

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES PARA COM A SOCIEDADE POR VIOLAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE CONCORRÊNCIA

Maria do Carmo Abreu de Santa Rosa

Dissertação
Mestrado Profissionalizante
Ciências Jurídico-Empresariais

Julho 2015

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES PARA COM A SOCIEDADE POR VIOLAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE CONCORRÊNCIA

Maria do Carmo Abreu de Santa Rosa

**Dissertação Orientada pela
Senhora Professora Doutora
Maria Adelaide Teles de Menezes Leitão**

**Mestrado Profissionalizante
Ciências Jurídico-Empresariais**

Nota Introdutória

O nome que aparece na autoria deste trabalho não faz justiça a todos quantos ao mesmo deram o seu contributo.

A elaboração da presente dissertação não teria acontecido não fosse o percurso académico que aqui me permitiu chegar. Foi num “ontem” tão longínquo quanto, ainda, presente, que a *mui nobre* Faculdade de Direito da Universidade do Porto me acolheu e, ao longo de todas as experiências que me proporcionou me fez compreender porque dizem (e bem!) que estes são dos melhores anos da nossa vida.

É ainda com entusiasmo que assinalo a minha passagem, embora breve, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Não posso deixar de expressar a minha profunda admiração e gratidão à Exma. Sra. Professora Doutora Adelaide Menezes Leitão, pela inspiração que representou ao longo das aulas às quais tive o prazer de assistir em Mestrado e, principalmente, pela honra de aceitar orientar a presente dissertação.

Agradeço ainda aos meus amigos, pelo apoio sempre incondicional, disponibilidade, partilha de conhecimentos, pelos preciosos conselhos daqueles que partilham as mesmas inquietações e alegrias que eu e, sobretudo, pela amizade. À Rita, em particular, pelo seu inestimável contributo.

E por último, àqueles que, na verdade, estão sempre em primeiro, as minhas palavras de agradecimento são dirigidas à minha família. Em especial aos meus pais e irmã. Aos primeiros, tão responsáveis quanto eu pelas minhas vitórias e sucessos, que sem eles não teriam sido possíveis, pelo exemplo de vida, inspiração, e serem os mentores de todas as oportunidades que venho abraçando em busca da minha realização. E à segunda, pelo constante companheirismo, motivação, apoio e amizade.

Põe quanto És no Mínimo que Fazes

Para ser grande, sê inteiro: nada

Teu exagera ou exclui.

Sê todo em cada coisa. **Põe quanto és**

No mínimo que fazes.

Assim em cada lago a lua toda

Brilha, porque alta vive

Ricardo Reis, in "Odes"

Heterónimo de Fernando Pessoa

Resumo

Pela especial relação de confiança que se pretende existir entre administrador e sociedade para a sustentabilidade desta última, recaem sobre o administrador diversos deveres. Um deles é o dever de lealdade, no qual se enquadra a proibição de concorrer com a sociedade. A concretização das imposições que daí derivam para o administrador está repleta de conceitos indeterminados, o que dificulta tal tarefa.

A compreensão da incidência prática desta proibição é, portanto, tão desafiante quanto complexa. O papel do administrador implica, por natureza, a ponderação de diversos interesses, devendo sempre fazer prevalecer o da sociedade em detrimento do seu interesse pessoal. São diversos os pontos que dividem a doutrina quanto àquela proibição: em que se traduz a dita “atividade concorrente”? Sobre quem incide tal proibição? Através de que formas pode esta efetivar-se? Em que se traduz a possibilidade de a sociedade consentir no exercício de atividade concorrente por parte do administrador? Como distingui-la de figuras próximas? E por fim, qual a natureza dessa proibição? Esta árdua tarefa de concretização apela a um inquestionável contributo jurisprudencial.

Todo este caminho, percorrido com o objetivo de compreensão da figura que dá nome a esta tese, é marcado pela constante tentativa de equilíbrio entre a atribuição ao administrador da discricionariedade necessária à prossecução da sua atividade – sempre arriscada – e a imperatividade de restringir a sua liberdade de ação de modo a que a mesma não se torne ilimitada, convocando-se, portanto, a necessidade de previsão de formas de efetiva responsabilização do mesmo.

Não menos importante é compreender os pressupostos dessa responsabilidade, que surge aquando da violação daquele dever, bem como as concretas consequências e natureza da mesma.

Palavras-chave: atividade concorrente; dever de lealdade; responsabilidade do administrador.

