

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
Centro Regional do Porto



**A RESPONSABILIDADE DOS GERENTES
E ADMINISTRADORES DE FACTO NO CIRE**

PEDRO ALEXANDRE AZEVEDO DO NASCIMENTO

PORTO, 2012

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

A RESPONSABILIDADE DOS GERENTES
E ADMINISTRADORES DE FACTO NO CIRE

PEDRO ALEXANDRE AZEVEDO DO NASCIMENTO

PORTO, 2012

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. Rel. Co.	Acórdão da Relação de Coimbra
Ac. Rel. Gui.	Acórdão da Relação de Guimarães
Ac. Rel. Po.	Acórdão da Relação do Porto
ASJP	Associação Sindical dos Juizes Portugueses
CC	Código Civil
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CM	Conselho de Ministros
CMVM	Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários
CP	Código Penal
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CRP	Constituição da República Portuguesa
CS	Câmara dos Solicitadores
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CSM	Conselho Superior da Magistratura
CSMP	Conselho Superior do Ministério Público
CSTAF	Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais
DL	Decreto-Lei

DAR	Dário da Assembleia da República
GEOT	Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais
LC	Ley Concursal
LGT	Lei Geral Tributária
MP	Ministério Público
N	Nota
OA	Ordem dos Advogados
P	Página
PL	Proposta de Lei
Pp	Páginas
ROC	Revisor Oficial de Contas
SFJ	Sindicato dos Funcionários Judiciais
SMMP	Sindicato dos Magistrados do Ministério Público
TC	Tribunal Constitucional
TOC	Técnico Oficial de Contas

INTRODUÇÃO*

A administração fáctica é um fenómeno presente na realidade jurídica portuguesa, que adquire especial relevo quando utilizada como veículo para satisfazer interesses antagónicos aos da sociedade administrada. Essas condutas lesivas podem resultar na diminuição das garantias patrimoniais dos credores e, por vezes, na insolvência da sociedade.

Porém, o ordenamento jurídico português não cuidou de tipificar a figura do gerente/administrador de facto e, conseqüentemente, divisar os regimes legais que lhe são directamente aplicáveis no âmbito do direito societário. E o direito da insolvência, por sua vez, utiliza o conceito sem o concretizar apesar de não se coibir de prever formas de sancionar os seus comportamentos ilícitos, dolosos e culposos que tenham estado na base da produção ou agravamento da situação de insolvência.

Assim, pela actualidade e interesse prático do tema, com a presente dissertação propomo-nos a elaborar um estudo reflexivo sobre os aspectos jurídica e jurisprudencialmente mais controversos, explorando as vias possíveis para efectivar a responsabilização dos gerentes e administradores através do CIRE.

* A presente dissertação foi elaborada antes de 20 de Abril de 2012, data em que foi publicada a Lei n.º 16/2012 que procede à sexta alteração do CIRE. Todas as referências à “lei em vigor” referem-se à redacção dos preceitos anterior a essa data. Porém, o conteúdo das normas da Proposta de Lei n.º 39/XII de 30 de Dezembro de 2011 aqui analisadas coincide, quase na totalidade, com a redacção final que consta da Lei n.º 16/2012.

CAPÍTULO I – CARACTERIZAÇÃO DOS GERENTES E ADMINISTRADORES DE FACTO

1. Introdução

As normas que consagram a responsabilidade civil dos “gerentes, administradores ou directores”¹ destinam-se a assegurar uma gestão eficiente e escrupulosa. Contudo, reportam-se aos comportamentos dos administradores² regularmente designados³. Tal como adverte RICARDO COSTA, a restritividade desse regime potencia diversas tentativas de “esvaziar e iludir”⁴ o seu alcance, pois, à partida, parece suficiente a falta de investidura formal como titular do órgão de administração ou que a designação esteja afectada por qualquer inobservância das normas reguladoras da administração social, para afastar a punição. Ou seja, ainda que haja praticado actos próprios do desempenho de funções de gerência, administração ou direcção, a falta ou irregularidade do título faz com que o autor desses actos se possa eximir do regime sancionatório. Neste cenário, é recorrente encontrarmos sujeitos que podem ser sócios ou terceiros face à sociedade, pessoas singulares ou, até, outras sociedades a levar a cabo a direcção de empresas.

Do exposto se conclui que o conceito de administração nem sempre corresponde à actividade desenvolvida pelo *administrador de direito*, ou seja, aquele que foi formalmente designado e que exerce as suas funções regradamente. Com efeito, existem indivíduos que desempenham as funções intrínsecas à qualidade de administrador sem que para tal estejam

¹ O modelo normativo que regula este tipo de responsabilidade encontra-se fixado nos arts. 72.º a 79.º do CSC. O regime é comum aos diversos tipos de sociedades, porém, é nas sociedades de capitais que se acentuam os efeitos derivados desta disciplina sancionatória. Cfr COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto*, in: “Temas Societários”, IDET/Almedina, Coimbra, 2006, p 27.

² De ora em diante será empregue o termo “administrador” ou “administradores” para designar as diversas categorias de membros do órgão de administração, de acordo com cada tipo social (gerentes, administradores em sentido estrito e directores).

³ Cfr ABREU, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, p 99.

⁴ COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p 28.

habilitados. São estes sujeitos que são denominados, *lato sensu*, de *administradores de facto*⁵.

Todavia, apesar da tarefa de identificar quem é o administrador de direito de uma sociedade não constituir grande obstáculo (pois a lei ou estatutos fornecem, expressamente, indicações nesse sentido), a identificação do administrador de facto pode levantar sérias dificuldades⁶. Na verdade, o ordenamento jurídico português não institui nenhuma definição legal⁷. Tal encargo tem sido delegado na doutrina e na jurisprudência que, apoiadas no direito comparado, têm contribuído para a densificação desse conceito no Direito português⁸⁻⁹. E já que existem situações em que a lei (da insolvência¹⁰) estabelece

⁵ Por agora, utilizaremos o conceito mais amplo de “administrador de facto” sem prejuízo de, mais adiante, densificarmos o seu sentido.

⁶ Cfr OLIVEIRA, Rui Estrela de, *Uma Brevíssima Incursão Pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência*, in: “O Direito”, 142.º, 2010, V, p 966.

⁷ O que não tem coibido o legislador pátrio de elaborar normas destinadas à responsabilização do administrador de facto em sede dos direitos Fiscal (art. 24.º, n.º 1 da LGT) e Penal (arts. 227.º, n.º 3, 227-A, n.º 2, 228.º, n.º 3 e 229.º, n.º 2, todos do CP). O CIRE também reúne alguns artigos onde se refere o *administrador de facto* (arts. 49.º, 82.º, n.º 2 a) e 186.º). Contudo, são escassos os diplomas legais que o fazem. Aliás, em nenhum momento legislativo se encontra uma decomposição desse conceito, deixando-se apenas ao alcance do intérprete a definição de *administrador de direito*. Ademais, no CSC, que deveria ser, por excelência, a sede deste instituto, dificilmente se poderá divisar uma referência expressa. Cfr CABRAL, J. M. Santos, *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>.

⁸ A génese da *consagração legal* do administrador de facto situa-se no ordenamento francês e remonta à Lei n.º 67-563, de 24/07/1966, *sur Les Sociétés Commerciales* e à Lei n.º 67-563, de 13/07/1967, *sur le Règlement Judiciaire, la Liquidation des Biens, la Faillite Personnelle et des Banqueroutes*. Apesar de revogadas, subsiste a tipificação e responsabilização do administrador de facto. Vide CABRAL, J. M. Santos, *O Administrador de Facto no Ordenamento Jurídico Português*, in: “Revista do CEJ”, n.º 10, 2.º Semestre, Lisboa, 2008, p 113. Apesar da primeira consagração legal deste instituto ter sido efectivada no Direito francês, a sua origem doutrinal retroage a posição defendida por GÜNTHER HAUPT (em 1941) relativamente ao instituto jurídico-privado das *relações contratuais de facto*, que visava regular, *à vol d’oiseau*, as relações obrigacionais aparentemente oriundas de contratos firmados em puros comportamentos materiais, mas que não têm, na sua base, as necessárias declarações de vontade. Cfr CABRAL, J. M. Santos, *O Administrador de Facto...*, *op. cit.*, p 117, n 23. Sobre as relações contratuais de facto na doutrina portuguesa vide CORDEIRO, A. Menezes, *Direito das Obrigações*, vol II, AAFDL, Lisboa, 1980, pp 29-41 e *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997 (reimp.), pp 555-560 e 641-647.

⁹ Para FÁTIMA RIBEIRO, a lei portuguesa não acompanha, no plano evolutivo, a tendência europeia de convergência das soluções legais respeitantes à tutela dos interesses dos credores sociais face aos comportamentos dos administradores de facto e tão pouco revela a existência de uma tradição no sentido de os responsabilizar (como é típico em diversos ordenamentos jurídicos, onde o recurso a essa figura constitui uma importante componente do mecanismo de responsabilização, principalmente no plano insolvencial) vide RIBEIRO, M. de Fátima, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009, pp 491-497, n 204, p 491 e n 154, p 467.

¹⁰ Nomeadamente nos casos em que o CIRE estabelece que a insolvência será havida *sempre* como culposa (art. 186.º, n.º 2).

inequivocamente a equiparação entre o *administrador de direito* e o *administrador de facto*, é mister ter presente quais os requisitos que formam esse instituto jurídico.

2. Requisitos da administração fáctica

Na senda da responsabilização do administrador de facto pela insolvência da sociedade, uma das tarefas mais árduas é a de desvendar, face a um caso concreto, quais as condutas ou comportamentos que são qualificáveis de administração de facto. Não obstante, essa dificuldade não tem impedido a doutrina e a jurisprudência de elaborarem um conjunto de requisitos que, a verificarem-se, permitem-nos afirmar com um “razoável grau de segurança”¹¹ que nos achamos perante um administrador de facto¹².

Nas palavras de RICARDO COSTA, o primeiro deles é o “*exercício positivo de funções de gestão similares ou equiparáveis às dos administradores formalmente instituídos*”¹³.

¹¹ MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles*, 4.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p 66.

¹² A doutrina e a jurisprudência reconhecem que a falta de algum dos pressupostos exigidos para a designação válida de um administrador não deve obstar à constituição de relações obrigacionais entre este e a correspondente sociedade. O reconhecimento destas relações prende-se, entre outros aspectos, com a necessidade de garantir a não paralisação da sociedade em face dessa situação irregular. Desta feita, a doutrina e jurisprudência italianas (a quem se reconhece os mais louváveis esforços dirigidos à construção da figura do administrador de facto) elaboraram um conceito que impõe a “essencialidade de existência de uma designação e/ou investidura nas funções de administrador, ainda que estas não preencham os requisitos estabelecidos na lei” (JOÃO SANTOS CABRAL). Para esta doutrina, a existência de uma designação constitui uma condição *sine qua non* da qualificação como administrador de facto, pois só com ela se poderia falar numa verdadeira relação de administração. Este critério de qualificação ficou conhecido como *critério formal*. Porém, tal exigência levou a jurisprudência italiana a ficcionar, em diversos casos, a existência de uma *designação implícita* sempre que constatava o exercício efectivo de poderes de administração. Ora se, tal como refere JOÃO SANTOS CABRAL, “a construção da administração de facto pretende assegurar a correcta gestão da empresa e prevenir o intuito fraudulento de preterição da responsabilidade própria dos órgãos sociais, será necessário centrar de forma decisiva a análise na actuação desenvolvida por aquele administrador”, daí que o critério a ter em conta deva ser um *critério funcional* da administração fáctica. Nestes termos, o elenco dos requisitos que cuidaremos de enumerar corresponde, *grosso modo*, àqueles definidos por esse critério. Sobre a contraposição entre o *critério formal* e o *critério funcional*, cfr CABRAL, J. M. Santos, *O Administrador de Facto...*, *op. cit.*, pp 116-128. Relativamente à designação como *conditio sine qua non* da qualificação dos administradores de facto cfr ABRANI, Niccolò, *Riforma del Diritto Societario e Responsabilità dell'Amministratore di Fatto: verso una nozione unitaria dell'istituto?* in: “Le Società”, Vol 19, Fascicolo 2, 2000, p 185.

¹³ COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p 29, n 4.

Para o entendermos, reportemo-nos ao administrador de direito. Para ocorrer a sua responsabilização é irrelevante se a conduta danosa é activa ou passiva. Assim, mesmo no caso de este se abster de administrar, a responsabilidade pelos danos causados à sociedade, aos sócios ou a terceiros, ser-lhe-á imputável a título de culpa *in ommittendo*¹⁴.

Contrariamente a este, a inexistência ou irregularidade do título faz com que a qualificação do administrador de facto dependa de uma real e efectiva participação na administração. Aqui reside a primeira grande diferença entre estes dois tipos de administração: a necessidade de constatação de “ingerência” na actividade administrativa da empresa¹⁵.

De facto, sempre que o sujeito não exteriorize, através de condutas positivas, o intuito de administrar a sua presença não será notada. Daí que o primeiro requisito seja o exercício positivo, real e efectivo da administração¹⁶.

