos, trata-se de um apuramento das normas homólogas anteriores.

¹⁰² DUARTE, Rui Pinto, “Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor”, *Novo Direito da Insolvência*, 2005, 147.

¹⁰³ FERNANDES, Luís A. Carvalho / Labareda, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Quid Juris*, Lisboa, 2009, 626.

¹⁰⁴ SERRA, Catarina, *in ob.cit.*, 158.

¹⁰⁵ *Idem*, SERRA CATARINA, 159.

como culposa, decreta a inabilitação dos administradores da sociedade comercial declarada insolvente”¹⁰⁶.

Na alínea c), o juiz tem a possibilidade de declarar essas mesmas pessoas inibidas para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa. Assim sendo, identificada a causa, bem como o seu responsável, é imperativo que se tutele o interesse público da segurança e da confiança do tráfego económico e comercial. De acordo com MENEZES LEITÃO¹⁰⁷, não estamos perante uma incapacidade em sentido técnico, mas sim uma incompatibilidade que resulta do estado de insolvência como culposa. De notar que entre o CPEREF e o CIRE houve uma alteração subjetiva de “gerentes, administradores, diretores” (art. 148.º, n.º2 CPEREF), para “administradores” (acabando por abranger um maior número de sujeitos, ou seja, os titulares do órgão de administração). Nos termos do art. 6.º do CIRE, administradores são todos “(...) aqueles a quem incumba a administração ou liquidação da entidade ou património em causa, designadamente, os titulares do órgão social que para o efeito for competente”. Numa primeira impressão parece-nos que o administrador de facto não se encontra aqui incluído, no entanto, encontramos normas ao longo do código que mencionam a figura em apreço¹⁰⁸.

De acordo com alínea d), o juiz deve determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos¹⁰⁹. Nesta previsão, está patente a tutela dos interesses patrimoniais dos credores, estando diretamente relacionado com a finalidade primária do processo de insolvência, como já referimos *a priori* e, por isso, torna-se coerente, se a insolvência foi criada ou agravada por determinado administrador, em sentido geral, é aceitável que este perca os seus direitos em detrimento dos prejudicados¹¹⁰.

A alínea e) da norma citada torna-se essencial para efeitos de responsabilidade patrimonial das pessoas afetadas pela qualificação de insolvência. No entanto, e tendo

¹⁰⁶ Cfr. Ac. TC n.º 173/2009 de 02.04.2009 (Joaquim de Sousa Ribeiro).

¹⁰⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Meneses, in ob.cit., 289.

¹⁰⁸ Como por exemplo, os arts. 49.º n.º2, 82.º n.º3, 186.º, 189.º contemplam expressamente o administrador da *facto*.

¹⁰⁹ Cfr. Ac. TRG de 31.01.2019 (Joaquim Boavida).

¹¹⁰ SERRA, Catarina, in ob.cit., 165.

em consideração o exposto, o beneficiário desta mesma responsabilidade deverá ser a massa insolvente e não a pessoa do credor diretamente, visto que, na realidade, o verdadeiro lesado foi a massa insolvente.

Para além dos efeitos referidos decorrentes diretamente da sentença que qualifica a insolvência como culposa, o CIRE releva outros preceitos que merecem especial atenção, sendo que estes verificam-se sem necessidade de uma declaração judicial¹¹¹, mais concretamente, a preclusão da exoneração do passivo restante, nos termos do art. 228º n.º1 al. c), bem como a preclusão da administração da massa pelo devedor, de acordo com os arts. 238º n.º1 alíneas b), e) e f), 243.º n.º1 al c) e 246.º n.º1.

2.2.3 Obrigação de Indemnização

Se nos direcionarmos para a alínea e) do n.º2 do art 189º, já mencionada, confrontamo-nos com o instituto da responsabilidade insolvencial¹¹², encontrando uma densificação dos efeitos indemnizatórios. A obrigação de indemnizar, introduzida com a Lei n.º 36/2012, decorre da responsabilidade proveniente da qualificação da insolvência como culposa, apresentando-se como sendo solidária¹¹³, subsidiária¹¹⁴ e limitada¹¹⁵.

A norma *supra* mencionada condena os sujeitos, melhor identificados na alínea a), a uma indemnização com o fim de ressarcir o montante de créditos não satisfeitos

¹¹¹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *in ob.cit.*, 158.

¹¹² *Idem*, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, 163.

¹¹³ A lei prevê expressamente como (...) sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados (...)” e, por este motivo, pode ser exigido de qualquer um dos afetados todo o montando, sendo compartilhada em função do grau de culpa de cada um dos intervenientes no âmbito das relações internas e não perante os credores (art. 519º n.º1 CC), MARTINS, Alexandre Soveral, *in ob.cit.*, 43; O Autor afirma que estamos perante um critério de repartição de responsabilidade e, de acordo com o art. 189º n.º2 al. a) o juiz deverá agir no sentido de fixar o grau de culpa nas pessoas afetadas, com o intuito de obter e incidir numa justa repartição interna de responsabilidade;

¹¹⁴ A subsidiariedade verifica-se em determinada circunstância, isto é, na eventualidade de a massa insolvente se revelar insuficiente para o pagamento de todos os credores, posteriormente, esta será acionada, estando sujeito a uma condição suspensiva; EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *in ob.cit.* 165.