Abstract

Due to the special trust that is supposed to exist between manager and corporation, so that is possible the sustainability of this latter, the manager is responsible for several duties. Amongst those it is the duty of loyalty, which includes the prohibition to compete with the corporation. The completion of the obligations deriving thereof for the manager is full of vague legal concepts, making such task more troublesome.

The understanding of the practical incidence of this prohibition is, therefore, as challenging as complex. The manager's roll implies, by nature, the weighing of several interests, and he is always supposed to put the corporation's best interest above his own and personal interest. There are several topics in which the doctrine is divided regarding that prohibition: what's the meaning of "competitor activity"? Upon whom falls such prohibition? Through which ways can it happen? How to explain the possibility of the corporation to consent the exercise of competitor activity by the manager? How to distinguish it from similar legal forms? Finally, what's the nature of that prohibition? This tough task of completion calls on an unquestionable case law contribute.

The path undertaken with the goal of understanding the legal concept naming this thesis is marked by the constant attempt of balance between the attribution to the manager of the necessary discretion to the prosecution of his activity – always risky –, and the imperative to limit his leeway so that it will not be unlimited, summoning therefore, the necessity of stipulating ways of effective accountability of himself.

Last but not least, it is the understanding of the assumptions of such responsibility, implied when that duty is violated, as well as the concrete consequences and nature of it.

Keywords: competitor activity; duty of loyalty; manager's accountability.

Índice

Siglas e abreviaturas	1
Introdução	3
I. Enquadramento do tema.....	6
1. A relação entre o administrador e a Sociedade	6
2. Os deveres de lealdade.....	18
2.1. Considerações gerais	18
2.2. O interesse societário	27
II. A obrigação de não concorrência.....	37
1. Conceitos estruturantes – “atividade concorrente”	37
2. Sujeitos da proibição.....	44
3. Delimitação temporal e geográfica	49
4. Formas de exercício	57
5. Relevância do consentimento	64
6. Figuras afins.....	68
7. Natureza	73
III. Responsabilidade do administrador para com a sociedade por violação da obrigação de não concorrência	79
1. Pressupostos.....	79
1.1. Considerações gerais	79
1.2. Ilícitude.....	81
1.3. Presunção de culpa.....	82
1.4. Dano	85
1.5. Nexo de causalidade.....	91
1.6. Situações de inexistência de responsabilidade	92

1.7. Análise de jurisprudência: Comentários aos Acórdãos TRL 12/05/2009 e STJ 31/03/2011.....	99
2. Consequência – Indemnização.....	105
3. Natureza	109
Síntese.....	112
Bibliografia.....	114
Jurisprudência.....	119

Siglas e abreviaturas

Ac. – acórdão

AG – Arbeitsgericht

AktG – Aktiengesetz

al.(als.) – alínea(s)

anot. – anotação

art. (arts.) – artigo(s)

BGH – Bundesgerichtshof

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

cfr. – conferir / confrontar

cit. – citado(a)

CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

coord. - coordenação

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DL – Decreto-Lei

ed. – edição

ex – exemplo

ex vi – por força de

FDL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

LSA – Ley de Sociedades Anónimas

n.º – número

p. (pp.) – página(s)

RG – Reichsgericht

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

SA – Sociedade(s) Anónima(s)

séc. – século

SQ – Sociedade(s) por Quotas

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

vide – ver

vol. – volume

Introdução

Atualmente assistimos a uma multiplicação da figura da Sociedade no nosso ordenamento jurídico. Assim, e na esteira de MENEZES CORDEIRO “desde logo e mercê do desenvolvimento económico e cultural, as sociedades têm vindo a personalizar pequenas e médias empresas, que antes giravam sob a forma de estabelecimentos de comerciantes singulares”¹.

A sociedade é por natureza uma realidade no âmbito da qual coexistem interesses autónomos. Na verdade, estes conduzem, por vezes, a situações de conflito, pelo que se afigura árdua a tarefa de definir, de forma clara, a importância que cada um deles merece por parte do administrador², quando este decide e, conseqüentemente, determina o rumo societário. Que interesses são esses que coexistem no âmago societário? Como se distinguem? Como, eventualmente, se cruzam? E quais devem, em última análise, prevalecer? Uma das situações em que assume especial relevância a questão dos interesses e a potencial situação de conflito entre os mesmos é, precisamente, aquela que se visa acautelar com a proibição de concorrência por parte dos administradores. De que forma é que o administrador participa na definição do interesse societário e, simultaneamente, deve agir de forma isenta uma vez limitado por esse mesmo interesse?