Esse exercício necessita ainda de revestir um determinado grau de *intensidade* que, para alguns autores, deve ser *qualitativo e quantitativo*¹⁷. A intensidade qualitativa visa delimitar a fronteira entre as instruções ou meras sugestões e o exercício efectivo da administração. O que significa que a simples actividade de supervisão ou de controlo¹⁸ não deve ser encarada como administração de facto¹⁹, sendo apenas relevante aquela actividade que se traduza em actos típicos de “gestão empresarial” ou “alta direcção”²⁰.

¹⁴ Cfr CHINER, Nuria Latorre, *El Administrador de Hecho en las Sociedades de Capital*, Editorial Comares, Granada, 2003, p 65.

¹⁵ NURIA CHINER sublinha: “Al contrario de lo que sucede con el administrador de derecho, la falta de nombramiento y aceptación regulares hace que la calificación del administrador fáctico precise de una verdadera participación en la administración.” *vide* CHINER, Nuria Latorre, *op. cit.*, p 66.

¹⁶ Cfr CHINER, Nuria Latorre, *op. cit.*, p 66. A Autora assinala ainda a característica da “habitualidad y profesionalidad” do desempenho das funções de administração. Para tal, estabelece uma comparação entre o comerciante em nome individual e o administrador de facto. O comerciante em nome individual adquire o estatuto de comerciante através da prática de actos de comerciais de forma reiterada, estável e pública e não através da sua inscrição no “Registro Mercantil”, sendo isso que reflecte a sua “profesionalidad”. Para a Autora, é exigível uma actuação similar para se falar de administrador de facto *vide* CHINER, Nuria Latorre, *op. cit.*, pp 66-67.

¹⁷ Cfr CHINER, Nuria Latorre, *op. cit.*, p 68.

¹⁸ Emissão de pareceres, recomendações, conselhos, entre outros.

¹⁹ *Vide* DEDESSUS-LE-MOUSTIER, Nathalie, *La Responsabilité du Dirigeant de Fait*, in: “Revue des Sociétés”, Paris, 1997, p 503.

²⁰ COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil ...*, *op. cit.*, p 29, n 4. Para este Autor, são actos típicos de “gestão empresarial” ou “alta direcção” aqueles que espelham “a *intensidade qualitativa* do comando e planeamento gerais no que toca ao destino comercial e financeiro da sociedade, ao provimento dos recursos humanos e materiais, atendendo à dimensão da sociedade e ao tipo de actividade societária (...)”, não sendo suficiente o “governo técnico” do dia a dia. Não se exige, assim, que o administrador de facto desenvolva

No que respeita à intensidade quantitativa, a doutrina indaga-se se o conceito de administração fáctica engloba a prática de um só acto ou se requer uma actividade continuada, reiterada ou com um determinado grau de permanência e sistematicidade.

Para alguns autores²¹, é essencial a prática reiterada e significativa de uma pluralidade de actos típicos de administração, de modo a atestar que as funções exercidas não se limitam a intervenções pontuais.

Outros autores²² defendem que deve também atender-se a comportamentos ocasionais que, pela sua dimensão e relevo económicos²³, ostentam uma importância decisiva no funcionamento e subsistência da sociedade, além de exibirem a clara independência e poder do administrador de facto.

O segundo requisito surge como consequência da “intensidade qualitativa”, que acabamos de mencionar. Por não ser admissível atender à mera actividade de controlo ou supervisão, é imprescindível *autonomia decisória*, que é uma característica própria dos administradores de direito. Essa autonomia manifesta-se no poder de impor decisões ou influenciar a gestão de forma vinculativa. Note-se que, apesar de usual, não se afigura necessário operar um total afastamento do administrador de direito das funções de gestão. Basta apenas que se constate uma situação de paridade ou de cooperação com os titulares formais no exercício da administração. O que significa que a administração de facto não é compatível com o conceito de subordinação²⁴.

“todas as funções próprias dos administradores de direito”. Também para NURIA CHINER, o administrador de facto só actua exercendo as competências respeitantes à gestão da empresa social ou à realização do objecto social e não as de organização social, habitualmente consagradas na lei ou nos estatutos como, p.ex., o cumprimento de formalidades de publicidade, convocatória de assembleias gerais, propostas de modificação dos estatutos sociais, etc. Cfr CHINER, Nuria Latorre, *op. cit.*, pp 61-62.

²¹ Entre os quais ABRANI, Niccolò, *op. cit.*, p 216; CHINER, Nuria Latorre, *op. cit.*, p 70; DEDESSUS-LE-MOUSTIER, Nathalie, *op. cit.*, p 503.

²² Entre outros, SANTOS BRIZ, Jaime, *La Responsabilidad Civil, Fiscal y Penal de Directivos, Apoderados, Administradores de Hecho y Liquidadores*, in: “Estudios de Derecho Judicial”, nº 24, Madrid, 2000, p 346. Na doutrina portuguesa vide COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p 39, n 12 e CABRAL, J. M. Santos, *O Administrador de Facto...*, *op. cit.*, pp 133-134.

²³ COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p 39, n 12, dá como exemplo “um mútuo bancário com elevados encargos, uma venda de participações de sociedade participada sem contrapartida justa, o afastamento “sem adequada motivação” de um director de produção que se revelara profissional dedicado e cumpridor e ingressa depois com sucesso em empresa directamente competidora, etc.”.

²⁴ O que permite excluir o trabalhador assalariado, o director geral ou sectorial, o procurador com poderes para a prática de determinados negócios, contanto que estas designações não sirvam para encobrir a qualidade de administrador de facto. Cfr COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p 31, n 5; CHINER, Nuria Latorre, *op. cit.*, p 71.

O último dos requisitos é o *conhecimento e/ou consentimento* dessa actuação por parte dos sócios e dos administradores de direito.

Para NURIA CHINER, este representa um elemento chave porque, entre outros aspectos, permite “diferenciar el administrador de hecho de aquel mero *extraneus* que usurpando funciones de administración entabla relaciones com terceros en nombre de una sociedad ajena a dicha situación”²⁵.

Para um segmento da doutrina²⁶, a administração fáctica constitui uma realidade consentida pela sociedade ou a maioria dos sócios ou, pelo menos, daqueles que representam a maioria dos votos que, por deterem esse poder, impedem a extinção da situação de administração de facto. Por conseguinte, pode dizer-se que as obrigações contraídas pelo administrador de facto em nome da sociedade a vinculam perante terceiros, uma vez que aquela aceita²⁷ os actos de administração por ele praticados.

Esta realidade é também consentida pelos administradores *de jure*. Da existência de um ou mais administradores de facto advém uma significativa diminuição dos poderes do órgão de administração. Então, mesmo que, *ab initio*, os titulares desse órgão não estejam cientes da existência do administrador de facto, a diminuição de poderes denuncia a sua presença. Por este motivo, muito dificilmente poderão alegar o completo desconhecimento da situação de administração de facto constituída²⁸.

Em suma, de acordo com a *perspectiva funcional*, são estes três requisitos que nos permitem detectar a presença de um administrador de facto: *i*) exercício positivo, real e efectivo da administração, com determinado grau intensidade (qualitativo e quantitativo); *ii*) autonomia decisória; *iii*) conhecimento e/ou consentimento dos sócios e dos administradores de direito.

²⁵ CHINER, Nuria Latorre, *op. cit.*, p 76.

²⁶ CHINER, Nuria Latorre, *op. cit.*, p 75 e ss. Na doutrina portuguesa *vide* CABRAL, J. M. Santos, *O Administrador de Facto...*, *op. cit.*, pp 136-137.

²⁷ Normalmente através da sua inércia ou silêncio.

²⁸ *Vide* CHINER, Nuria Latorre, *op. cit.*, p 76.

3. Administradores de facto em sentido estrito: “administradores de facto aparentes”, “ocultos sob outro título” e “administradores na sombra”

Até aqui utilizámos o conceito mais amplo de administrador de facto de modo a abranger os diferentes planos em que a administração fáctica se manifesta. Porém, em bom rigor, existem três tipos distintos.

No primeiro encontramos aqueles sujeitos que, desprovidos de qualquer designação ou cujo título de administrador padece de qualquer irregularidade, exercem faculdades que estão reservadas por lei aos titulares formais do órgão de administração. Incluem-se aqui aquelas pessoas que actuam *notoriamente* como administradores de direito. Essa notoriedade advém do facto de decidirem o curso dos negócios sociais na “*primeira pessoa*”²⁹, ou seja, sem recorrerem a qualquer intermediário, apresentando-se publicamente como administradores *de jure* e desempenhando directamente as funções próprias da administração, com a respectiva autonomia decisória³⁰. Esta classe de sujeitos é comumente chamada de *administradores de facto aparentes*.

O segundo tipo é constituído por indivíduos que ocupam um cargo na empresa que não o de administrador³¹ mas que, apesar disso e encapotados sob o título que lhes foi formalmente atribuído, levam a cabo, de modo independente, a gestão da sociedade.

²⁹ COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p 30.

³⁰ COUTINHO DE ABREU descreve uma série de hipóteses bastante pertinentes: “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 eleger); 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. 396.º, 4, 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)” *vide* ABREU, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, pp 99-100.

³¹ 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, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p 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. MARIA ELISABETE RAMOS coloca a hipótese de determinado sujeito que, afectado por uma sentença de qualificação da insolvência como culposa, se encontra *inibido* de ocupar cargos em sociedades. Cfr, respectivamente, ABREU, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade Civil...*, *op. Cit.*, p 100 e RAMOS, M. 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>.

À semelhança do que ocorre com os *administradores de facto aparentes*, estes sujeitos exercem directa e autonomamente as *funções de gestão*³². Contudo, distanciam-se dos primeiros por não actuarem invocando a qualidade de administrador de direito, mas um estatuto diverso (como, p. ex., procurador ou mandatário). Daí que executem apenas actos de gestão, uma vez que não desempenham, cumulativamente, as funções de gestão e de *representação* da sociedade³³. Aqui se enquadram os chamados *administradores de facto ocultos sob outro título*.

Ao último tipo pertencem todos aqueles que, sem se relacionarem com terceiros, sem invocarem a qualidade de administrador³⁴ e sem deterem qualquer cargo ou função profissional na sociedade, *controlam de facto a gestão e administração através do exercício de uma influência determinante* sobre os administradores de direito. Nas palavras de RICARDO COSTA³⁵ “actuam *indirectamente* sobre a administração instituída, impondo as suas instruções e condicionando as escolhas operativas dos administradores de direito (...), que invariavelmente as acatam sem liberdade de análise (...)”. Esta categoria é denominada de *administradores na sombra* ou, no direito anglo-saxónico, *shadow directors*³⁶.

³² Como seja o “planeamento, comando e controlo dos meios materiais, financeiros e humanos, e “gestão corrente” vide ABREU, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade Civil...*, op. cit., p 101, n 193.

³³ Vide ABREU, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade Civil...*, op. cit., p 101, n 193.

³⁴ Mais uma vez, há que ter em conta que, a par do que sucede com os administradores ocultos sob outro título, esta classe de administradores não se relaciona com terceiros como representantes orgânicos da sociedade e, logo, não têm o poder de vincular a sociedade enquanto administradores. Neste sentido, ABREU, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade Civil...*, op. Cit., p 102; CHINER, Nuria Latorre, op. cit., p 59 e ss.

³⁵ COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil...*, op. cit., p 30.

³⁶ Ao contrário do que raramente sucede nos diversos ordenamentos jurídicos, a legislação inglesa fornece uma definição legal de *shadow director* (cfr *Section 741.1 Companies Act* de 1985, *Section 251 do Insolvency Act* de 1986 e *Section 22.4 Company Director Disqualification Act* de 1986). De acordo com a *Section 251 do Insolvency Act* de 1986, um *shadow director* é “(...) a person in accordance with whose directions or instructions the director of the company are accustomed to act but so that person is not deemed a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity”. Porém, atente-se que foi apenas em 1994, no processo *Re Hydrodam (Corby) Ltd.*, que a figura adquiriu contornos mais precisos, tendo a respectiva decisão fixado que “to establish that a defendant is a shadow director of a company, it is necessary to allege and prove: (i) who are the directors of the company, whether de facto or de jure; (ii) that the defendant directed those directors to act in relation to the company or that he was one of the persons who did so; (iii) that those directors acted in accordance with such directions; (iv) that they were accustomed so to act.”. Cfr CABRAL, J. M. Santos, *O Administrador de Facto...*, op. cit., p 138-139; RIBEIRO, M. de Fátima, *A Tutela...*, op. cit., p 466, n 151; ANTUNES, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades (Estrutura e organização Jurídica da Empresa Plurissocietária)*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, p 593, n 1157.

Uma nota a vincar concerne ao requisito do consentimento e/ou assentimento da sociedade e dos seus administradores de direito. Para os *shadow directors*, este requisito deve ser dispensado em detrimento de um outro, que é imperativo: *a necessidade de verificação de um poder efectivo de instrução*, “susceptível de conduzir à qualificação do administrador de direito como um «testa de ferro»”³⁷⁻³⁸. Ou seja, é necessário que o administrador *de jure* se cinja a “acatar cegamente as directivas do administrador oculto”³⁹, sem exercer o seu poder decisório de modo autónomo, no que respeita aos assuntos de alta administração.