¹¹⁵ A responsabilidade não diz respeito a todos os créditos, limitando-se apenas ao montante dos créditos não satisfeitos, MARTINS, Alexandre Soveral, *in ob.cit.*, 388. No entanto, sabendo que a obrigação de indemnização estende-se “até à força” dos patrimónios afetados, podemos presumir que todos os bens do património de cada acabam por responder, considerando que a lei “pretende é excluir a possibilidade de os afetados peça qualificação serem declarados insolventes por não poderem cumprir esta obrigação de indemnização na sua integralidade”, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Meneses, *in ob.cit.*, 282.

no âmbito do processo de insolvência. Verificamos uma desconformidade entre a alínea e) do n.º2 e o n.º4, que poderá levantar algumas inquietações. Atualmente, tal responsabilização tem uma função preventiva, mas também ressarcitória, de forma a tutelar os credores. O problema que pretendo levantar diz respeito às dúvidas provenientes da aplicação prática desta norma pelos juízes, visto que, em si, a própria norma contradiz-se¹¹⁶. Por um lado, recorrendo à letra da lei as “pessoas afetadas pela qualificação” poderão ser os administradores, de direito ou facto, ROC, contabilistas certificados, mas o legislador ao empregar o advérbio “nomeadamente”, entende-se que tal enumeração não é taxativa. No art. 186.º diz-se que a insolvência é culposa em virtude da atuação dos administradores de direito e de facto, mas, posteriormente, o juiz deverá considerar outros sujeitos para além dos que se encontram previstos no art. 186.º, alargando a aplicação do âmbito subjetivo¹¹⁷.

Seguidamente, a alínea e) impõe a fixação do valor da indemnização no montante dos créditos insatisfeitos e, em contrapartida, o n.º4 alude ao montante de prejuízos sofridos¹¹⁸, ampliando também o âmbito de indemnização da alínea e), sendo que aqui os créditos não satisfeitos correspondem aos créditos reconhecidos e reclamados¹¹⁹, de acordo com o princípio da igualdade de credores¹²⁰. Segundo NUNO PINTO DE OLIVEIRA¹²¹ assistimos a uma “desarmonia ou desconformidade” entre a al. e) do n.º2 e o n.º4, defendendo que na respetiva alínea encontramos aparentemente uma presunção de que “o montante dos danos ou prejuízos causados aos credores corresponde ao “montante dos créditos não satisfeitos”, enquanto o n.º4 parece desvalorizar esta mesma presunção. Deste modo, o autor afirma que, quanto à al. e), esta consagra a regra de indemnização correspondente aos créditos não satisfeitos e, por sua vez, o

¹¹⁶ Por exemplo, se recorrermos ao Acórdão do TRC de 27.04.217 (Jaime Carlos Ferreira), podemos constatar que aqui o juiz não teve em conta a dificuldade de articulação do art. 189º/2,e) CIRE com o n.º4 do mesmo artigo, porque considerou estas normas como critérios alternativos. Assim se vê claramente que nos Tribunais superiores há dificuldade dos juízes em darem conta dos problemas que esta norma suscita.

¹¹⁷

¹¹⁸ Enquanto o n.º2 estabelece que os administradores respondem “pelo montante dos créditos que a massa não conseguir satisfazer”; o n.º4 fala da eventual necessidade de calcular os prejuízos sofridos e de critérios a aplicar para essa fixação. Ora, assim sendo, parecem regras contraditórias, na medida em que no n.º2 se fala de “ativo não pago” (total); e no n.º4 se fala somente de “prejuízos”.

¹¹⁹ SERRA, Catarina, *O regime Português da Insolvência*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, 82.

¹²⁰ A lei parece afirmar que o montante da indemnização deve ser pago diretamente aos credores, mas o princípio *par conditio creditorum* parece exigir uma solução diferente, na medida em que, caso a indemnização não integre a massa, quem “chegar primeiro” satisfaz-se inteiramente, mas quem “chegar mais tarde” satisfaz os seus créditos com o restante, caso este exista. Neste sentido, parece que o nosso legislador não seguiu, a este nível, o legislador expressamente, já que este último previu expressamente esta solução.

¹²¹ OLIVEIRA, Nuno Pinto de, *A Responsabilidade civil dos administradores: entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, Coimbra Editora, 2015, 216-224.

n.º4 consagra a exceção. CATARINA SERRA afirma que esta desconformidade poderia ser superada sem harmonizar ambas as normas, devendo dar-se primazia à al. e) do n.º2¹²².

No que concerne, então, ao pagamento da indemnização, o CIRE não esclarece, devidamente, quem deve ser feito o pagamento. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS defende que este deve integrar a massa, de modo a não contrariar o princípio da igualdade e a graduação de créditos. O autor socorre-se do n.º3 do art 82º de modo a sustentar a sua posição, aplicando a norma por analogia¹²³. Ainda, de realçar, que estamos perante uma responsabilidade insolvência, de modo a satisfazer os interesses dos credores e, posteriormente, devido às regras concursais que são aplicadas à responsabilidade societária - cfr. Art 82.º CIRE¹²⁴.

3. A Responsabilidade do Administrador de Facto

3.1 Os deveres legais dos Administradores

Os deveres legais resultam imediatamente da lei, por exemplo, do CSC ou até mesmo de legislação avulsa, estes podem ser subdivididos em dois grupos: deveres legais específicos e deveres legais gerais.

Neste ponto não iremos abordar detalhadamente todos os deveres inerentes a um administrador quer de direito, quer de facto, mas sim um breve enquadramento dos mesmos.

A administração é o órgão responsável pela totalidade da administração da vida societária e sua representação, por isso, é natural que a estas funções estejam subordinadas a um leque de deveres que os seus membros devem respeitar, sob pena de virem a ser responsabilizados.

¹²² SERRA, Catarina, *Lições de...*, 167; Todavia, esta excessiva simplificação também não é aceite de ânimo leve, visto que levaria a uma inutilização do n.º4 do art. 189.º, LEITÃO, Adelaide Menezes, *Direito de Insolvência*, Almedina, 2017, 204.

¹²³ MARTINS, Alexandre de Soveral, *in ob.cit.*, 432

¹²⁴ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *in ob.cit.*, 167.

3.1.1 Os deveres legais específicos

São todos aqueles deveres que derivam da lei de forma específica e imediata e que se manifestam em imposições legais de conduta aos administradores, entendemos como deveres legais sem observância de qualquer tipo de discricionariedade¹²⁵. Quanto a estes, enquanto imposições para os respectivos administradores, podem tratar-se de atuações ou omissões¹²⁶.