Ambicionamos, através desta tese, desvendar a natureza e particularidades desta proibição que incide sobre os administradores das sociedades comerciais portuguesas. Essa tarefa não seria exequível por via de uma visão fechada e restrita desta figura, propugnando-se, por isso, e, ao invés, a indispensabilidade de um prévio enquadramento da mesma no leque de deveres de administrador para com a sociedade, nomeadamente os deveres de lealdade. Uma vez enquadrado o tema, iremos analisar este dever de não concorrência/obrigação de não concorrência em particular, expondo fundamentadamente o motivo da preferência por uma destas duas expressões em confronto.

A compreensão da incidência prática desta proibição na vida societária não pode deixar de passar por uma análise cuidada dos contornos daquela, traduzindo-se estes na

¹ Vide, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I – Parte Geral, Almedina, 3ª edição (ampliada e atualizada), 2011, p. 258.

² A palavra é aqui usada em sentido lato, abrangendo não só os administradores (das SA), mas também os gerentes (das SQ).

sua natureza, conceito, sujeitos abrangidos, e outras características que ao longo do percurso de investigação se revelem oportunas.

Após clarificar, tão bem quanto nos for possível, a essência e incidência prática deste dever/obrigação, passaremos a uma exposição relativa à responsabilidade a que a mesma dá origem, sempre numa perspetiva centrada na relação entre a figura do administrador e a sociedade. Nesta fase importará, se bem se pensa, analisar esta responsabilidade em particular, a sua natureza, os principais contornos e a forma através da qual se consuma. Por fim, será abordada a questão das consequências a que essa responsabilização conduz ao efetivar-se.

Neste percurso não será descurado o contributo da jurisprudência para a construção da figura da proibição de concorrência dos administradores e consequente responsabilidade perante a sociedade. Assim, analisaremos as diversas posições seguidas nos acórdãos de cuja análise se retirará premissas de apoio à construção das diversas conclusões que, quanto a cada tópico de estudo, se visa alcançar. Isto porque o que pretendemos com o presente estudo é retratar a figura central do mesmo sempre numa postura crítica, tendo por objetivo final um estado de compreensão da mesma que nos permita inclusive avançar sugestões e soluções que representem um efetivo contributo nesta sede.

Além do contributo jurisprudencial, entendemos ser relevante abordar e refletir, sempre que se mostre pertinente, a possibilidade (para já em aberto) de uma interação e consequente aplicação analógica de soluções entre o regime da responsabilidade dos sócios por violação deste dever e o regime da proibição de concorrência que sobre o trabalhador incide com o regime que aqui aprofundamos, nomeadamente o da responsabilidade do administrador em concreto. Sem menosprezar as diferenças entre cada uma destas figuras, parece-nos importante colher do estudo do regime relativo ao sócio, ou do regime atinente ao trabalhador, ideias e soluções que, ainda que adaptadas à realidade do administrador em concreto, possam colmatar as lacunas que aí eventualmente existam.

Também será feita referência a soluções encontradas no Direito de outros ordenamentos se, no seguimento deste estudo, isso se revelar um fator de enriquecimento do mesmo.

Esta cuidada incursão na matéria que dá nome à presente tese visa, a título de objetivo final, dar uma resposta, sustentada pelo fruto de uma ponderada e minuciosa investigação que ora se inicia, às questões que nesta fase colocamos: extravasando a teoria, em que se traduz, na prática da vida societária, o dever de não concorrência/obrigação de não concorrência que sobre os administradores incide? Como compreender a incidência prática desta figura, ultrapassando as barreiras criadas por dificuldades tais como os diversos conceitos indeterminados que sustentam a mesma? Há uma efetiva responsabilização dos administradores uma vez violada esta proibição? Ambicionamos, no fundo, nada mais, nada menos, do que compreender o impacto desta figura no Mundo Societário.

I. Enquadramento do tema

1. A relação entre o administrador e a Sociedade

Questão prévia à análise dos deveres aqui em causa, e da proibição de concorrência em particular, é a compreensão da relação que se estabelece entre a figura do administrador e a instituição societária que este vem integrar³.

São múltiplas as teorias que se propõem explicar esta relação. Não nos cabe, aqui, proceder a uma explicação exaustiva das mesmas, o que nos desviaria do foco central deste trabalho. Faremos apenas uma breve referência às teorias com mais relevância, quer pela sua projeção, quer pela pertinência que atribuímos às ideias que lhes servem de pilar, para compreender a evolução do entendimento quanto à natureza da relação jurídica de administração.