Por último, ressalve-se que este tipo de administração fáctica apresenta uma dificuldade acrescida em termos de prova, dado que configura uma “situação mais fluida, mais complexa”⁴⁰ de administração. Efectivamente, na maior parte dos casos, será árduo provar que determinada decisão que é imputável ao órgão de administração, que pode ser colegial, não foi tomada com a autonomia que a lei exige⁴¹.

Concluindo, *grosso modo*, são estes três tipos de administrador de facto que compõem o conceito e que, conjugados com os requisitos enunciados, permitirão, face a um caso concreto, identificar o sujeito e, conseqüentemente, imputar-lhe os actos de *mala gestio* que haja praticado.

³⁷ CABRAL, J. M. Santos, *O Administrador de Facto...*, *op. cit.*, p 140.

³⁸ Note-se que a responsabilização do administrador de facto não afasta a responsabilidade do “homem de palha”, que deve ser submetido às mesmas obrigações que recaem sobre aquele que administra *de facto*. Cfr COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p 33 e ss e n 9; CABRAL, J. M. Santos, *O Administrador de Facto...*, *op. cit.*, p 141, n 91.

³⁹ CABRAL, J. M. Santos, *O Administrador de Facto...*, *op. cit.*, p 140.

⁴⁰⁻⁴¹ RAMOS, M. Elisabete, *Insolvência da Sociedade, Responsabilidade Civil do Administrador de Facto...*, *op. cit.*, <http://elearning.cej.mj.pt>.

CAPÍTULO II - EFECTIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS GERENTES E ADMINISTRADORES DE FACTO PELA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA DA SOCIEDADE

1. A “responsabilização dos dirigentes” no Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência – Breve referência

Pode afirmar-se que, no plano substantivo, o CIRE não contempla nenhuma norma de imputação de danos, ao contrário do CPEREF⁴² que consagrava, expressamente, normas atinentes à “responsabilização” dos gerentes e administradores⁴³.

O seu art. 126.º-A, nº 1⁴⁴ estatuiu a “responsabilização solidária dos dirigentes” das sociedades ou pessoas colectivas que, pelos seus actos, contribuíssem para a situação de falência⁴⁵⁻⁴⁶. O alcance do preceito era completado pelo nº 2 que, exemplificativamente e em auxílio do intérprete-aplicador, ostentava um catálogo de actos considerados susceptíveis de contribuir, em termos significativos, para a falência da sociedade⁴⁷.

Já o art. 126.º-B, nº 1, sob a epígrafe “Depósito do passivo a descoberto”, concedia a possibilidade de qualquer credor ou o MP requererem ao tribunal que fixasse um prazo “para os responsáveis satisfazerem o passivo conhecido da sociedade ou pessoa colectiva,

⁴² Aprovado pelo DL nº 132/93, de 23 de Abril e alterado pelo DL nº 315/98, de 20 de Outubro.

⁴³ Cfr FRADA, M. A. Carneiro da, *A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência in: “Revista da Ordem dos Advogados”*, ano 66, Setembro, 2006, p 669.

⁴⁴ O referido normativo foi aditado, conjuntamente com os arts. 126.º-B e 126.º-C, pelo DL nº 315/98, de 20/10 que veio alterar o DL nº 132/93, de 23/04 que aprovou o CPEREF.

⁴⁵ Neste regime, o MP ou qualquer credor podia requerer, junto do tribunal, a declaração da responsabilidade solidária e ilimitada dos gerentes e administradores de direito ou de facto, bem como a sua condenação no pagamento do respectivo passivo. Esta responsabilização encontrava-se restringida aos actos praticados ao longo dos dois anos anteriores à sentença de declaração da falência.

⁴⁶ Sobre o elenco e a necessidade de verificação de pressupostos cumulativos para a responsabilização solidária dos “dirigentes” vide EPIFÂNIO, M. do Rosário, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, edição PUC, Porto, 2000, p 143.

⁴⁷ Para CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, o nº 2 do art.126.º-A descrevia, exemplificativamente, um conjunto de condutas que levavam o legislador a presumir que os dirigentes de facto tinham contribuído, em termos significativos, para a insolvência da sociedade. Essas presunções seriam, no entanto, presunções relativas (*iuris tantum*) e, como tal, ilidíveis. Cfr FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência Anotado*, 3ª edição, 1999, Quid Juris Editora, Lisboa, p 348, n 3.

a descoberto, à data da declaração da falência, ou apenas o montante do dano por eles causado, se fo[sse] considerado inferior”. Este artigo contemplava ainda duas situações distintas⁴⁸: a *responsabilidade solidária* (do art. 126.º-A) e a *responsabilidade civil* dos fundadores, gerentes, administradores ou directores, nos termos do CSC⁴⁹⁻⁵⁰.

Por sua vez, o art. 126.º-C instituía a figura das “falências conjuntas”⁵¹. De acordo ele, qualquer credor ou o MP poderia requerer a declaração de falência dos responsáveis, depois de decorrido o prazo fixado pelo tribunal para satisfazerem o valor do passivo a descoberto à data da declaração da falência ou, em determinados casos, o montante do dano por eles causado (arts. 126.º-A e 126.º-B).

Quanto ao art. 148.º, nº 2, prescrevia a inibição para o exercício do comércio e para o desempenho de determinados cargos dos gerentes, administradores ou directores enunciados nos arts. 126.º-A e 126.º-B⁵². Este efeito (a inibição) assumia contornos distintos caso se tratasse da falência de uma pessoa singular ou de uma “sociedade ou pessoa colectiva”, pois a inibição das pessoas singulares era um efeito necessário e

⁴⁸ Vide FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *Código dos Processos Especiais...op. cit.*, p 348 e RAMOS, M. Elisabete, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização dos Administradores no Ordenamento Jurídico Português*, in: “Revista de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas”, vol IV, nº 7, 2005 p 7.

⁴⁹ A *responsabilidade solidária* era fixada em função do processo de falência, sendo declarada por apenso no respectivo processo. Já se estivesse em curso uma acção de *responsabilidade civil* à data da declaração de falência, essa acção seguiria um curso autónomo, salvo se tivesse sido requerida a sua apensação (art. 154.º). Porém, mesmo não ocorrendo a dita apensação, o respectivo processo prosseguiria o seu curso normal, não ficando sujeito ao regime dos nºs 2 e ss do art. 126.º-B, que só eram aplicáveis se a responsabilidade do administrador não tivesse sido alvo de decisão judicial anterior ao processo de falência ou se não estivesse em curso acção atinente ao seu apuramento. Por outro lado, caso já existisse, em processo autónomo, decisão sobre o apuramento da responsabilidade, tal decisão deveria ser levada em conta no processo de falência. Vide FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *Código dos Processos Especiais...*, *op. cit.*, p 351; RAMOS, M. Elisabete, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização...*, *op. cit.*, p 8.

⁵⁰ Sobre o alcance da remissão para as normas societárias do CSC cfr EPIFÂNIO, M. do Rosário, *Os Efeitos...*, *op. cit.*, pp 143-144.

⁵¹ Sobre as falências conjuntas, escreveu ROSÁRIO EPIFÂNIO: “teve como finalidade reforçar a posição dos credores concursais, alargando o âmbito patrimonial de que estes se podem socorrer para garantir o pagamento dos seus créditos. Assim, para além da massa patrimonial do devedor falido, e dos sujeitos que, por preencherem determinadas características, são declarados falidos por derivação da falência de certas pessoas colectivas ou sociedades, os credores têm ao seu alcance o património daqueles entes que, por preencherem o art. 126.º-A ou por serem civilmente responsáveis de acordo com o Código das Sociedades Comerciais, são condenados a depositar o passivo da sociedade ou da pessoa colectiva falida a descoberto (nos termos do art. 126.º-B) e não cumprem.” vide EPIFÂNIO, M. do Rosário, *Os Efeitos...*, *op. cit.*, pp 147-148.

⁵² Estes normativos foram aditados pelo DL nº 315/98 que veio limitar o âmbito da norma, de forma a abranger unicamente os sujeitos neles elencados.

automático da declaração de falência (art. 148.º, nº 1)⁵³ ao contrário da inibição dos “gerentes, administradores ou directores”, cuja aplicação dependia do seu contributo para a situação de falência e de uma sentença judicial que a aplicasse⁵⁴ (arts. 148.º, nº 2, 126.º-A e 126.º-B).

Esta breve incursão pelo regime de “responsabilização dos dirigentes” do CPEREF servirá para evidenciar as alterações que o CIRE veio introduzir. Tal como veremos, o legislador concluiu que os regimes outrora consagrados não “se afiguram tecnicamente correctos nem idóneos para o fim a que destinam”⁵⁵, optando por instituir um regime que considerou mais “equânime – ainda que mais severo em certos casos”⁵⁶, denominado “Incidente de Qualificação da Insolvência”.

2. A “responsabilização dos dirigentes” no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

2.1. Introdução

A insolvência de uma sociedade é um acontecimento susceptível de afectar diversos interesses (de sócios, credores e trabalhadores), configurando, do ponto de vista económico e social, um facto especialmente danoso⁵⁷.

Assim, nas palavras de RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, determinado a evitar que o “abrir e fechar empresas colocadas em situação de insolvência continuasse a assumir

⁵³ O que equivale a dizer que existia uma presunção relativa de culpa do falido pessoa singular. Cfr EPIFÂNIO, M. do Rosário, *Os Efeitos...*, *op. cit.*, p 78. Embora sendo um efeito necessário e automático, a pessoa objecto da inibição poderia vir a ser, caso se justificasse, autorizada a exercer as actividades que lhe tinham sido vedadas (art. 148.º, nº 3) ou até mesmo ser levantada a inibição (art. 238.º, nº 1 al. d)). Cfr SERRA, Catarina, *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, 4ª edição, 2010 (reimp), Almedina, Coimbra, 2010, pp 57-58.

⁵⁴ Cfr SERRA, Catarina, *O Novo Regime...*, *op. cit.*, p 57.

⁵⁵⁻⁵⁶ Cfr ponto 40 do preâmbulo do CIRE.

⁵⁷ Cfr FRADA, M. A. Carneiro da, *op. cit.*, p 932.

contornos de *rotina empresarial*⁵⁸, o legislador procedeu à reforma do processo da recuperação de empresas e falência, aprovando o CIRE⁵⁹⁻⁶⁰.

Apesar da insolvência poder dever-se a várias circunstâncias, são especialmente relevantes as situações ocasionadas pelo uso ilícito da personalidade colectiva da sociedade em detrimento dos interesses da própria pessoa colectiva e dos seus credores. A principal medida destinada a combater essas situações consistiu na criação do “Incidente de Qualificação da Insolvência”, regulado pelos artigos 185.º a 191.º do Título VIII, que de acordo com o ponto 40 do preâmbulo, visa instituir uma “maior e eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas colectivas”. A não ser assim, “as finalidades do processo de insolvência e, antes ainda, o próprio propósito de evitar insolvências fraudulentas ou dolosas, seriam seriamente prejudicados se aos administradores (...) de direito ou de facto, não sobrevissem quaisquer consequências sempre que estes hajam contribuído para tais situações”.

Apesar de inovador⁶¹, é um instituto jurídico claramente inspirado na *Ley Concursal* espanhola⁶² (arts. 163.º a 175.º da LC), que tem por objectivo apurar se a insolvência é fortuita ou culposa⁶³, sendo officiosamente aberto com a declaração de insolvência⁶⁴⁻⁶⁵⁻⁶⁶.

⁵⁸ OLIVEIRA, Rui Estrela de, *op. cit.*, p 932.

⁵⁹ 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 e 185/2009 de 12/08.

⁶⁰ Doravante, os normativos citados sem indicação da fonte são respeitantes ao CIRE, salvo se do contexto resultar o contrário.

⁶¹ Para RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, é inovador na medida em que introduz no processo de insolvência “*um incidente processual típico obrigatório* destinado ao julgamento e eventual punição, mediante sanções civis, dos responsáveis pela ocorrência de insolvências culposas.”. Cfr OLIVEIRA, Rui Estrela de, *op. cit.*, p 933.

⁶² Cfr ponto 40 do preâmbulo do CIRE.

⁶³ É notória a influência do direito espanhol, pois o art. 163.1 e 2 da LC dispõe que “El concurso se calificará como fortuito o como culpable.” e “La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito.”. Apesar de não derivarem consequências penais da qualificação da insolvência como culposa, derivam consequências (efeitos) civis, como a “inhabilitación”, a “responsabilidad de administradores y liquidares frente a los acreedores” e “perdida de derechos patrimoniales”. Cfr FERNÁNDEZ, Inés, *De La Calificación Del Concurso*, in: “Estudios Sistemáticos”, Madrid, 2004, p 258.

⁶⁴ Na sentença que declara a insolvência o juiz fixa o carácter pleno ou limitado do incidente de qualificação (art. 36.º, al. i)). A tramitação do incidente pleno rege-se pelos arts. 188.º e 189.º. Do art. 191.º, n.º 1 conclui-se que o incidente pleno é a regra, ficando o limitado reservado para os casos previstos no n.º 1 do art. 39.º e n.º 5 do art. 232.º, sendo-lhe aplicáveis, com as devidas adaptações, as os arts. 188.º e 189.º, com excepção da al. d) *vide* EPIFÂNIO, M. do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 3.ª edição, Almedina,

Adiante veremos que da sentença que qualifica a insolvência como culposa podem⁶⁷ resultar três sanções (art. 189.º, nº 2, als. b) c) e d)). É, portanto, a sentença de qualificação que desencadeia a aplicação das medidas responsabilizadoras (leia-se, os efeitos previstos no art. 189.º, nº 2), que constituem os principais meios punitivos de que o julgador dispõe para responsabilizar os causadores da situação de insolvência. Assim, pela sua relevância prática, cuidaremos de analisá-los.