Por último, encontramos os deveres específicos não legais que poderão traduzir-se em deveres contratuais, se forem provenientes de contratos de administração ou gerência, ou estatutários, caso estejam previstos nos estatutos da sociedade.¹²⁷

3.1.2. Os deveres legais gerais

No entendimento da doutrina majoritária¹²⁸, os deveres legais gerais vinculam como sujeitos passivos os administradores e gerentes¹²⁹ e, por isso, são aqueles que os administradores hão-de observar no exercício das duas funções e “não podem ser especificados num elenco legal fechado”¹³⁰. O n.º1 do art. 64.º não se aplica apenas aos

¹²⁵ FRADA, Carneiro da, *Direito Civil - Responsabilidade Civil - o Método do Caso*, 4ª ed., Almedina, 2010, 121.

¹²⁶ Por exemplo, em não ultrapassar o âmbito do objeto social previsto nos termos do n.º4 do art. 6.º do COC; dever de não distribuir aos sócios os bens sociais não distribuíveis ou sem autorização dos sócios para tal realizando a respetiva deliberação social de acordo arts. 31.º n.º1, 2 e 4, 32.º, 33.º n.º1, 2 e 3 CSC; dever de requerer a convocação da assembleia geral em caso de perda de metade do capital social (art. 35.º CSC); ainda, o dever de não exercer por conta própria ou alheia a atividade concorrente com a sociedade sem o seu consentimento, conforme os artigos 254.º, 398.º n.º 3 e 5 e 428.º CSC; o dever previsto nos arts. 203.º e ss, 285.º e 286.º do CSC que se traduz na promoção da realização das entradas em dinheiro diferidas; o dever de não executar deliberações nulas do órgão de administração previsto nos arts. 412.º n.º4 e 433.º n.º1 CSC. Os deveres legais específicos expostos são referenciados por diversos autores, ABREU, Coutinho de *in ob. cit.*, 12; VASCONCELOS, Pedro Pais, “Business Judgment Rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa do art. 64.º”, *in Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol.2, 2009, Almedina, 65-71; COSTA, Ricardo, *in ob. cit.*, 163; ANTUNES, José Engrácia, *Direito das Sociedades, Parte Geral*, 2ª ed., Porto, 2011, 325 e 326. Contudo, para além dos deveres previstos no CSC, existem outros que afetam diretamente os administradores, como por exemplo, o dever de os administradores requererem a declaração de insolvência da sociedade quando verificadas determinadas circunstâncias, nos termos dos arts. 18.º e 19.º CIRE, ou ainda os deveres que decorrem de normas penais previstas no Código Penal, designadamente, furto (art 203.º), furto qualificado (art. 204.º), abuso de confiança (art. 205.º) e o dano (art. 212.º).

¹²⁷ COSTA, Ricardo, *in ob. cit.*, 166.

¹²⁸ A título de exemplo, cfr. ABREU, Coutinho de, *in ob. cit.*, 13.

¹²⁹ COSTA, Ricardo, *in ob. cit.*, 166.

¹³⁰ ABREU, Coutinho de *in ob. cit.*, 14.

administradores de direito, mas também aos administradores de facto. Estes últimos encontram-se também vinculados “desde que se possam qualificar como tal em razão, desde logo, da prática de atos próprios, do desempenho de funções de administração e na medida da compatibilidade das manifestações em causa dos deveres de cuidado e de lealdade”¹³¹.

Tais deveres apresentam-se de forma geral e abstrata, havendo a necessidade de densificar os deveres de cuidado e conduta¹³². Ainda, ENGRÁCIA ANTUNES afirma que estes “representam fundamentalmente padrões ou *standards* abstratos de conduta que balizam e conformam a atuação geral dos administradores e gerentes no exercício das suas funções: por outras palavras, não dizem o que o administrador ou gerente deve fazer em determinada situação, mas fundamentalmente o modo como o deve fazer, apenas sendo suscetíveis de concretização, por seguinte, caso a caso”¹³³.

¹³¹ COSTA, Ricardo, “Responsabilidade civil societária...”, 40-41.

¹³² COSTA Ricardo, “Deveres gerais dos administradores e gestor criterioso e ordenado”, *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011, 161.

¹³³ ANTUNES, José Engrácia, *Direito das Sociedades*, in ob.cit., 327.

3.1.2.1 O dever de Cuidado

Para RICARDO COSTA¹³⁴, este dever abarca a obrigação de os administradores, com a devida diligência, desempenharem as obrigações que derivam do seu ofício, sempre de acordo com o máximo interesse da sociedade e com o cuidado que se espera de uma pessoa cautelosa e prudente em circunstâncias semelhantes. De acordo com COUTINHO DE ABREU¹³⁵ “o dever geral de cuidado poderá ser assim formulado: os administradores hão-de aplicar nas atividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias”. ARMANDO M. TRIUNFANTE¹³⁶ acrescenta que, para o cumprimento deste dever, não é suficiente que o administrador se mostre diligente e zeloso, sendo indispensável que seja, simultaneamente, capaz, informado e competente. No entanto, nem todos os autores partilham da mesma opinião e, deste modo, para CARNEIRO DA FRADA¹³⁷ “o cuidado é ordinariamente um modo de conduta” e, por conseguinte,, “o cuidado que a lei manda ao administrador observar equivale a impor-lhe uma boa administração, uma administração cuidada, a condução da sua atividade de acordo com as boas melhores práticas da administração”.

Em bom rigor acabamos por não estar perante verdadeiras manifestações autonomizáveis do dever aqui tratado¹³⁸ e, por esta razão, este leque apresenta-se “deficiente”¹³⁹, “imperfeito”¹⁴⁰ e “insuficiente”¹⁴¹.