Sabemos que, inicialmente, aquela era reconduzida à figura do mandato (um dos subtipos das teorias contratualistas). Nesse sentido dispunha o *Code de Commerce* francês de 1807 e os Códigos de Comércio de Itália de 1867 e de 1882. O mandato era considerado a figura mais próxima da protagonizada pelo administrador, ainda pouco clara, pois também o mandatário geria bens alheios e, segundo se entendia na época, tinha poderes de representação^{4 5}.

Não tardaram, no entanto, a surgir críticas à teoria da recondução da administração ao mandato. Em primeiro lugar, a crítica interna de origem alemã, surge devido à constatação de que o mandato não tem que envolver necessariamente representação, assim como esta pode existir sem aquele. Este entendimento foi, aliás, acolhido pela nossa doutrina, que o plasmou no texto do Código Civil de 1966⁶.

³ Importa compreender que “a natureza da administração implicará com a dogmática da sua responsabilidade”, ou seja, “a natureza jurídica da sua posição torna-se relevante para determinar os contornos da responsabilidade em que incorram”, in Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), Almedina, 2ª edição, 2012, p. 272.

⁴ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., pp. 904 ss. “A lealdade dos administradores – ou, no Direito alemão: dos membros da direcção – foi surgindo por via jurisprudencial, numa derivação dos deveres do mandatário”. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Do governo das sociedades: a flexibilização da dogmática continental*, Coimbra : Almedina, 2007, p. 47

⁵ MARIA ELISABETE GOMES RAMOS aponta essa aproximação inicial à figura do mandato que imperava nos Códigos oitocentistas. Vide MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *A responsabilidade de membros da administração*, Almedina, Coleção: Série Colóquios do IDET, Tema: Direito Comercial, Ano: 2008, pp. 74 e 75.

⁶ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., pp. 905 e 906.

Surge também, aqui por influência da doutrina italiana, a crítica externa à recondução da administração ao mandato, despoletada pela constatação de que o administrador está sujeito a deveres legais, sem relação com aqueles que vigoram no âmbito do mandato comum⁷. Além disso, “os administradores são autónomos e independentes do conjunto dos sócios”⁸, e rejeita-se a classificação da deliberação como uma declaração negocial geradora de um contrato⁹.

Também na doutrina portuguesa, FERRER CORREIA alerta para a incompatibilidade entre as figuras, devido à limitação do mandato à possibilidade de abranger a prática apenas de atos jurídicos, enquanto que a administração reclama, a par daquelas, operações puramente materiais¹⁰.

Sendo pacífica a caracterização da situação jurídica do administrador como privada, surge, na sequência disso, a recondução da mesma à figura do contrato, sendo certo que “a sociedade pretende uma determinada pessoa em funções de administração e essa pessoa dá o seu assentimento”¹¹.

A deliberação de designação funciona, então, como uma proposta contratual, celebrando-se o contrato com a aceitação por parte do administrador.

Chegados a este ponto, importaria averiguar: de que tipo de contrato estaríamos, então, a falar? Parece que pelas especificidades envolvidas se revelaria terminologicamente adequada a referência a um “contrato de administração”¹². Mas releva, no sentido de verificar a procedência desta tese, analisar o procedimento relativo à escolha do administrador e se lhe é intrínseca uma redução contratual¹³.

A natureza contratual desta relação decorre da própria letra do artigo 72º CSC¹⁴

⁷ Vide, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 906.

⁸ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedade Anónimas*, Almedina, 2012, p. 21.

⁹ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...*, cit., p. 21.

¹⁰ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de direito empresarial*, Lisboa, Lex, 1994 (reimpressão), pp. 385-390 *Apud* PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...*, cit., pp. 23 e 24.

¹¹ Vide, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ..., cit., p. 907.

¹² Vide, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ..., cit., p. 908.

¹³ Vide, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ..., cit., p. 909.

¹⁴ As normas legais citadas no presente trabalho, não havendo especificação em contrário, pertencem ao CSC.

no qual consta a referência a “deveres contratuais”¹⁵. A mesma ideia resulta da presunção de culpa do nº 1 daquele artigo, pois corresponde ao regime característico da responsabilidade contratual^{16 17}.