2.2. A insolvência culposa

Nos termos do art. 185.º, nº 1, a qualificação da insolvência pode revestir uma de duas modalidades: fortuita ou culposa.

Coimbra, 2011, p 138-139 e LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2009, p 272.

⁶⁵ Segundo o art. 187.º, o incidente só não será aberto no caso de ser requerido e aprovado um plano de pagamentos aos credores (art. 259.º, nº 1), ou se ficar provado que a situação de insolvência não se manteve ininterruptamente. Cfr EPIFÂNIO, M. do Rosário, *Manual...*, *op. cit.*, p 284; RAMOS, M. Elisabete, *Insolvência da Sociedade e Efectivação da Responsabilidade Civil dos Administradores*, in: “Boletim da Faculdade Direito de Coimbra”, vol LXXXIII, 2007, p 477.

⁶⁶ Recentemente, a PL nº 39/XII, de 30/12, promete abolir o carácter obrigatório do incidente. De acordo com a PL uma “das novidades consiste na transformação do actual incidente de qualificação da insolvência de carácter obrigatório num incidente cuja tramitação só terá de ser iniciada nas situações em que haja indícios carreados para o processos de que a insolvência foi criada de forma culposa pelo devedor ou pelos seus administradores de direito ou de facto (...)”. Assim, o juiz só decidirá pela abertura do incidente “caso disponha de elementos que justifiquem a abertura do incidente de qualificação da insolvência (...)” (cfr art. 36.º, nº 1 al. i) da PL). Esta solução legal não se encontra isenta de críticas. De acordo com o Parecer da ASJP (MARIA JOSÉ COSTEIRA), esta alteração “demonstra que o legislador não alcançou as críticas que desde sempre foram feitas ao incidente de qualificação e que menciona no memorando de Agosto de 2011. (...) Sempre se defendeu que o incidente deveria passar a ser facultativo e não obrigatório, isto é, que apenas tivesse lugar quando houvesse sérios indícios de insolvência culposa (...)”. Na prática, “a alteração ora preconizada não torna, na verdade o incidente facultativo. O que sucede é que só existirá um incidente a processar por apenso se for invocado ou se o juiz considerar que há indícios de insolvência culposa. Nos outros casos (...) o carácter fortuito é provisoriamente declarado na sentença de insolvência e definitivamente na sentença encerra o processo (...). Uma vez que declarar a insolvência como fortuita não tem qualquer efeito ou significado, melhor seria abolir de todo a declaração de insolvência como fortuita (...)”. Cfr ASJP (MARIA JOSÉ COSTEIRA), *Parecer Sobre o Anteprojecto de Diploma que Altera o Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa*, GEOT, Dezembro de 2011, pp 9-11.

⁶⁷ Para MARIA ELISABETE RAMOS, tal como o CPEREF, o CIRE consagra o “carácter *fragmentário e não automático* dos efeitos responsabilizadores.”. O seu carácter fragmentário deriva do facto de que, ocorrida a insolvência da sociedade, “*só determinadas condutas* – as que se encontram caracterizadas na lei – merecem uma reacção ou sanção aplicada aos administradores afectados (...)”. Já o seu efeito não automático concerne ao facto da sua aplicação depender de uma sentença judicial, que não a de declaração da insolvência. Cfr RAMOS, M. Elisabete, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização...*, *op. cit.*, p 6 e n 3.

O legislador português optou por não consagrar uma definição legal de insolvência fortuita. Mas definiu positivamente a insolvência culposa no art. 186.º, n.º1⁶⁸, concluindo-se que será havida como fortuita toda a insolvência que não for culposa⁶⁹. Mas sendo culposa acarreta consequências⁷⁰ gravosas para os sujeitos afectados⁷¹.

O n.º 1 do art. 186.º vem estabelecer a presunção de que a insolvência “é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, *de direito ou de facto*, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência”⁷² (itálico nosso). O conceito de insolvência culposa é-nos dado através desta noção geral que, simultaneamente, estabelece os seus pressupostos⁷³, que são: *i*) a acção ou omissão⁷⁴ do administrador de direito ou de

⁶⁸ O art. 164.º do projecto da LC estatuiu que a insolvência seria culposa “cuando en la generación o agravación del estado de insolvência hubiera dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.” Cfr GARAU, Guillermo Alcover, *Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal*, in: “Derecho Concursal”, dir. R. Garcia Villaverde/A. Alonso Ureba/J. Pulgar Ezquerra, Dilex, Madrid, 2003, p 184.

⁶⁹ RAMOS, M. Elisabete, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização...*, *op. cit.*, p 23.

⁷⁰ De acordo com a doutrina, os efeitos oriundos da declaração da insolvência como culposa são “efeitos eventuais”, pois necessitam, para além da existência de uma sentença de declaração de insolvência, da verificação de requisitos adicionais. Cfr EPIFÂNIO, M. do Rosário, *Efeitos da Declaração de Insolvência Sobre o Insolvente e Outras Pessoas* in: “Estudos de Homenagem ao Senhor Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita”, vol I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp 798-803 e *Manual...*, *op. cit.*, pp 74 e ss; DUARTE, Rui Pinto, *Efeitos da Declaração de Insolvência Quanto à Pessoa do Devedor*, in: “Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência”, 2005, p 143; SERRA, Catarina, *O Novo Regime...*, *op. cit.*, p 121. Sobre a distinção entre os “efeitos necessários” e os “efeitos eventuais” vide SERRA, Catarina, *As Novas Tendências do Direito Português da Insolvência – Comentário ao Regime dos Efeitos da Insolvência Sobre o Devedor no Projecto do Código da Insolvência*, in: “Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho”, Almedina, Coimbra, 2004, pp 203-228; SERRA, Catarina, *O Novo Regime...*, *op. cit.*, pp 40-59.

⁷¹ A qualificação da insolvência afecta todas as pessoas que directa ou indirectamente tenham contribuído para a situação de insolvência. Cfr FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris Editora, Lisboa, 2008, p 624, n 6.

⁷² Segundo RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, o âmbito subjectivo da norma visa os administradores de facto do devedor. Já o âmbito objectivo pretende visar os comportamentos (positivos ou negativos) que contribuíram para produção ou agravamento do estado de insolvência. Cfr OLIVEIRA, Rui Estrela de, *op. cit.*, pp 966-968.

⁷³ Cfr OLIVEIRA, Rui Estrela de, *op. cit.*, pp 967. Também a jurisprudência tem aceiteado os mesmos pressupostos para a definição do conceito de insolvência culposa. Cfr, p.ex, o Ac Rel Co, de 19/01/2010 (ISAÍAS PÁDUA): “I - O art.º 186.º do CIRE define o conceito de insolvência culposa, com o estabelecimento dos seus pressupostos, através da formulação de uma noção geral (n.º1) (...) II - Dessa noção geral resulta que são pressupostos do conceito de insolvência: (...)”.

⁷⁴ A redacção do n.º 1 do art.186.º possibilita a inclusão de comportamentos que se traduzam em acções ou omissões, o que parece correcto, uma vez que na prática empresarial é possível encontrar-se diversos comportamentos omissivos que põem em crise o desempenho económico das empresas e que podem conduzi-las à situação de insolvência. RUI ESTRELA DE OLIVEIRA lembra aqueles casos “em que determinado

facto; *ii*) a prévia de declaração de insolvência por sentença transitada em julgado; *iii*) a produção ou agravamento do estado de insolvência; *iv*) o estabelecimento de um nexo de causalidade entre a acção ou omissão do administrador da devedora e a criação ou agravamento do estado de insolvência⁷⁵; *v*) a existência de dolo⁷⁶ ou culpa grave⁷⁷ na prática daquela acção ou omissão; *vi*) ter a acção ou omissão sido praticada dentro dos três anos anteriores ao início do processo de insolvência⁷⁸.

No que às sociedades diz respeito, no n.º 2, o legislador procedeu à enumeração taxativa dos casos que fatalmente qualificou de insolvência culposa⁷⁹ - ⁸⁰ - ⁸¹ e que

administrador que, não informado juridicamente, deixa de pagar as prestações referentes a um contrato de compra e venda a prestações de valiosa maquinaria, essencial à produtividade da empresa, para aplicar o dinheiro em incertos investimentos de curto prazo, mas negligenciando a contratualmente acordada reserva de propriedade, que permitiu à empresa vendedora resolver o contrato, recuperar a maquinaria e exigir elevadas penalizações financeiras, levando a uma paragem na produção pelo período de um mês, que foi determinante na situação de insolvência em que a empresa foi colocada”. Cfr OLIVEIRA, Rui Estrela de, *op. cit.*, p 968.

⁷⁵ Na doutrina e na jurisprudência é aceite a necessidade de existência de um nexo de causalidade entre a actuação e a situação de insolvência. Na doutrina, entre outros, LEITÃO, Luís Menezes, *op. cit.*, p 269 e OLIVEIRA, Rui Estrela de, *op. cit.*, p 968. Na jurisprudência, entre outros, Ac Rel Po. de 10/02/2011, (FREITAS VIEIRA), “A mera alegação de alguma das situações descritas nos n.ºs 2 e 3 do art.º 186.º do CIRE não é suficiente para a qualificação da insolvência como culposa, exigindo-se, ainda, a alegação e prova do nexo de causalidade entre a actuação ali presumida e a situação da insolvência nos termos previstos no n.º 1 do mesmo artigo.”; Ac Rel Gui. de 12 /03/2009, (MANSO RAINHO), ”... II – (...) exige, assim, uma relação de causalidade entre a conduta (dolosa ou gravemente culposa) do devedor e a situação de insolvência. III - O devedor pode ter agido dolosamente ou com culpa grave, mas se em nada contribuiu para a criação ou agravamento da insolvência não pode esta ser qualificada de culposa.”.

⁷⁶ Segundo MARIA ELISABETE RAMOS, determinada actuação de um administrador pode dizer-se dolosa “quando aquele conhece da situação da sociedade e assume condutas que mostram que quer ou que se conforma com a insolvência ou o seu agravamento.”. E não tendo o legislador feito qualquer distinção, será relevante quer o *dolo directo*, o *dolo necessário* ou o *dolo eventual*. Acerca da distinção entre as várias modalidades de dolo *vide* RAMOS, M. Elisabete, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização...*, *op. cit.*, pp 23-24; OLIVEIRA, Rui Estrela de, *op. cit.*, p 968 e ss e SERRA, Catarina, “*Decoctor Ergo Fraudator*” – *A Insolvência Culposa; (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)*, in: “Cadernos de Direito Privado”, n.º 21, Jan – Mar, 2008, pp 54 e ss.

⁷⁷ Para RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, apenas se terá como relevante a culpa grave, excluindo-se os conceitos de *culpa leve e levíssima*. A culpa grave “pode ser definida como aquela com que o agente que omite os deveres de cuidado que só uma pessoa especialmente descuidada, incauta e desleixada deixaria de respeitar”, podendo assim ser equiparada à culpa grosseira ou à negligência grosseira. Cfr OLIVEIRA, Rui Estrela de, *op. cit.*, pp 968-969. A propósito da (eventual) razão para o legislador ter excluído da noção de insolvência a culposa a culpa leve e levíssima, cfr RAMOS, M. Elisabete, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização...*, *op. cit.*, pp 25-27.

⁷⁸ CARNEIRO FRADA entende que o período de três anos não visa instituir um prazo prescricional ou de caducidade de um determinado direito. Para o Autor, trata-se apenas de “uma modelação temporal da situação de responsabilidade relevante” que “não carece de ser invocada, sendo, como todo o direito objectivo, de conhecimento oficioso” *vide*, FRADA, M. A. Carneiro da, *op. cit.*, pp 690-691.

⁷⁹ Segundo FÁTIMA RIBEIRO, as nove alíneas do n.º 2 do art. 186.º ilustram comportamentos que atentam contra o património social, contra a existência da sociedade ou contra a avaliação rigorosa da

constituem verdadeiras presunções *iures et de iure*⁸². Saliente-se que não só se estabelece (inilidivelmente) o conjunto de condutas ilícitas e culposas do administrador de facto⁸³, como “também faz presumir *iuris et de iure* a causalidade da violação ilícita e culposa de determinados deveres em relação à insolvência”⁸⁴.

O nº 3, por sua vez, consagra duas situações (als. a)⁸⁵ e b)) em que se presume, *iuris tantum*, a existência de culpa grave⁸⁶ e que, à semelhança do nº 2, configuram um elenco fechado, apesar de admitirem desculpação.

situação patrimonial da sociedade e que põem em causa o interesse dos credores sociais. Cfr RIBEIRO, M. de Fátima, *A Tutela...*, *op. cit.*, pp 487-488.