No que concerne às concretizações dos deveres de cuidado podemos distinguir o dever de vigilância, o dever de preparar adequadamente as decisões e, por último, o dever de tomar decisões razoáveis¹⁴².

¹³⁴ COSTA, Ricardo, *in* últ. ob. cit., 167; COSTA, Ricardo / Gabriela, Figueiredo DIAS, “Deveres Fundamentais”, *in* *Código das Sociedades em comentário* (coord. Coutinho de Abreu), Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Códigos n.º1, Coimbra, Almedina, Vol. I, 2013, 730.

¹³⁵ ABREU, Coutinho de *in* ob. cit., 18.

¹³⁶ TRIUNFANTE, Armando Manuel, *Código das sociedades comerciais anotado: anotações a todos os preceitos alterados*, Coimbra Editora, 2007, 64.

¹³⁷ FRADA, Manuel A. Carneiro da, “A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, *in* *a Reforma do código das sociedades comerciais, Jornadas em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Almedina, 2007, 67-68.

¹³⁸ COSTA, Ricardo, *in* ob. cit., 167.

¹³⁹ ANTUNES, José Engrácia, *in* ob. cit., 327.

¹⁴⁰ ABREU, Coutinho de *in* ob. cit., 19.

¹⁴¹ COSTA, Ricardo, *in*, ob. cit., 165.

¹⁴² Cfr. ABREU, Coutinho de, “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades”, *Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Cadernos n.º5*, Coimbra, Almedina, 2010, 19.

Em suma, verificamos que os deveres de cuidado articulam-se com a função basilar de um administrador, a função de administrar. Portanto, estes deveres de cuidado reflectem as obrigações de acompanhar a gestão da sociedade, examinar os factos e circunstâncias importantes de que tenham tomado conhecimento e que sejam suscetíveis de causar danos à sociedade, procurando sempre reunir toda a informação necessária e relevante para as mesmas¹⁴³.

3.1.2.2 O dever de Lealdade

“A lealdade traduz a característica daquele que atua de acordo com uma bitola correta e previsível perante uma pessoa leal, o interessado dispensa a sua confiança”.¹⁴⁴

Com a Reforma de 2006 o dever de lealdade ficou expressamente consagrado no art. 64.º, n.º1 al. b). De acordo com COUTINHO DE ABREU¹⁴⁵ “o dever (geral) de lealdade é definível como dever de os administradores exclusivamente terem em vista os interesses da sociedade e procurarem satisfazê-los, abstendo-se portanto de promover o seu próprio benefício ou interesses alheios”. Recorrendo a MANUEL FRADA, o normativo legal exige que o administrador manifeste uma lealdade qualificada, resultante da sua função de gestão de interesses alheios. Nestes termos, salientemos que os administradores não devem ser leais apenas à sociedade, mas também a terceiros com que esta se relaciona.¹⁴⁶

Além do mais, este dever decorre do princípio de boa fé, dada a sua natureza, não atribui qualquer ponderação discricionária ao administrador¹⁴⁷, pelo que este deverá sempre agir de forma criteriosa, exercendo a sua função orientado primordialmente pelo interesse social.

¹⁴³ COSTA, Ricardo / Gabriela Figueiredo DIAS, “Artigo 64.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, AA.VV., ABREU (Coord.), IDET, Coimbra, 2010, 370 e ss; CORDEIRO, António Menezes, “Os deveres fundamentais dos administradores nas sociedades”, *ROA*, 2006, 479; RAMOS, Fátima, “Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros do órgão de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redação do artigo 64.º do CSC”, *20 anos do CSC, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho*, vol. II, Coimbra, 2008, 555.

¹⁴⁴ CORDEIRO, António Menezes, “A lealdade no direito das sociedades”, *ROA*, 2006

¹⁴⁵ ABREU, Coutinho de *in ob. cit.*, 39.

¹⁴⁶ FRADA, Manuel Carneiro da, *in ob. cit.*, 73.

¹⁴⁷ COSTA, Ricardo e Gabriela Figueiredo DIAS, *in últ. ob.cit.*, 745.

3.2. A Responsabilidade Insolvencial do Administrador de Facto

Independentemente da inexistência de uma previsão legal específica do administrador de facto, efetivamente, são estes os verdadeiros responsáveis pela administração da sociedade¹⁴⁸, e não os administradores de direito, na generalidade dos casos. Por este motivo, o administrador de facto não poderá ficar ileso perante este panorama.

Tendo em consideração a exposição até ao momento, percebemos que o legislador diligenciou vários meios para responsabilizar os verdadeiros autores das consequências provenientes de uma declaração de insolvência culposa.

Em 1998, o art. 126.º-A e B do CPEREF estabelecia uma certa paridade entre o administrador de facto e o administrador de *iure*. Condenava os responsáveis ao pagamento do passivo, consagrando uma responsabilidade solidária e ilimitada aos sujeitos que tivessem contribuído para a situação de insolvência. Assim sendo, anteriormente, no CPEREF, o administrador de facto podia ser chamado a responder pelos atos e/ou omissões dos atos prejudiciais à sociedade e, consequentemente, aos credores sociais. Desta forma, o CIRE seguiu a mesma visão, tornando possível a punição do administrador de facto, tal como é o administrador de direito¹⁴⁹.

No ponto 2.2 do presente trabalho, relativamente aos efeitos da sentença de qualificação como culposa e, aludindo à figura em apreço, é necessário que esta mesma sentença identifique concretamente o administrador de facto que contribuiu ou agravou a situação de insolvência¹⁵⁰. Não obstante, é a na alínea e) do n.º2 do art. 189.º que está consagrada a verdadeira responsabilidade insolvencial¹⁵¹, sendo, sem dúvida, uma responsabilidade pela criação ou agravamento ilícito e culposo da insolvência.

¹⁴⁸ De acordo com Maria do Rosário Epifânio, “(...) por estatuição expressa da lei (...), estão abrangidos não só os administradores de direito, mas também os administradores de facto.”, *in ob.cit.*, 150.