PEDRO PAIS VASCONCELOS explica que o contrato que entende existir nesta sede, tanto pode ser expresso como tácito, sendo esta última a hipótese mais recorrente. Menciona um “contrato de gestão (ou de administração, se se preferir)”. Neste âmbito, em que impera a autonomia privada, estabelece-se entre administrador e sociedade uma “relação interprivada, negocial, autónoma”, e o administrador autovincula-se. São essas características que justificam a presunção de culpa que aqui vigora. O administrador está sujeito ao “dever fiduciário de gestão de bens e interesses alheios”¹⁸.

COUTINHO DE ABREU aceita a natureza contratual da situação jurídica de administração, mas apenas em alguns casos, operando uma distinção consoante o modo pelo qual o administrador é investido nesse cargo. Assim, para este Autor quando o administrador seja sócio e a sua eleição para este cargo decorra do contrato de sociedade estamos perante uma relação contratual, ainda que essencialmente conformada pela lei e não pela disciplina típica dos contratos. No entanto, defende que nos casos de deliberação de eleição, trata-se de um negócio unilateral da sociedade. Argumenta que “a deliberação designa, não propõe designação, o designado aceita a nomeação, não a proposta de nomeação”¹⁹. Por estes motivos acaba por concluir que esta relação na maioria das vezes não é contratual²⁰. Entende a aceitação como mera condição de eficácia da deliberação

¹⁵ FILIPE BARREIROS, *A responsabilidade civil dos administradores: os deveres gerais e a corporate governance*, Coimbra E., 2010, 1.º ed., p. 80.

¹⁶ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS chega a esta conclusão ao analisar o regime da responsabilidade do administrador perante a sociedade. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais*, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1 (Março 2009) Volume 1, p. 21.

¹⁷ MARIA ELISABETE GOMES RAMOS também encontra no artigo 72º, nº1 a manifestação de uma responsabilidade contratual, distinguindo que “há quem radique esta natureza contratual na violação de vínculos emergentes do contrato de administração e há quem encontre a justificação na violação de obrigações funcionais”. MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *A responsabilidade...*, cit. p. 77.

¹⁸ Vide PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais*, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1 (Outubro 2009) Volume 2, p. 61.

¹⁹ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Administradores e Trabalhadores...*, cit., p. 13.

²⁰ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Administradores e Trabalhadores...*, cit., pp. 11 a 14.

de designação (negócio unilateral da sociedade)²¹.

PEDRO CAETANO NUNES começa por abordar este tema sublinhando a componente fiduciária como essência desta relação. Utiliza precisamente a expressão “relação fiduciária *lato senso*”. Adverte que os administradores, enquanto gestores de um património alheio, ocupam uma posição particular e distinta daquela que ocupam as partes nos contratos em geral. Nesse sentido advoga também que o padrão de conduta aqui exigido é mais estrito do que o convocado para as relações contratuais genéricas²².

Apesar disto, mais tarde – no ano de 2012 –, acaba por concluir pela existência de um contrato de administração. Compreende na deliberação de designação uma proposta contratual que, a par da posterior aceitação por parte do administrador, dará vida a um verdadeiro e genuíno contrato. Alerta que a necessidade de aceitação é imprescindível, de harmonia com o princípio da intangibilidade da esfera jurídica alheia. Segundo o Autor “seria inadmissível a constituição de uma relação jurídica com inúmeros e pesados deveres sem o consenso da pessoa sujeita a tais deveres”²³. Advoga ainda a improcedência da qualificação da aceitação da designação como mera condição de eficácia daquela, determinada pela relevância jurídica dos vícios da declaração de aceitação da designação – opondo-se, então, ao entendimento sufragado por COUTINHO DE ABREU²⁴. Ainda que as competências dos administradores sejam essencialmente configuradas pela lei e estatutos, o que para alguns autores constitui impedimento de recondução à figura do contrato, é, na verdade, por via do contrato celebrado entre o administrador e a sociedade (constituído pela designação e a aceitação), que tais poderes surgem na sua esfera jurídica²⁵. Entre os autores defensores desta tese, invocando argumentos idênticos, conta-se LUIS BRITO CORREIA²⁶ e, posteriormente, JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO²⁷.

²¹ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, Almedina, pp. 72-75 Apud INÊS ERMIDA DE SOUSA GUEDES, *A remuneração dos administradores, perspectiva a partir da crise de 2008*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 32.

²² PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, Lisboa: Almedina, 2006, p. 89.

²³ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...*, cit., p. 30.

²⁴ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...*, cit., p. 30.