⁸⁰ O legislador baseou-se claramente nas hipóteses que compunham o art. 126.º-A, nº2 do CPREF. Vide FRADA, M. A. Carneiro da, *A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência in: “Revista da Ordem dos Advogados”*, ano 66, Setembro, 2006, p 691; SERRA, Catarina, “*Decoctor Ergo Fraudator*”..., *op. cit.*, p 63-64.

⁸¹ Muitos dos comportamentos elencados no normativo em apreço correspondem a manifestações do dever de lealdade. Cfr COSTA, Ricardo, *Deveres Gerais dos Administradores e Gestor Criterioso e Ordenado*, in: “I Congresso Direito das Sociedades em Revista”, Almedina, Coimbra, 2011, p 180, n 96; FRADA, M. A. Carneiro da, *op. cit.*, p 680. No sentido de que não só sobre os administradores de direito impendem “deveres legais gerais” (art.64.º, nº 1 do CSC), entre os quais o dever de lealdade, vide COSTA, Ricardo, *Deveres Gerais...*, *op. cit.*, p 164.

⁸² Do ponto de vista da tutela do lesado, as presunções conferem-lhe a vantagem de não necessitar de fundamentar a ilicitude do comportamento dos administradores, pois essa ilicitude é especificamente assinalada pelo legislador. O mesmo é possível afirmar relativamente à culpa. Ocorrendo alguma das situações previstas a culpa (grave) presume-se, não sendo admitida qualquer alegação ou demonstração de alguma causa de desculpação. Neste sentido, FRADA, M. A. Carneiro da, *op. cit.*, pp 691-692.

⁸³ Onde se incluem os sócios que exercem a administração da sociedade através do domínio e influência que sobre ela detêm. Sobre a responsabilidade do sócio controlador enquanto “gerente de facto” vide RIBEIRO, M. de Fátima, *A Tutela...*, *op. cit.*, pp 457-476.

⁸⁴ FRADA, M. A. Carneiro da, *op. cit.*, p 692.

⁸⁵ A al. a) parece estender a obrigação de apresentação da sociedade à insolvência ao administrador de facto, apesar de o art. 19.º não o fazer expressamente. Neste sentido, RIBEIRO, M. de Fátima, *A Tutela...*, *op. cit.*, p 488, n 200. Relativamente à responsabilidade perante os credores da sociedade (e perante os “novos credores”) ocasionada pela violação deste dever e sobre a urgente necessidade de uma solução uniformizadora no espaço europeu vide RIBEIRO, M. de Fátima, *A Responsabilidade dos Administradores na Crise da Empresa*, in: “I Congresso Direito das Sociedades em Revista”, Almedina, Coimbra, 2011, pp 391-413.

⁸⁶ Para CATARINA SERRA as als. a) e b) do nº 3 do art.186.º equiparam-se, em grande medida, às situações previstas nas als. h) e i) do nº 2. Aliás, adverte que no ordenamento espanhol ambas as hipóteses estão reguladas conjuntamente e são complementares (art. 165.º, 1.º e 2.º da LC). Daí que não vislumbre a razão de serem sancionadas de modo distinto (as als. h) e i) do nº 2 presumem a *insolvência culposa*, ao passo que as als. a) e b) do nº 3 presumem a *culpa grave*). Acaba, assim, por concluir que “as presunções [do nº 3] não são simplesmente de culpa qualificada – no (*facto praticado* –, são de culpa qualificada na insolvência”. Vide SERRA, Catarina, “*Decoctor Ergo Fraudator*”..., *op. cit.*, p 66-69.

2.3. A sentença de qualificação da insolvência como culposa e os seus efeitos

Como constatámos, o CPEREF instituíra uma diferenciação de tratamento dos administradores consoante o relevo das suas condutas assumiam na causação ou agravamento da insolvência. Tal facto era visível no art. 148.º, n.º 2 do CPEREF onde se preceituava que a inibição para o comércio ou para a ocupação de determinados cargos visava *apenas* os sujeitos enunciados nos arts. 126.º-A e 126.º-B.

Actualmente, o CIRE manifesta a mesma tendência. À luz da lei vigente, a responsabilização pessoal dos administradores de facto depende, antes de mais, de uma sentença que qualifique a insolvência como culposa (art. 189.º, n.º 1). E porque só as *peçoas afectadas* (art. 182.º, n.º 2, a)) por essa qualificação serão submetidas às sanções previstas no n.º 2 do art. 189.º, a sentença deverá designá-las expressamente. Por outras palavras, da sentença de insolvência culposa constará quais os *administradores de facto afectados*, por terem contribuído ou agravado a insolvência através das suas condutas dolosas ou por negligência grosseira⁸⁷. Este propósito de seleccionar/identificar os responsáveis pela situação de insolvência encontra-se presente em várias normas do CIRE⁸⁸.

⁸⁷ Neste sentido, RAMOS, M. Elisabete, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização...*, *op. cit.*, p 28. Para a Autora, os n.ºs 1 e 2 do art. 186.º, ao contemplarem apenas o devedor e seus administradores de facto, aparentemente, excluem os titulares do órgão de fiscalização. O que significa que estes não poderão ser afectados pela declaração de insolvência culposa, podendo, contudo, ser responsabilizados ao abrigo do art. 82.º, n.º 2 a) *vide* RAMOS, M. Elisabete, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização...*, *op. cit.*, p 28, n 78. Recentemente, a PL n.º 39/XII de 30/12/2011 prevê uma solução legal diversa. Estabelece a nova redacção do art.189.º, n.º 2: “Na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve: a) Identificar as pessoas, nomeadamente (...) técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas (...);”. Não obstante, ROSÁRIO EPIFÂNIO, alerta para a o facto do art. 186.º continuar inalterado, contemplando ainda a redacção que apenas se refere ao “devedor, ou seus administradores, de direito ou de facto”. Assim, para evitar conflitualidades será necessário harmonizar os preceitos, instituindo, ou não, a qualificação dos TOCs e ROCs pela insolvência culposa, caso contrário o art. 186.º terá que ser objecto de uma interpretação correctiva. Cfr EPIFÂNIO, M. do Rosário, *O Incidente de Qualificação de Insolvência*, CEJ, 20/01/2012, disponível em <http://elearning.cej.mj.pt>.

⁸⁸ Como evidencia MARIA ELISABETE RAMOS “nos termos do art. 188.º, n.ºs 2 e 5, do CIRE, os pareceres do administrador da insolvência e do Ministério Público, se for o caso, identificam as pessoas que devem ser afectadas pela qualificação da insolvência como culposa. Das várias alíneas do art. 189.º, n.º 2, do CIRER, resulta, de forma reiterada, que os efeitos aí referidos se cingem às pessoas afectadas. O n.º 3 do art. 189.º do CIRE volta a referir a «pessoa afectada». Por conseguinte, é inequívoca esta linha de discriminação

Segundo o art. 189.º, n.º 2, são três as sanções que podem ser aplicadas: i) a *inabilitação* das pessoas afectadas por um período de 2 a 10 anos (al. b)); ii) a *inibição* para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos (al. c)); iii) a *perda de quaisquer créditos* sobre a insolvência (art.47.º) ou sobre a massa (art.51.º) detidos pelas pessoas afectadas e a sua condenação na *restituição* dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos (al. d)).

Relativamente à primeira há que referir que constitui um efeito novo. Depois, há que notar que é tida como o mais gravoso e também como o mais polémico desses efeitos. A sua controvérsia radica no facto de configurar uma cópia imperfeita do art.172, 2, 2.º da LC de 22/2003, que determina a “inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos”. Posto isto, é notório que o legislador se limitou a copiar mal a norma, descurando o seu verdadeiro sentido e sem ter em devida conta a articulação dela com o regime civil da incapacidade⁸⁹. Ou seja, o legislador português não teve em atenção que a norma espanhola se destina a limitar a capacidade das pessoas afectadas para representarem *outras pessoas* (singulares ou colectivas) e administrarem *patrimónios alheios* e não privá-las da disposição dos seus próprios bens. O que faz toda a diferença se entendermos que a inabilitação do CIRE deve ser interpretada de acordo com o regime das incapacidades dos arts. 152.º a 156.º do CC⁹⁰.

na aplicação dos efeitos próprios da insolvência culposa” *vide* RAMOS, M. Elisabete, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização...*, *op. cit.*, p 28 e n 79.

⁸⁹ O Parecer da ASJP (MARIA JOSÉ COSTEIRA) refere: “Não sendo claro o objectivo do legislador é certo que esta “inabilitação” é, do ponto de vista terminológico, um erro. A inabilitação é um instituto de direito civil que se destina a impedir determinadas pessoas, por razões concretas e que se prendem com a protecção do próprio inabilitado, de poder dispor dos seus bens. (...) Tendo presente o instituto civil da inabilitação não faz qualquer sentido decretar o afectado pela qualificação “inabilitado (...)” Cfr ASJP (MARIA JOSÉ COSTEIRA), *Parecer...*, *op. cit.*, p 25.

⁹⁰ No sentido de que a inabilitação acarreta as mesmas consequências da incapacidade civil dos arts. 152.º a 156.º do CC *vide*, entre outros, OLIVEIRA, Rui Estrela de, *op. cit.*, pp 984-987. Defendendo que o recurso às normas civis apenas se deverá operar título subsidiário *vide* ABREU, J. M. Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, vol I, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp 132 e ss; DUARTE, Rui Pinto, *op. cit.*, pp 131-150.

Por não pretendermos dar azo a uma análise exaustiva da problemática em torno da norma, diremos apenas que este efeito suscitou, desde cedo, estranheza entre a doutrina. Isto porque as incapacidades de exercício visam defender os incapazes, ao contrário do CIRE que usa a inabilitação como um expediente sancionatório⁹¹. Por outro lado, COUTINHO DE ABREU lembra que os insolventes e seus administradores, por regra, não padecerão da falta ou diminuição de certas qualidades natural-pessoais⁹².

Não obstante, a polémica à volta da al. b) do n.º 2 do art.189.º originou o Acórdão do TC n.º 173/2009, de 2 de Abril de 2009⁹³ que decretou a sua inconstitucionalidade com força obrigatória geral, *quando aplicada a administrador de sociedade comercial declarada insolvente*. Tal decisão fundou-se no facto de o normativo em assunto violar os arts. 18.º, n.º 2 e 26.º, n.º 1 da CRP, bem como o princípio da proporcionalidade⁹⁴.

Recentemente, e derivado à sua inconstitucionalidade, veio o legislador, através da PL n.º 39/XII que procede à sexta alteração do CIRE, sugerir uma nova redacção: “Decretar a *inibição* das pessoas afectadas para administrarem *patrimónios de terceiros*, por um período de 2 a 10 anos;” (itálico nosso). Tal solução legal revela-se mais harmoniosa com o disposto na LC espanhola e mais congruente com os objectivos que o CIRE se propõe a prosseguir.

⁹¹ A inabilitação priva o sujeito da capacidade jurídica plena, o que o impede de integrar o órgão de administração das sociedades (arts. 252.º, 390.º, n.º 3, 425.º, n.º 6,d) e 487.º do CSC) e a superveniência de causas de incapacidade comina na imediata cessação de funções do membro do conselho de administração (art. 425.º, n.º 7 do CSC). Cfr RAMOS, M. Elisabete, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização...*, *op. cit.*, p 29.

⁹² ABREU, J. M. Coutinho, *Curso...*, *op. cit.*, p 125.

⁹³ Publicado no DAR, IS., de 04 /05/2009, pp 2518-2523.

⁹⁴ Em geral, a fundamentação do Ac. assentou no argumento de que o regime das incapacidades civis se destinar a regular uma “incapacidade natural” que cria uma série de incapacidades pessoais de gozo, de exercício e de agir. A finalidade subjacente ao instituto civilístico é, assim, a preservação dos interesses dos incapazes e não a protecção dos seus credores, que é o principal objectivo do CIRE (arts. 81.º e ss). Além do mais, o TC entendeu também que a inabilitação consagrada no CIRE não contribuía para a defesa dos interesses gerais do tráfico, sobretudo no que toca a acautelar os interesses de credores futuros, uma vez que esses não poderiam invocar a invalidade dos actos praticados pelo inabilitado. Quanto à violação do princípio da proporcionalidade, para o TC a inabilitação é uma “...”pena” [que] fere o sujeito sobre quem recai com uma verdadeira *capitis diminutio* (...) Consequência que, tendo também presente a globalidade dos efeitos da insolvência, e em particular a inibição para o exercício do comércio, não pode deixar de ser vista como inadequada e excessiva.”

Diferentemente, tal como refere RUI ESTRELA DE OLIVEIRA⁹⁵, na alínea c) está incita a preocupação do legislador relativamente à tutela do interesse público da segurança e confiança do tráfego económico e comercial⁹⁶.

Uma vez apurada a causa e o responsável pela situação de insolvência, constata-se que a inibição surge como uma “sanção natural”⁹⁷. Sanção essa que, de acordo com COUTINHO DE ABREU, não configura uma verdadeira incapacidade, mas sim “uma incompatibilidade (absoluta) – impossibilidade legal do exercício do comércio por pessoa afectada pela qualificação da insolvência como culposa”⁹⁸. Porém, tal como a inabilitação, é temporária, cabendo ao juiz fixar a sua duração que poderá variar entre 2 e 10 anos.