¹⁴⁹ RIBEIRO, Maria de Fátima, *A tutela dos credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da personalidade jurídica”*, Almedina, 2009, 409.

¹⁵⁰ COSTA, Ricardo, *Os administradores...*, 119.

¹⁵¹ O tribunal, na sentença que qualifica a insolvência como culposa, “condena as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados, COSTA, Ricardo, *in ob. cit* 123, o autor defende que a introdução da al. e) desta preceito lembra a responsabilidade pelo passivo a descoberto consagrado no CPEREF (arts.126.º-A e 126.º-B).

A responsabilidade do administrador de facto também poderá ser concretizada através do art. 82.º CIRE¹⁵², sendo independente¹⁵³ do incidente de qualificação de insolvência. Deste modo, o administrador de insolvência poderá condenar o administrador de facto no pagamento de uma indemnização, devido aos atos prejudiciais que este teve para com a sociedade.

3.3. A Responsabilidade Civil do Administrador de Facto

O CSC regula a temática da responsabilidade civil dos administradores nos seus arts. 72.º a 79.º, reportando-se aos comportamentos dos administradores essencialmente de direito. “Estas regras sancionatórias aspiram a assegurar uma gestão escrupulosa e eficiente, tendo como baliza os deveres dos administradores”¹⁵⁴.

3.3.1. A Responsabilidade dos Administradores pelos danos causados à sociedade – *A Business Judgment Rule*

O administrador responde perante a sociedade pelos danos que cause a esta com preterição dos seus deveres legais ou contratuais (art. 72.º, n.º1) e, deste modo, é necessário que estes mesmos danos sejam originados por uma conduta ilícita e culposa do administrado, ou seja, estamos perante uma presunção de culpa dos administradores. A sua atividade obriga-o a estar continuamente exposto ao risco empresarial e, por isso “(...) a posição jurídica do administrador não poderia ignorar, em sede de responsabilidade pelo incumprimento dos deveres dos administradores, a consagração da *business judgment rule (bjr)*”¹⁵⁵.

¹⁵² A propositura da ação de responsabilidade pode ser feita na pendência do processo de insolvência, tendo o administrador de insolvência exclusiva legitimidade para tal, de acordo com a al. a), n.º3 do art. 82.º, “As ações de responsabilidade que legalmente couberem, (...) contra os (...) administradores de direito e de facto (...)”, COSTA, Ricardo, in ob.cit., 127; FERNANDES, Luís A. Carvalho / LABAREDA, João, in ob.cit., 437.

¹⁵³ Cfr. Art. 82.º, n.º6.

¹⁵⁴ COSTA, Ricardo, “A business judgment rule na responsabilidade societária: entre a razoabilidade e a racionalidade, in *Governança das sociedades, responsabilidade civil e proteção dos administradores*, IS FDUC /IDET, Coimbra, 2018, 95.

¹⁵⁵ *Idem*, COSTA, Ricardo, 97.

A *BJR* institui-se em Portugal¹⁵⁶ com o DL 76-A/2006 de 29 de março, encontrando-se projetada no art. 72.º n.º2 CSC. Esta surge como algo imprescindível para reagir à utilização excessiva do sistema de responsabilidade civil dos administradores, de modo a que não exista qualquer entrave ao crescimento societário.¹⁵⁷ Por conseguinte, se os administradores exercerem as suas funções com receio da possibilidade de virem a ser responsabilizados pelos seus atos, retraindo-se, não servindo da melhor maneira os interesses quer da sociedade, quer dos sócios¹⁵⁸. Posto isto, o administrador considerar-se-á civilmente responsável quando a decisão empresarial for considerada irracional. No entanto, não estamos a falar de atos ilícitos discricionários, visto que, esta regra só poderá ser aplicada aos administradores no exercício da sua função de administrar¹⁵⁹. Assim sendo, a *bjr* só poderá ser aplicada quando estamos perante atos de discriminação que violem o dever de cuidado, referido anteriormente, não estando aqui incluído o dever legal geral de lealdade, nem qualquer tipo de dever legal específico¹⁶⁰⁻¹⁶¹. Constatamos, então, que “o legislador português consagrou *mitigadamente* a *bjr* como pretexto para uma causa de *exclusão* de responsabilidade”¹⁶².

¹⁵⁶ Primeiramente surgiu na jurisprudência americana em 1829.

¹⁵⁷ SERAFIM, Sónia das Neves, “Os deveres fundamentais dos Administradores”, in *Temas de Direito das Sociedades*, coord. Manuel Pita, António Pereira de Almeida, Coimbra Editora, 2011, 503.

¹⁵⁸ ALMEIDA, António Pereira de, “A Business Judgment Rule”, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011, 364.

¹⁵⁹ FRADA, Manuel A. Carneiro da, in últ. bb.cit., 220.

¹⁶⁰ RIBEIRO, Maria de Fátima, “O dever de os administradores não aproveitarem para si ou para terceiros oportunidades de negócio” in *Ciências empresariais e Jurídicas*, 2011, 29.

¹⁶¹ Para além do exposto, Ricardo Costa afirma que “o conteúdo do dever geral de cuidado é hoje determinado em razão da causa de exclusão de responsabilidade que o art. 72.º, n.º2 prevê. É relativamente a este dever que a atuação dos administradores acaba por estar mais exposta à incerteza e à insegurança, já que é nele que se envolve a autonomia de julgamento que assiste ao administrador”, in “Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”, *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011, 175; e cfr. FRADA, Carneiro da, *Direito Civil - Responsabilidade Civil - o Método do Caso*, 4ª ed., Almedina, 2010, 121.

¹⁶² COSTA, Ricardo, “A business judgment rule...”, 103.

3.3.2. A reponsabilidade dos administradores para com os credores sociais (Art. 78.º, n.º1 CSC)

O n.º1 do art. 78.º trata uma ação social de responsabilidade dos administradores para com os credores sociais da respetiva sociedade¹⁶³, permitindo “ (...) que os credores exijam a satisfação dos créditos que detêm sobre a sociedade aos membros do respectivo órgão de administração (...)”¹⁶⁴, ou seja, de acordo com o conteúdo deste preceito, os administradores respondem pelos danos causados aos credores sociais se desrespeitarem “os deveres que lhes sejam pessoalmente dirigidos”¹⁶⁵. Aqui podemos encontrar os casos de responsabilidade extracontratual derivada da violação de normas legais ou específicas¹⁶⁶. Portanto, daqui podemos retirar três grandes particularidades: i) a culpa do administrador não se presume; ii) a ilicitude relevante incide sobre normas legais ou estatutárias destinadas à proteção dos credores sociais; iii) o dano será acarretado aos credores reflexivamente: primeiro repercute-se no património da sociedade e, posteriormente, na esfera jurídica do credor¹⁶⁷.

Concluindo, estamos perante uma ação autónoma ou direta dos credores, titulares dos direitos de indemnização¹⁶⁸, ou seja, uma responsabilidade direta dos administradores para com os credores.

¹⁶³ Cfr. Ac. TRP de 23.10.2018 (Márcia Cecília Agante).

¹⁶⁴ RIBEIRO, Maria de Fátima, *A tutela dos credores...*, 461-462.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência”, in *Revista de Direito Comercial*, disponível em www.revistadedireitocomercial.com, 2018, 536-537.

¹⁶⁶ *Idem*, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, 540.

¹⁶⁷ *Idem*, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, 541-544.

¹⁶⁸ ABREU, Jorge Manuel Coutinho, “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades”, *Instituto de direito das empresas e do trabalho, cadernos n.º5*, 2ª ed., Almedina, 2010, 68.

4. Coordenação entre as ações dos Artigos 72º e 78º CSC e do Incidente previsto nos Artigos 186º a 189º CIRE.

No trabalho exposto concebemos que os credores sociais estão protegidos por dois regimes, o de natureza societária, onde apresentámos dois tipos de ações (arts 72.º e 78.º), e o de natureza insolvencial, consagrado mais concretamente na alínea e) do n.º2 do art.189.¹⁶⁹. A questão que aqui se coloca prima por perceber se é pacífica, ou não, a articulação da responsabilidade concursal com a responsabilidade societária.

Tendo em consideração o exposto até ao momento analisaremos, primeiramente, a possibilidade de exclusão da culpa possibilitada pelo art. 72.º, n.º2 CSC no âmbito dos vários tipos de presunções do art. 186º CIRE. Para RUI ESTRELA DE OLIVEIRA¹⁷⁰, as presunções ilidíveis de culpa grave previstas no art. 186.º n.º3 correspondem aos deveres legais específicos¹⁷¹, previamente apresentados, e, por isso, seria impossível suprimir esta culpa grave recorrendo à *BJR*. Todavia, deparamo-nos com algo mais questionável no art. 186.º n.º1, uma vez que este preceito aceita como fundamento de qualificação da insolvência como culposa, a violação do dever geral de cuidado. Neste instante, o administrador vê a possibilidade de defender-se invocando os factos previstos no art 72.º, n.º2 CSC, com fundamento na culpa grave.

Uma outra questão que poderá ser levantada neste cenário diz respeito a um possível excesso de vias de responsabilização dos administradores, contrapondo a norma prevista do art 78.º CSC com o art 189.º, n.º2 CIRE.

Para ADELAIDE MENEZES LEITÃO¹⁷² não existe qualquer perplexidade entre o sistema de responsabilidade civil e o insolvencial, na medida em que este último apresenta um sistema de responsabilidade patrimonial, sendo ambos de tipos diferentes, no entanto, é necessário salientar alguns aspetos. Sabendo que na responsabilidade insolvencial os administradores respondem pelos danos causados aos credores, pela criação ou agravamento da situação de insolvência, com o principal intuito de proteger interesses “puramente económicos” dos credores, em nada interfere com a aplicação

¹⁶⁹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *in ob.cit.*, 167.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Rui Estrela, *in ob.cit.*, 234.

¹⁷¹ Deste modo, nunca poderíamos incluir neste grupo o dever legal geral de cuidado.

¹⁷² LEITÃO, Adelaide Menezes, “Insolvência Culposa e responsabilidade dos administradores na Lei 16/2012,” *in I Congresso de Direito da Insolvência*, coord. Catarina Serra, Almedina, Coimbra, 2013, 279-281.

do art. 78.º CSC. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO¹⁷³ defende que a responsabilidade insolvencial pode ser articulada com a responsabilidade societária, não havendo duplas responsabilizações. Para além disso, as presunções previstas no art. 186.º facilitam a atividade probatória em matéria de identificação dos danos indemnizáveis, visto que não é necessário demonstrar o nexo de causalidade que causou ou agravou a situação de insolência¹⁷⁴. Esta poderá ser articulada com o regime societário nos casos em que os danos sofridos pelos credores são superiores ao passivo descoberto, relativamente aos atos que não se encontram nos 3 anos anteriores à respetiva situação.

Entretanto, para MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO¹⁷⁵ as normas respeitantes à responsabilidade societária não se dissipam com a sociedade insolvente. No âmbito do direito societário, a responsabilidade dos administradores vence-se num período de 5 anos a contar da atuação ilícita /danosa, havendo possibilidade para os credores receberem a diferença dos danos sofridos, recorrendo às regras societárias. A autora coloca a possibilidade de nos depararmos com uma situação prevista no art. 83.º CSC, onde há um sócio único. O sócio controlador, em que este só poderá ser condenado na esfera da responsabilidade insolvencial, no caso de ser devidamente identificado na sentença de qualificação de insolvência culposa, ou se for considerado um administrador de facto. Ainda assim, se nenhuma destas duas condições se verificar, o credor terá oportunidade de recorrer à ação social de responsabilidade e condenação do administrador responsável, dependendo, então, da responsabilidade do sócio controlador.