Por fim, a alínea d) surge como sanção⁹⁹ dos comportamentos que estiveram na base da qualificação da insolvência como culposa, tendo o legislador entendido que as pessoas afectadas não devem beneficiar dos créditos que lhes couberem. Assim, o juiz há-se condená-las na perda dos créditos ou à sua restituição, caso estes já tenham sido pagos.

De acordo com FÁTIMA RIBEIRO, na qualificação da insolvência como culposa, este efeito representa a única consequência específica de carácter patrimonial que impende sobre os sujeitos afectados e que visa proporcionar uma melhor satisfação dos credores do insolvente¹⁰⁰.

Concluindo, nas palavras de CARNEIRO DA FRADA, comparativamente ao direito anterior, o regime actualmente vigente “dificulta a efectivação da responsabilidade contra os administradores”¹⁰¹, pois, tal como afirma FÁTIMA RIBEIRO, embora dele resulte que os efeitos da declaração da insolvência sejam extensíveis, quase na sua totalidade, aos administradores de facto, o património destes já não responde, em termos gerais, perante os credores da sociedade insolvente. O que equivale a dizer que já “não existe a figura das

⁹⁵ Cfr OLIVEIRA, Rui Estrela de, *op. cit.*, p 983.

⁹⁶ De acordo com CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, a al. b) revela uma atitude de “desconfiança” quanto à actuação, na área económica, de quem, derivado ao seu comportamento culposos ou com culpa grave, contribuiu para a situação de insolvência *vide* FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência...*, *op. cit.*, p 189, n 9.

⁹⁷ Cfr OLIVEIRA, Rui Estrela de, *op. cit.*, p 983.

⁹⁸ Cfr ABREU, J. M. Coutinho, *Curso...*, *op. cit.*, p 126.

⁹⁹ Cfr FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência...*, *op. cit.*, p 189, n 10.

¹⁰⁰ Cfr RIBEIRO, M. de Fátima, *A Tutela...*, *op. cit.*, p 489.

¹⁰¹ FRADA, M. A. Carneiro da, *op. cit.*, p 671.

falências conjuntas, nem tão pouco a responsabilização solidária dos dirigentes, ou a obrigação de depósito do passivo a descoberto”¹⁰².

Perante tal realidade diz o primeiro dos Autores: “era certamente de esperar que numa época marcada pelo agudizar do fenómeno da insolvência no nosso país e tendo em conta o objectivo, professado solenemente no preâmbulo do CIRE, de alcançar “uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares da empresa e dos administradores da pessoa colectiva”, que se regulasse com especial decisão a questão.”¹⁰³.

3. A (nova) alínea e) do nº 2 do artigo 189.º da Proposta de Lei nº 39/XII de 30 de Dezembro de 2011¹⁰⁴

Consciente da eminente necessidade de se reforçar a “responsabilidade assacada aos (...) administradores de direito ou de facto no caso de estes terem sido causadores da situação de insolvência com culpa”¹⁰⁵, o legislador fez aprovar em CM a PL nº 39/XII que contém um novo preceito destinado à responsabilização patrimonial dos administradores de facto.

Destacamos então, dentre outras alterações significativas, a alínea e) do nº 2 do art.189.º, porventura, “a mais importante no capítulo da qualificação da insolvência”¹⁰⁶. Segundo esta, o juiz deve, na sentença em que qualifique a insolvência como culposa, “condenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respectivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afectados”¹⁰⁷.

¹⁰² Cfr RIBEIRO, M. de Fátima, *A Tutela...*, *op. cit.*, p 489.

¹⁰³ FRADA, M. A. Carneiro da, *op. cit.*, p 670.

¹⁰⁴ Publicada no DAR II, série A, nº 63/XII/1 em 09/11/2011, pp 2-75.

¹⁰⁵ O segmento transcrito corresponde ao 2.º parágrafo, p 1, da “Exposição dos Motivos” que acompanha a PL nº 39/XII. Interpolação nossa.

¹⁰⁶ ASJP (MARIA JOSÉ COSTEIRA), *Parecer...*, *op. cit.*, p 26.

¹⁰⁷ Porém, esta não foi a tendência que o legislador revelou *ab initio*, pois o Anteprojecto de Diploma apresentava uma redacção algo diferente: na sentença que qualifica a insolvência como culposa, o juiz deveria “e) Condenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente pelos prejuízos que estes hajam sofrido, até às forças dos respectivos patrimónios (...)” (itálico nosso). A este

Muitos foram os pareceres dados a propósito do Anteprojecto do Diploma¹⁰⁸ e nem todos foram abonatórios no sentido de acolherem, sem reservas, este novo efeito¹⁰⁹.

Sobre a redacção que acabou por vingar na PL, de um ponto de vista essencialmente prático, ROSÁRIO EPIFÂNIO tece, habilmente, algumas considerações¹¹⁰.

Desde logo, nota que a responsabilidade ora consagrada é solidária entre as pessoas afectadas pela qualificação, apesar de existir uma repartição interna dessa responsabilidade, nos termos da al. a) do n.º 2 do art. 189.º, que impõe ao juiz a fixação do grau de culpa das pessoas afectadas. Depois, que esta responsabilidade é limitada ao valor do passivo a descoberto e não ao montante dos danos efectivamente causados aos credores, como constava do Anteprojecto. Significa isto que os credores apenas deverão ser indemnizados no montante dos créditos não satisfeitos, não podendo a indemnização ser *superior* a esse montante. Coloca, então, a questão de saber como se devem reger os casos em que o dano causado for *inferior* a esse valor, concluindo que comparativamente ao art. 126.º-B, n.º 1 do CPEREF, a proposta de lei não é muito clara. Ainda neste âmbito, sublinha o facto de a responsabilidade abarcar todos os créditos que ficaram por satisfazer,

respeito, o Parecer da ASJP alertou que a expressão “pelos prejuízos que estes hajam sofrido” era potenciadora de diversas interpretações, sublinhando a necessidade de ser alterada em função do regime geral da responsabilidade civil. Já o Parecer da OA assinalou o facto da expressão “até às forças dos respectivos patrimónios” carecer de rigor jurídico e não definir com clareza o seu alcance. *Vide*, respectivamente, ASJP (MARIA JOSÉ COSTEIRA), *Parecer...*, *op. cit.*, pp 26-27 e OA, *Comentários e Sugestões ao Anteprojecto de Diploma que Altera o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, ponto II, bb).

¹⁰⁸ Pareceres: CSM, CSMP, CSTAF, OA, CS, APAJ, ASJP, SMMP e SFJ, todos eles disponíveis em <http://www.parlamento.pt>.

¹⁰⁹ O Parecer da OA, apesar de louvar o esforço legislativo na prossecução da responsabilização patrimonial dos sujeitos afectados, criticou o facto de os beneficiários directos dessa responsabilidade serem os credores e não a massa insolvente. O parecer da ASJP também não se poupou a críticas. Em suma, começou por alertar que o novo efeito pode vir a comprometer a tão desejada celeridade do incidente de qualificação (que tem natureza urgente – art. 9.º). Depois, estabelecendo a equiparação da alínea e) às situações de responsabilidade do art. 483.º do CC, advertiu para a dificuldade da prova dos requisitos da responsabilidade aquiliana por o incidente de qualificação não reunir as mesmas garantias de defesa que uma acção declarativa de condenação normal. Assim, concluiu que a solução mais viável consistiria em inserir duas alíneas no art. 82.º, com o seguinte teor: “Compete ao administrador da insolvência (...) intentar, contra os afectados pela qualificação, acção de responsabilidade civil”; e “Os administradores condenados na acção referida no n.º anterior respondem até às forças dos respectivos patrimónios, sendo a responsabilidade solidária entre os afectados.”. Tais acções assegurariam melhor os direitos de defesa e também evitariam que o incidente de qualificação deixasse de ser, na prática, um incidente, para passar a ser uma verdadeira acção declarativa de condenação. *Vide*, respectivamente, OA, *Comentários...*, *op. cit.*, ponto II, bb) e ASJP (MARIA JOSÉ COSTEIRA), *Parecer...*, *op. cit.*, p 27.

¹¹⁰ As conclusões ora expostas correspondem aos ensinamentos da referida Autora no âmbito de um curso ministrado no CEJ, subordinado ao tema *O Incidente de Qualificação de Insolvência*. *Vide* EPIFÂNIO, M. Rosário, *O Incidente de Qualificação de Insolvência*, disponível em <http://elearning.cej.mj.pt>.

ficando assim abrangidos os créditos sobre a massa, créditos sobre a insolvência, créditos comuns, garantidos e até os subordinados.

Outra questão que levanta prende-se com a expressão “até às forças dos respectivos patrimónios dos responsáveis”. No seu entendimento, fica por esclarecer: *i)* se esta formulação é uma mera repetição do regime geral do art. 601.º do CC; *ii)* se ficam sem efeito as eventuais causas legítimas de preferência ou; *iii)* se com esta hipótese se pretendem abranger os casos em que o “administrador” seja uma pessoa colectiva, divisando-se assim o património deste do património pessoal dos seus sócios.

Quanto ao destino dos montantes indemnizatórios, diz que o beneficiário directo é a massa insolvente e que os valores integrados na massa devem ser distribuídos pelos credores cujos créditos tenham ficado por satisfazer, devendo a soma distribuída corresponder à medida dessa insatisfação e respeitar a graduação previamente fixada na sentença de verificação e graduação de créditos. Sustenta esta posição nos seguintes argumentos: *i)* a responsabilidade concursal/insolvental destina-se, primeiro que tudo, à satisfação dos interesses dos credores; *ii)* assiste-lhe um argumento de maioria de razão que radica nas regras concursais que são aplicáveis à responsabilidade societária (art. 82º); *iii)* a condenação em indemnizar é um dever funcional do administrador da insolvência e não uma faculdade.

Destaca também que, dada esta alteração, os credores passarão a estar tutelados, simultaneamente, por dois regimes de responsabilidade, os quais designa de “responsabilidade insolvental” (art. 189.º nº 2 e) e de “responsabilidade societária”. Este segundo tipo de responsabilidade é regulado fora do CIRE, tendo, no entanto, sido objecto de uma adaptação ao processo de insolvência através de três vias essenciais (art. 82.º): *i)* é reservada ao administrador da insolvência a legitimidade processual exclusiva para intentar e fazer prosseguir as acções de responsabilidade dessas acções; *ii)* essas acções correm por apenso ao processo de insolvência; *iii)* as quantias pagas revertem a favor da massa insolvente.

Apesar de ser facultado o recurso à responsabilidade societária, a Autora encontra vantagens em se prever uma responsabilidade insolvental. Por um lado, é facilitada a prova dos vários pressupostos constitutivos da responsabilidade civil, bem como a prova

em matéria de danos indemnizáveis, cujo montante vai estar dissociado do nexo de causalidade do facto que o gerou. Por outro lado, está circunscrita aos actos praticados nos três anos anteriores ao início do processo.

Não obstante, admite continuar a fazer sentido, em certos casos, a propositura de acções de responsabilidade societária, particularmente no que respeita às situações em que os danos sofridos pelos credores sejam *superiores ao passivo a descoberto*, ou nos casos em que os actos praticados *extravaseem o limite temporal dos três anos* e ainda se danos resultarem de uma actuação com *culpa leve*.

Assim, por serem manifestamente relevantes os casos em que a responsabilidade dos administradores de facto pela insolvência da sociedade é vindicada através da aplicação das normas jurídicas societárias dedicaremos o capítulo seguinte para aflorar o tema.

CAPÍTULO III – EFECTIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE FACTO NA PENDÊNCIA DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA

1. Introdução

No capítulo anterior, debruçámo-nos sobre a questão da responsabilidade do administrador de facto pela declaração de insolvência da sociedade, enfatizando as consequências legais que derivam da qualificação da insolvência como culposa.

No entanto, a responsabilização perante a sociedade insolvente ou perante a generalidade dos credores pode também ser lograda através da propositura de acções de responsabilidade *na pendência do processo de insolvência*, pois, como já vimos, o CIRE integra normas da disciplina jurídico-societária da responsabilidade civil.

Esta hipótese encontra-se no art. 82.º, nº 2 al. a) que incorpora desvios ao regime da “responsabilidade societária” que respeitam, essencialmente, à legitimidade do administrador da insolvência. Com efeito, dispõe o nº 2 do art. 82.º que “Durante a pendência do processo de insolvência, o administrador da insolvência tem *exclusiva legitimidade* para propor e fazer seguir: a) As acções de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do próprio devedor, contra os (...) *administradores de direito e de facto*¹¹¹ (...), independentemente do acordo do devedor ou dos seus órgãos sociais, sócios, associados ou membros;”.

Tais acções correm por apenso (art. 82.º, nº 5) mas são independentes em relação ao incidente de qualificação da insolvência, o que implica consequências. Como denota CARNEIRO DA FRADA, “o caso absolutório (de culpa) neste incidente – quando se decidiu,

¹¹¹ COUTINHO DE ABREU refere que a letra da lei não prima pelo rigor uma vez que deveria estar escrito “administradores de direito *ou* de facto”, como, aliás, está patente nos restantes arts. Cfr ABREU, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p107, n 212. Na verdade, a redacção que consta do CIRE pode suscitar questões interpretativas, atento o facto de, como constata RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, existirem situações em que o administrador de direito pode não o ser *de facto*. Vide OLIVEIRA, Rui Estrela de, *O Incidente de Qualificação de Insolvência – A Insolvência Culposa*, disponível em <http://elearning.cej.mj.pt>.

portanto, pelo carácter fortuito da insolvência – não atinge as acções de responsabilidade civil. Mas as últimas também não aproveitam do caso julgado condenatório (...)”¹¹².