Pelos motivos supramencionados, bem como pela coerência do ordenamento jurídico, as regras da correta administração e emergência na assunção de responsabilidades impõem o reconhecimento do instituto do administrador de facto e consequentemente a extensão de diversas normas a outros sujeitos que não se encontram incluídos na noção de administrador de direito¹⁷⁶. Assim, DÍAZ ECHEGARAY refere que

¹⁷³ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “Efeitos da declaração...”, 360.

¹⁷⁴ Consoante Maria do Rosário Epifânio, “A opção por esta técnica jurídica justifica-se pela necessidade de garantir uma maior “eficiência da orde, jurídica na responsabilização dos administradores por condutas censuráveis que originaram ou agravaram insolvências; para além disso, favorece a previsibilidade e a rapidez da apreciação judicial dos comportamentos”, *in ob.cit.*, 151.

¹⁷⁵ RIBEIRO, Maria de Fátima, “Responsabilidade dos administradores pela insolvência : evolução dos direitos português e espanhol”, *in Direito das sociedades em revista*, Coimbra, Almedina, 2015, 108.

¹⁷⁶ De acordo com o Ac. TRC de 28.06.2018 (FONTE RAMOS), temos como administrador quem “tem a seu cargo condução geral de um determinado património; pessoa que administra, governa, dirige um organismo ou empresa, gere bens ou negócios , sendo que, normalmente, o exercício da administração cabe a quem esteja legal ou voluntariamente investido nas correspondentes funções; porém, na previsão do artigos 6º e 186º, n.º1, devem

não faria sentido que os administradores de facto estivessem sujeitos a um regime de responsabilidade menos rígido do que o previsto para os administradores de direito¹⁷⁷. Apesar do mencionado, PAULO OLAVO CUNHA¹⁷⁸ é da opinião que “No plano jurídico-societário, o administrador de facto não assume especial relevância, não podendo ser imputados à sociedade os efeitos dos atos por ele praticados em seu nome e em manifesto excesso de poderes de representação”. O autor defende que esta situação deverá ser solucionado recorrendo ao instituto de representação sem poderes, nos termos do art. 268.º CC.

Por fim, o reconhecimento do instituto do administrador de facto acaba por ser necessário, dado que promove a própria conservação da atividade societário¹⁷⁹.

também considerar-se envolvidos todos os que as desempenham de facto, nomeadamente quando fazem com carácter de permanência, mesmo que falte, para tanto, o apoio em determinação legal ou em acto voluntário do titular do património a gerir”.

¹⁷⁷ DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, *in ob. cit.*, 29-30.

¹⁷⁸ CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, 6ª ed., Almedina, 2015, 556.

¹⁷⁹ PÉREZ ESCOLAR, “Los administradores de hecho y su actuación en el tráfico”, Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de desunió de 1968, *Revista de Derecho Mercantil*, vol. 45, 1968, 413-414.

Conclusão

O ordenamento jurídico português, em nenhum cenário, instituiu uma definição legal de administrador de facto. Verificou-se, assim, um auxílio da doutrina e jurisprudência no sentido de procurar densificar este instituto através da criação de um conjunto de critérios que acabam por permitir qualificar um indivíduo como o administrador de facto, visto que é possível vislumbrar no Direito Português normas que aludem expressamente à figura do Administrador de Facto.

Todavia, apesar da informalidade característica desta figura, não poderá ser imune às normas que se encontram consagradas relativamente à responsabilização dos administradores. Se tal acontecesse verificar-se-ia um possível encorajamento de comportamentos de desleixo ou negligência que poderiam levar a empresa à insolvência.

Apesar de a admissibilidade da responsabilização do administrador de facto tenha sido há muito ultrapassada, não podemos deixar de constatar que a total ausência de uma consagração legal que identifique inequivocamente a figura, leve a um tratamento da questão pouco uniforme acabando por ser, de certa forma, insegura. Revela-se, hoje, imprescindível assegurar a tutela dos interesses dos sujeitos que são colocados em causa pela ingerência do administrador de facto. Uma possível solução apaziguadora da situação será a tipificação expressa e clara, em sede de direito societário.

Neste âmbito, o CIRE, deparando-se com toda a realidade da administração fáctica, reúne algumas normas que facilitam o intérprete / aplicados a reconhecer os comportamentos culposos que merecem ser sancionados pelo Direito. Assim, destacamos a implementação do Incidente de Qualificação de insolvência, de modo a alcançar uma responsabilização mais eficaz dos administradores de pessoas coletivas.

Ao longo do trabalho salientámos, com maior relevo um dos tipos de qualificação de insolvência, a culposa, que implica consequências mais gravosas para as pessoas afetadas. O disposto no artigo 186.º do CIRE menciona expressamente, não apenas o administrador de direito mas também o administrador de facto, quando a situação de insolvência for criada ou agravada relativamente a uma atuação dolosa ou com culpa grave do administrador de facto Também o disposto na alínea e), n.º2 do art. 189.º CIRE prevê a responsabilização deste último.

Para além do supracitado, de acordo com os termos do artigo 82º do CIRE confere legitimidade exclusiva ao administrador de insolvência para propor as ações de responsabilidade em favor do devedor, neste caso, contra o administrador de facto, na pendência do processo de insolvência.

Após toda a apreciação, cabe concluir que, apesar do legislador não ter encontrado o tratamento ideal e de, certa forma, mais eficaz, este não ficou distante dos problemas relacionados com a ausência de um regime específico para o administrador de facto.

Bibliografia

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de,

- *Governança das sociedades comerciais*, 2ª edição, Almedina, 2010.

- “Curso de Direito Comercial”, volume I – Introdução, atos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos, Coimbra, Almedina, 2006.