Em todo o caso, a *legitimidade exclusiva* do administrador da insolvência evita a propositura de uma pluralidade de acções de responsabilidade desencadeadas pelos diversos credores, que resultariam na complexificação do processo de insolvência, bem como na desigualdade e mora na satisfação dos interesses dos credores da sociedade insolvente¹¹³.

2. Legitimidade exclusiva do administrador da insolvência para propor e fazer seguir acções de responsabilidade contra o administrador de facto – Artigo 82.º, nº 2, al. a)

Na pendência do processo, o administrador da insolvência¹¹⁴ tem *legitimidade exclusiva* para propor e fazer seguir as *acções de responsabilidade a favor da sociedade insolvente* contra os administradores de facto. Nessas acções assume a posição processual de *autor*, litigando em nome próprio, apesar de não ser titular do interesse na obtenção do montante indemnizatório¹¹⁵.

Desta feita, verifica-se que a al. a) do nº 2 do art. 82.º consagra regras excepcionais no que toca à legitimidade activa para a interposição das *acções sociais* (art. 72.º, nº 1 do CSC) que cabem à própria sociedade (art. 75.º do CSC) ou que competem aos sócios (art. 77.º, nº 1 do CSC). O que significa que se, por um lado, o regime jurídico-societário atribui legitimidade activa a esses sujeitos, o CIRE, por outro, priva-os dessa mesma legitimidade em benefício do administrador da insolvência. Incumbe, assim, ao administrador da

¹¹² FRADA, M. A. Carneiro da, *op. cit.*, p 672. Para o Autor, “esta autonomização parece exacerbada”. Os efeitos da qualificação da insolvência circunscrevem-se ao respectivo processo, não sendo vinculativa também para efeitos de decisão de causas penais (arts. 227.º a 229.º-A CP) *Vide* RIBEIRO, M. de Fátima, *A Tutela...*, *op. cit.*, p 487, n 196.

¹¹³ Cfr FRADA, M. A. Carneiro da, *op. cit.*, pp 672.

¹¹⁴ Sobre o estatuto do administrador da insolvência *vide* SERRA, Catarina, *O Novo Regime...*, *op. cit.*, p 25.

¹¹⁵ Cfr RAMOS, M. Elisabete, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização...*, *op. cit.*, p 15.

insolvência requerer ao tribunal a condenação do administrador de facto no pagamento de uma indemnização a favor da sociedade insolvente, em consequência dos danos que causou no património desta. O valor dessa indemnização ingressará na massa insolvente.

Outro aspecto a notar é que o n.º 1 do art. 82.º dispõe que mesmo decretada a insolvência da sociedade os órgãos sociais mantêm-se em funcionamento, apesar dos seus titulares não serem remunerados. Para ELISABETE RAMOS, suscitava-se a dúvida de saber se a acção de responsabilidade proposta depende de deliberação social¹¹⁶ (art. 75.º, n.º 1 do CSC). Mas quanto a esse aspecto a al. a) do n.º 2 do art. 82.º estabelece que a legitimidade do administrador da insolvência prossegue “independentemente do acordo do devedor ou dos seus órgãos sociais”. Para a Autora, tal solução justifica-se por existir uma forte probabilidade de a maioria da assembleia que elegeu esses administradores (ou que, no caso do administrador de facto, não elegeu mas consentiu nos actos por ele praticados) tender a opor-se à responsabilização ou limitar-se a não tomar a iniciativa processual. Se tal fosse possível, o património social ficaria lesado no montante da indemnização a que os administradores viessem a ser condenados¹¹⁷. Consequentemente conclui que “este regime agiliza a responsabilização dos administradores, pois, por um lado, confere exclusivamente legitimidade ao administrador da insolvência e, por outro, remove obstáculos procedimentais”¹¹⁸.

Chegados aqui, resta-nos acrescentar que a sociedade devedora declarada insolvente se encontra *privada de administrar e de dispor dos bens integrantes da massa*¹¹⁹ (art. 81.º, n.º 1), cuja administração e disposição passam a competir ao administrador da insolvência. Daí que essa legitimidade exclusiva decorra, *a priori*, das suas competências funcionais. O administrador da insolvência assume ainda o papel de *representante do devedor* “para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência” (art. 81.º, n.º 4). O que também justifica que lhe caiba a tarefa de reclamar as

¹¹⁶⁻¹¹⁷ RAMOS, M. Elisabete, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização...*, op. cit., p 16.

¹¹⁸ RAMOS, M. Elisabete, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização...*, op. cit., p 17.

¹¹⁹ Por intermédio dos seus administradores.

indemnizações devidas ao devedor, que incrementarão o activo da massa insolvente e aproveitarão, reflexamente, aos seus credores¹²⁰.

3. O administrador de facto e o regime da responsabilidade civil dos administradores do Código das Sociedades Comerciais

O art. 82.º, n.º 2 al. a) ao reportar-se às “acções de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do próprio devedor, contra os (...) *administradores de direito e de facto* (...)”, parece sugerir que o administrador de facto se encontra abrangido pelo regime de responsabilidade dos administradores *de jure* instituído no CSC¹²¹.

Cabe-nos, porém, constatar uma evidência: em nenhum momento o CSC menciona explicitamente o administrador de facto e, muito menos, determina quais as normas societárias a ele aplicáveis¹²².

Todavia, justifica-se repudiar a hipótese de se sancionar, nos mesmos moldes que o administrador de direito¹²³, as actuações daquele sujeito que, sem ser formalmente

¹²⁰ FÁTIMA RIBEIRO salienta que “faz todo o sentido” que também o direito de sub-rogação dos credores quanto à acção social deva ser exercido, durante o processo de insolvência, pelo administrador da insolvência, uma vez que o êxito da demanda lhes aproveitará indirectamente, pois a respectiva indemnização ingressará na massa. Cfr RIBEIRO, M. de Fátima, *A Tutela...*, *op. cit.*, p 483.

¹²¹ Para FÁTIMA RIBEIRO “o contributo do art. 82.º, n.º 2, do CIRE, para a fundamentação da responsabilidade dos administradores de facto é nulo, porque apenas atribui ao administrador da insolvência legitimidade para propor ou fazer seguir aquelas acções de responsabilidade “que legalmente couberem” contra aqueles, ou seja, as acções de responsabilidade contra administradores de facto para as quais já exista fundamento legal expresso (...)”. Daí que “a norma não permite, nem na sua letra nem no seu espírito, que o administrador da insolvência proponha ou faça seguir, contra administradores de facto, as acções de responsabilidade que legalmente couberem contra os administradores de direito”. *Vide* RIBEIRO, M. de Fátima, *A Tutela...*, *op. cit.*, p 473, n 167.

¹²² Porém, a CMVM entendeu que o CSC “reúne já um acervo considerável de normas que podem responder, e respondem, a diversas situações para as quais se desenvolveu inicialmente a doutrina do administrador de facto no Direito societário.” (arts. 80.º, 83.º, 84.º, 491.º e 501.º) e que “também não é certo que o conceito de administrador de facto não possa já ser tido por pertinente no âmbito dos preceitos relativos à responsabilidade civil dos administradores, constantes dos artigos 72º e seguintes do Código. De facto, um adequado uso da metodologia jurídica poderá permitir justamente essa possibilidade. Caberá à doutrina e à jurisprudência explorá-lo ou negá-lo”, acrescentando ainda que “(...) o próprio legislador já terá antecipado essa possibilidade no artigo 82.º, n.º 2, alínea a) do CIRE.” Cfr CMVM, *Governo das Sociedades Anónimas: Propostas de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais, Processo de Consulta Pública n.º 1/2006*, disponível em <http://www.cmvm.pt>.

¹²³ Na presente exposição, não abordaremos aquelas orientações que reconduzem a responsabilização do administrador de facto às normas da responsabilidade civil contratual ou

administrador, desempenha as funções indissociáveis do cargo e que, em consequência dessa administração, pratica “actos de *mala gestio* em desrespeito da lei, dos estatutos, de deliberações para a execução administrativa e dos deveres de diligência e de lealdade (...)”¹²⁴? Parece que não.

A doutrina é consensual ao considerar que tais condutas devem ser sindicadas em prol da tutela dos interesses patrimoniais da sociedade administrada, dos credores sociais e de terceiros. Porém, não é unânime quanto à forma de fazê-lo.

Destacam-se duas correntes que têm por finalidade sujeitar o administrador de facto à disciplina legal tipificada para o administrador *de jure*. A primeira delas¹²⁵ sustenta que o art. 80.º do CSC consagra uma “regra geral de equiparação entre a responsabilidade dos administradores de direito e os de facto”¹²⁶ e que a letra da lei ao mencionar as “pessoas a quem sejam confiadas funções de administração” pretende atingir, entre outros, aqueles a quem foram tacitamente consentidas ou confiadas funções de administração. Nas palavras de TÂNIA CUNHA “o art. 80.º do Código das Sociedades Comerciais estende a responsabilidade dos gerentes, administradores e directores a quaisquer pessoas que exerçam funções de Administração. Estende-se, pois, a responsabilidade a quem, não sendo gerente, administrador ou director de direito, o seja de facto”¹²⁷.

Já para ELISABETE RAMOS, com o art. 80.º, “(...) o legislador português transpôs a delimitação formal do círculo de obrigados e completou-a com uma delimitação funcional. Esta opção pelo perfil funcional dos responsáveis permite-nos sustentar que o administrador ou director designados de uma forma inválida estarão sujeitos às disposições sobre responsabilidade civil dos administradores e directores das sociedades anónimas. Parece-nos que merecem idêntica solução os casos em que o administrador se mantém em

extracontratual, limitando-nos a explorar as possíveis vias de aplicação do regime da responsabilidade civil societária.

¹²⁴ Vide COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p 31.

¹²⁵ Entre os quais RAMOS, M. Elisabete, *A Responsabilidade Civil dos Administradores ou Directores das Sociedades Anónimas Perante os Credores Sociais*, in: “*Stvdia Ivridica*” 67, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p 180 e ss; RIBEIRO, M. de Fátima, *A Tutela...*, *op. cit.*, p 468 e ss; CUNHA, Tânia M. da, *Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais: a Culpa nas Responsabilidades Civil e Tributária*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, p 77 e ss.

¹²⁶ CABRAL, J. M. Santos, *O Administrador de Facto...*, *op. cit.*, p 142.

¹²⁷ CUNHA, Tânia M. da, *op. cit.*, p 78.

funções, com o conhecimento do conselho fiscal, apesar de se ter verificado uma incompatibilidade ou incapacidade supervenientes”¹²⁸.

Porém, FÁTIMA RIBEIRO suscita uma questão: a letra da lei, ao estatuir que a responsabilidade é extensível às pessoas a quem foram “confiadas” funções de administração, parece pressupor um acto de vontade, o que, à partida, exclui a hipótese de tais funções serem assumidas por livre iniciativa¹²⁹.

Refutando esta construção jurídica, outra parte da doutrina¹³⁰ conclui pela “diminuta utilidade do art. 80.º do Código das Sociedades Comerciais”¹³¹, defendendo uma interpretação extensiva do regime da responsabilidade civil, vertido nos arts. 72.º a 79.º do CSC. Como tal, considera que a doutrina do art. 80.º “não logra compreender a complexidade e as diversas dimensões que o instituto em estudo pode assumir”¹³². Isto porque, o art. 80.º não está apto a abranger os *administradores de facto aparentes sem qualquer título* ou os *shadow directors*.

Para COUTINHO DE ABREU E ELIZABETE RAMOS “não se pode dizer que os administradores (de facto) aparentes mas sem qualquer título (supra, a) iii) ou os administradores na sombra (c) são pessoas «a quem foram confiadas funções de administração». Em suma, além de desnecessário para fazer responder os administradores de facto nos termos em que respondem os de direito, o artigo 80.º não é suficiente no que

¹²⁸ RAMOS, M. Elisabete, *A Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p 186.

¹²⁹ Vide RIBEIRO, M. de Fátima, *A Tutela...*, *op. cit.*, pp 468-469. Contudo, no que respeita às sociedades por quotas, a Autora fundamenta capazmente a aplicação do art. 80.º ao sócio controlador. Sucintamente, argumenta que nestas sociedades as funções de administração foram, de certo modo, “confiadas” ao sócio pela própria lei (art. 259.º). Assim, por maioria de razão, o art. 80.º deverá responsabilizá-lo nas situações em que ele assumia tais funções por iniciativa própria. E se por via das suas deliberações conseguir sistematicamente condicionar e orientar a gestão da sociedade, crê poder afirmar-se que ele está a exercer funções de administração que lhe foram “confiadas” pela lei ou pelo contrato de sociedade. Desta feita, o recurso ao art. 80.º legitimaria a aplicação das disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes ao sócio controlador. Cfr RIBEIRO, M. de Fátima, *A Tutela...*, *op. cit.*, pp 470-471.