- “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades”, Instituto de direito das empresas e do trabalho, cadernos n.º5, 2ª edição, Almedina, 2010.

ABREU, J. M. Coutinho de / Maria Elisabete RAMOS,

- “Artigo 72º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, Coimbra, Almedina, 2010.

- “Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores (notas livre o artigo 379º do Código de Trabalho)”, *Miscelâneas*, n.º3, Almedina, Coimbra, 2004.

ALMEIDA, António Pereira de, “A business judgment rule”, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011.

ANTUNES, José Engrácia,

- *Direito das Sociedades Parte Geral*, 2ª ed., Porto, 2011.

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

CABRAL, João Miguel dos Santos, “O Administrador de facto no ordenamento jurídico português”, in *Revista do CEJ*, n.º10, 2.º semestre, 2008.

CORDEIRO, António Menezes,

- *Manual de Direito de Comercial*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2007.

- “Introdução ao Direito da Insolvência”, in *O Direito*, ano 137, n.º3, 2005.

- “Os deveres fundamentais dos administradores nas sociedades”, *ROA*, 2006.

- “A lealdade no direito das sociedades”, *ROA*, 2006.

COSTA, Ricardo,

- *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014.

- “Anotação ao artigo 80.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. De J. M. Coutinho de Abreu, vol I, Almedina, Coimbra, 2010.

- “Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto”, in: *Temas Societários*, Almedina, Coimbra, 2006.

- “Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado””, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011.

- “A business judgment rule na responsabilidade societária: entre a razoabilidade e a racionalidade, in *Governança das sociedades, responsabilidade civil e proteção dos administradores*, IS FDUC /IDET, Coimbra, 2018.

COSTA, Ricardo / Gabriela Figueiredo DIAS,

- “Artigo 64.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, AA.VV., ABREU (Coord.), IDET, Coimbra, 2010.

- “Deveres Fundamentais”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. Coutinho de Abreu), Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho Códigos n.º1., Vol I, Almedina, Coimbra, 2013.

CUNHA, Paulo Olavo da, *Direito das Sociedades Comerciais*, 6ª edição, Almedina, 2016.

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

DUARTE, Rui Pinto, “Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor”- *Novo Direito da Insolvência*, 2005.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário,

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

- *Manual de Direito da Insolvência*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

- *Os efeitos substantivos da Falência*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000.

FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João,

- *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 3ª edição. Atualizada de acordo com o Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de Fevereiro, e o Código de Processo Civil de 2013, Quid Juris Editora, Lisboa, 2015.

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

FERREIRA, Manuel Requicha, *Estado de Insolvência*, coord. Rui Pinto, Coimbra, 2011.

FRADA, Manuel A. Carneiro da,

- “A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, *in a Reforma do código das sociedades comerciais, Jornadas em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Almedina, 2007.

- “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006.

- *Direito Civil - Responsabilidade Civil - O Método do Caso*, 4ª edição, Almedina, 2010.

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

LEITÃO, Adelaide Menezes,

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

- *Direito de Insolvência*, Almedina, 2017.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Meneses,

- *Direito da insolvência*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.

- *O Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2008.

LLEBLLOT, José Oriol, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 3ª edição, 2009, Editorial Tirant lo Blanch.

MATÍNEZ SANZ, Fernando, “Âmbito subjetivo de la responsabilidade”, in *La responsabilidade de los administradores*, coord. Por Emilio M. Beltrán Sánchez e Angel José Rojo Fernández- Rio, 2005.

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

NOGUEIRA, Serens, *Administradores de sociedades anónimas: da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer*, Coimbra, Almedina, 2012.

OLIVEIRA, Nuno Pinto de,

- *A Responsabilidade civil dos administradores: entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, Coimbra Editora, 2015.

- “Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência”, in *Revista de Direito Comercial*, 2018, disponível em www.revistadedireitocomercial.com.

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

PÉREZ ESCOLAR, Los administradores de hecho y su actuación en el tráfico. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 desunió de 1968, *Revista de Derecho Mercantil*, vol. 45, 1968.

RAMOS, Maria Elisabete,

-“Insolvência da Sociedade, Responsabilidade Civil do Administrador de Facto e Poderes do Administrador da Insolvência”, *CEJ*, 20/01/2012, disponível em <http://elearning.cej.mj.pt>.

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

-*Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros do órgão de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redação do artigo 64.º do CSC*, “20 anos do CSC, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho”, vol. II, Coimbra, 2008.

RIBEIRO, Maria de Fátima

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

- “O dever de os administradores não aproveitarem para si ou para terceiros oportunidades de negócio”, in “Ciências empresariais e Jurídicas”, 2011.

- “Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos portugueses e espanhol”, in *Direito das sociedades em revista*, Coimbra, Almedina, 2015.

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

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

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

SERRA, Catarina,

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

- *O regime Português da Insolvência*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

- *Lições de Direito de Insolência*, Almedina, 2018.

TRIUNFANTE, Armando Manuel, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra Editora, 2007.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, “Business Judgment Rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol. 2., 2009, Almedina.

Jurisprudência

Acórdão do TC n.º 173/2009 de 02.04.2009 (Joaquim de Sousa Ribeiro)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 30.04.2009 (Raquel Pêgo)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.05.2010 (Farinha Alves)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13.07.2010 (Márcia Portela)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21.01.2014 (Moreira do Carmo)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14.04.2015 (Anabela Luna de Carvalho)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 28.06.2016 (Fonte Ramos)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10.11.2016 (António Figueiredo)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 27.04.2017

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22.05.2017 (Freitas Neto)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10.07.2018 (José Amaral)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11.10.2018 (Ana Cristina Duarte)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 18.10.2018 (Maria Luísa Ramos)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23.10.2018 (Márcia Cecília Agante)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 06.12.2018 (Maria da Purificação Carvalho)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 31.01.2019 (Joaquim Boavida)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15.01.2019 (Márcia Portela)