¹³⁰ Entre outros, ABREU, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p 106 e ss; CABRAL, J. M. Santos, *O Administrador de Facto...*, *op. cit.*, p 160 e ss; COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p 39 e ss; CHINER, Nuria Latorre, *op. cit.*, p 171.

¹³¹ CABRAL, J. M. Santos, *O Administrador de Facto...*, *op. cit.*, p 144. No mesmo sentido, considerando-o como pouco útil, ABREU, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p 106.

¹³² CABRAL, J. M. Santos, *O Administrador de Facto...*, *op. cit.*, p 143.

respeita a alguns administradores de facto”¹³³. A admitir-se o contrário teríamos de interpretá-lo de acordo com o *critério formal* de administração de facto e, assim, ficcionar, nos mais variados casos, uma designação implícita (um “acto de vontade”, como referiu FÁTIMA RIBEIRO) para se presumir que lhe foram “confiadas” funções de administração¹³⁴.

Por conseguinte, esta orientação rejeita a tese que pugna pela assimilação total do regime legal do administrador de direito ao administrador de facto¹³⁵. O mesmo é dizer que o critério ora em análise assenta no pressuposto de que existem diferenças entre ambos os sujeitos, exaltando, por esse motivo, a necessidade de se excluir as normas cujo fundamento seja incompatível com o conceito de administração fáctica, designadamente aqueles preceitos legais cujo cumprimento dependa uma nomeação regular do respectivo cargo¹³⁶.

Em suma, esta doutrina defende uma *perspectiva funcional* que apenas atende às funções de administração efectivamente exercidas e não à qualificação formal do sujeito como administrador *de jure*, o que equivale a dizer que quem (efectivamente) administra deve estar abrangido pelo regime da responsabilidade civil vigente. E, por esse motivo, os arts. 72.º e ss do CSC devem ser interpretados extensivamente, de modo a atingir todos os administradores de facto, incluindo-se os *administradores de facto aparentes* e os *shadow directors*.

COUTINHO DE ABREU reconhece que a letra da lei não acolhe expressamente este entendimento, mas diz também que não o invalida¹³⁷. De um modo geral, para este segmento doutrinal, o motivo que permite esta construção jurídica reside na *ratio* das normas.

¹³³ ABREU, J. M. Coutinho de/RAMOS, M. Elisabete, *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores*, in: “Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho -Miscelâneas”, nº 3, Almedina, Coimbra, 2004, p 45.

¹³⁴ Cfr CABRAL, J. M. Santos, *O Administrador de Facto...*, *op. cit.*, p 143.

¹³⁵ Cfr CABRAL, J. M. Santos, *O Administrador de Facto...*, *op. cit.*, p 161. Recorde-se que a assimilação total entre a disciplina jurídica da administração de direito e a de facto é defendida pelos apologistas do *critério formalista*.

¹³⁶ Delimitando pela positiva, RICARDO COSTA procede à enumeração de normas que *não pressupõem a aptidão formal* do sujeito que exerce a administração, agrupando-as em três grupos: *i*) disposições relacionadas com a obrigação genérica de administrar com a diligência de um “gestor criterioso e ordenado” e lealdade; *ii*) obrigações apostas para o correcto exercício das funções administrativas; *iii*) obrigações derivadas da simultânea qualidade de sócio. Cfr COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, pp 41-43.

¹³⁷ Neste sentido *vide* ABREU, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p 104.

Em todo o caso, do exposto se conclui que, independentemente da doutrina que se ache mais adequada, é flagrante a necessidade de se consagrar uma regra genérica que viabilize a articulação entre o instituto do administrador de direito e o de facto, de modo a assegurar a previsibilidade e segurança jurídicas.

CONCLUSÃO

As normas respeitantes à responsabilidade civil dos administradores (em sentido amplo) destinam-se a assegurar uma gestão eficiente e escrupulosa por parte daqueles que se encontram regulamente designados. Tal facto parece significar que não advêm consequências caso alguém decida assumir, espontaneamente, a gestão de uma sociedade sem que, para tal, esteja formalmente habilitado.

Porém, é inegável que a prática de actos danosos (e culposos) no exercício dessas funções deve ser sindicada, mesmo que sejam imputáveis a quem só administra de facto. E principalmente quando deles resulte a insolvência da sociedade. Mas, para tal, é necessário determinar quais as condutas ou comportamentos que são qualificáveis de administração fáctica e quais as características que determinado sujeito deve possuir para que possa ser considerado administrador de facto.

O ordenamento jurídico português não institui nenhuma definição legal, o que pode levantar sérias dificuldades na prossecução da tarefa. Quanto a este aspecto, a doutrina e a jurisprudência têm assumido um papel preponderante em auxílio do julgador, pois é possível vislumbrar no Direito português normas que aludem expressamente à figura do administrador de facto.

Neste âmbito, o CIRE reúne algumas normas que ajudam o intérprete-aplicador a identificar os comportamentos culposos que merecem a censura do Direito. Porém, verifica-se que, actualmente, a efectivação da responsabilidade do administrador de facto e a tutela dos interesses dos credores na insolvência encontra-se enfraquecida, quando comparada com as soluções legais anteriormente consagradas. Não obstante, o legislador já reconheceu esse facto e avançou com uma Proposta de Lei que promete revolucionar a matéria. Todavia, já se teceram duras críticas e vislumbraram consequências adversas à finalidade do processo de insolvência. De qualquer forma, é de louvar o esforço legislativo no sentido de fortalecer e concretizar mais eficientemente o regime sancionatório. E quanto mais não seja, caso a Proposta venha a ser aprovada, aguardarmos pelo resultado da aplicação das novas normas no processo de insolvência, de modo ser possível retirar conclusões concretas quanto à sua exequibilidade.

No entanto, continua patente a elevada necessidade de se consagrar uma definição legal de administrador de facto, que permitirá densificar o conceito e actuará em prol da segurança e certeza jurídicas.

BIBLIOGRAFIA*

- ABRANI, Niccolò, *Riforma del Diritto Societario e Responsabilità dell'Amministratore di Fatto: verso una nozione unitaria dell'istituto?* in: “Le Società”, Vol. 19, Fascicolo 2, 2000, pp.212-220.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2009.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de/RAMOS, Maria Elisabete, *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores*, in: “Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho - Miscelâneas”, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2004, p. 40 e ss.
- ANTUNES, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades (Estrutura e organização Jurídica da Empresa Plurissocietária)*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2002.
- CABRAL, João Miguel Santos, *Insolvência da Sociedade, Responsabilidade Civil do Administrador de Facto e Poderes do Administrador da Insolvência*, Centro de Estudos Judiciários, 20/01/2012, disponível em <http://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=4&username=guest> (acedido em terça-feira, 06/03/2012).
- CABRAL, João Miguel Santos, *O Administrador de Facto no Ordenamento Jurídico Português*, in: “Revista do CEJ”, n.º 10, 2.º Semestre, Lisboa, 2008, pp.109-164.
- CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1984, 1997 (reimp).
- CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. II, AAFDL, Lisboa, 1980.
- COSTA, Ricardo, *Deveres Gerais dos Administradores e Gestor Criterioso e Ordenado*, in: “I Congresso Direito das Sociedades em Revista”, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 157-187.

* A jurisprudência desacompanhada da sua fonte foi encontrada em <http://www.dgsi.pt>

- COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto*, in: “Temas Societários”, IDET/Almedina, Coimbra, 2006, pp. 24-44.
- CUNHA, Tânia Meireles da, *Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais: a Culpa nas Responsabilidades Civil e Tributária*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2009.
- DEDESSUS-LE-MOUSTIER, Nathalie, *La Responsabilité du Dirigeant de Fait*, in: “Revue des Sociétés”, Paris, 1997, pp. 499-521.
- DUARTE, Rui Pinto, *Efeitos da Declaração de Insolvência Quanto à Pessoa do Devedor*, in: “Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência”, 2005, pp. 131-150.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Efeitos da Declaração de Insolvência Sobre o Insolvente e Outras Pessoas*, in: “Estudos de Homenagem ao Senhor Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita”, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 798-825.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2011.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, edição PUC, Porto, 2000.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *O Incidente de Qualificação de Insolvência*, Centro de Estudos Judiciários, 20/01/2012, disponível em <http://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=4&username=guest> (acedido em terça-feira, 06/03/2012).
- FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência Anotado*, 2.^a edição (1997), 3.^a edição (1999), Quid Juris Editora, Lisboa.
- FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris Editora, Lisboa, 2008.
- FERNÁNDEZ, Inés, *De La Calificación Del Concurso*, in: “Estudios Sistemáticos”, Madrid, 2004, pp. 257-273.

- FRADA, Manuel A. Carneiro da, *A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência*
in: “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, Setembro, 2006, pp. 653-702.
- GARAU, Guillermo Alcover, *Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal*, in: “Derecho Concursal”, dir. R. Garcia Villaverde/A. Alonso Ureba/J. Pulgar Ezquerro, Dilex, Madrid, 2003, pp. 487-503.
- LATORRE CHINER, Nuria, *El Administrador de Hecho en las Sociedades de Capital*, Editorial Comares, Granada, 2003.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2009.
- OLIVEIRA, Rui Estrela de, *O Incidente de Qualificação de Insolvência*, Centro de Estudos Judiciários, 20/01/2012, disponível em <http://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=4&username=guest> (acedido em terça-feira, 06/03/2012).
- OLIVEIRA, Rui Estrela de, *Uma Brevíssima Incursão Pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência*, in: “O Direito”, 142.º, 2010, V, pp. 931-987.
- Parecer da Associação Sindical dos Juizes Portugueses sobre o Anteprojeto de Diploma que Altera o Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa*, de 24 de Novembro de 2011, in www.parlamento.pt (último acesso em 29 de Abril de 2012).
- Parecer da Ordem dos Advogados, Comentários e Sugestões ao Anteprojecto de Diploma que Altera o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, de 19 de Janeiro de 2012, in www.oa.pt (último acesso em 29 de Abril de 2012).
- RAMOS, Maria Elisabete, *Insolvência da Sociedade e Efectivação da Responsabilidade Civil dos Administradores*, in: “Boletim da Faculdade Direito de Coimbra”, Vol. LXXXIII, 2007, pp. 449-489.
- RAMOS, Maria Elisabete, *A Responsabilidade Civil dos Administradores ou Directores das Sociedades Anónimas Perante os Credores Sociais*, in: “Stvdia Ivridica” 67, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- RAMOS, Maria Elisabete, *Insolvência da Sociedade, Responsabilidade Civil do Administrador de Facto e Poderes do Administrador da Insolvência*, Centro de Estudos Judiciários, 20/01/2012, disponível em

<http://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=4&username=guest> (acedido em terça-feira, 06/03/2012).

- RAMOS, Maria Elisabete, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização dos Administradores no Ordenamento Jurídico Português*, in: “Revista de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas”, Vol. IV, n.º 7, 2005 pp. 5-32.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, *A Responsabilidade dos Administradores na Crise da Empresa*, in: “I Congresso Direito das Sociedades em Revista”, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 391-413.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009.
- SANTOS BRIZ, Jaime, *La Responsabilidad Civil, Fiscal y Penal de Directivos, Apoderados, Administradores de Hecho y Liquidadores*, in: “Estudios de Derecho Judicial”, n.º 24, Madrid, 2000, pp. 327-353.
- SERRA, Catarina, *As Novas Tendências do Direito Português da Insolvência – Comentário ao Regime dos Efeitos da Insolvência Sobre o Devedor no Projecto do Código da Insolvência*, in: “Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho”, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 203-228.
- SERRA, Catarina, “*Decoctor Ergo Fraudator*” - *A Insolvência Culposa; (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)*, in: “Cadernos de Direito Privado”, n.º 21, Janeiro – Março, 2008, pp. 54-71.
- SERRA, Catarina, *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, 2.^a edição (2007), 3.^a edição (2008), 4.^a edição (2010), reimp., Almedina, Coimbra.

ÍNDICE

SIGLAS E ABREVIATURAS	3
INTRODUÇÃO.....	5
CAPÍTULO I – CARACTERIZAÇÃO DOS GERENTES E ADMINISTRADORES DE FACTO.....	6
1. Introdução	6
2. Requisitos da administração fáctica	8
3. Administradores de facto em sentido estrito: “administradores de facto aparentes”, “ocultos sob outro título” e “administradores na sombra”	12
CAPÍTULO II - EFECTIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS GERENTES E ADMINISTRADORES DE FACTO PELA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA DA SOCIEDADE	15
1. A “responsabilização dos dirigentes” no Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência – Breve referência	15
2. A “responsabilização dos dirigentes” no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas	17
2.1. Introdução	17
2.2. A insolvência culposa	19
2.3. A sentença de qualificação da insolvência como culposa e os seus efeitos	23
3. A (nova) alínea e) do nº 2 do artigo 189.º da Proposta de Lei nº 39/XII de 30 de Dezembro de 2011.....	27
CAPÍTULO III – EFECTIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE FACTO NA PENDÊNCIA DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA	31
1. Introdução	31
2. Legitimidade exclusiva do administrador da insolvência para propor e fazer seguir acções de responsabilidade contra o administrador de facto – Artigo 82.º, nº 2, al. a)	32
3. O administrador de facto e o regime da responsabilidade civil dos administradores do Código das Sociedades Comerciais	34
CONCLUSÃO	39