²⁵ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...*, cit., p. 40.

²⁶ BRITO CORREIA, *Os Administradores das Sociedades Anónimas*, pp. 418 ss..

²⁷ “A deliberação não é um contrato, sendo apenas uma das manifestações do contrato de administração: a outra é a aceitação do administrador”. Argumentando nesse sentido sustenta que os poderes atribuídos aos administradores não podem, pela sua natureza, ser “impostos por uma pessoa privada (a sociedade) a outra pessoa privada (o administrador) sem o consentimento desta”. Acrescenta que “tal consentimento é o

Na jurisprudência, nomeadamente no Ac. TRL 31/01/2013, a tese contratualista é apontada como a que melhor se coaduna com o circunstancialismo que define a relação entre administrador e sociedade. Tal entendimento era, aliás, já perfilhado pelo STJ nos acórdãos de 23/05/2002²⁸ e de 03/02/2009. Em sentido convergente o recente Ac. STJ 08/05/2013 refere-se à existência de um “contrato de administração ou de gestão” entre administrador e sociedade, embora o aponte como reconduzível ao mandato; no Ac. TRL 10/02/2009 lê-se que “ninguém pode ser obrigado a ser gerente contra a sua vontade”, donde resulta a essencialidade da aceitação do administrador; o Ac. TRL 26/03/2009 refere-se à existência de uma relação jurídica de mandato comercial, uma relação contratual, portanto, entre aqueles sujeitos; no Ac. TRL 28/06/2012 cita-se PEREIRA DE ALMEIDA²⁹, nomeadamente a sua referência a um contrato de administração, embora para tal Autor essa qualificação esteja associada à consideração da existência de um contrato de prestação de serviços; os acórdãos TRC 20/10/2005 e STJ 30/09/2014 recorrem à terminologia “relação contratual”.

No direito português, a doutrina tem adotado, frequentemente, esta conceção contratual, referindo-se a um “contrato de administração”.

MENEZES CORDEIRO aponta, no entanto, a diversidade de formas de constituição da situação de administração, alertando que algumas delas são incompatíveis com a recondução da situação jurídica ao contrato. Só no caso de designação pelo conselho geral se poderia falar de um contrato. Refere que à situação de eleição não se aplica o regime dos contratos, mas sim um “conjunto preciso de regras de natureza deliberativa e societária”, independentemente de também aí existir o acto de aceitação por parte do administrador. Pensamos que este argumento improcede, pois que o regime que se aplica tem especificidades precisamente para responder às particularidades que se encontram no âmbito de questões societárias, ainda que se trate de um contrato. O Autor entende que face à multiplicidade de factos constitutivos esta relação pode ser contratual ou não contratual. Assim, segundo o mesmo “a natureza da situação jurídica da

elemento essencial do conjunto eleição-aceitação, sem o qual os efeitos jurídicos da constituição da relação de administração não podem desencadear-se”. JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO, *A remuneração dos administradores das sociedades no contexto da crise financeira mundial*, Relatório de estágio de mestrado, FDUL, 2011, pp. 21 e 22.

²⁸ Relator - ABEL FREIRE.

²⁹ *In Sociedades comerciais*, 6ª ed. *Apud* Ac. TRL 28/06/2012.

administração há de ser fixada pelo seu conteúdo e não pela forma da sua constituição”³⁰.

MENEZES CORDEIRO reconduz a situação de administração a um estado (*status*)³¹. Enquadra-a no Direito Privado, como uma situação privada patrimonial cuja essência reside na existência de poderes de representar e de gerir. Aponta a multiplicidade de fontes de direitos e deveres do administrador. Classifica-a, em suma, como “uma realidade autónoma, de cariz societário, com factos constitutivos múltiplos, privada, patrimonial, complexa, compreensiva e nuclearmente absoluta”³².

A supressão da referência a contrato, originada pela reforma de 2006, é apontada como mais um fator de improcedência das teses contratualistas³³.

A esta linha de raciocínio adere também ADELAIDE MENEZES LEITÃO, acrescentando em defesa desta tese dois argumentos que destacamos: em primeiro lugar, releva o facto de os deveres dos administradores decorrerem da própria lei, independentemente do eventual contrato de administração (concebível por quem assim o entenda), vigorando mesmo em caso de invalidade deste último, bem como relativamente aos administradores de facto³⁴. A este respeito, no entanto, importa referir que além dos deveres legais, aquando da constituição da situação jurídica do administrador podem ser estipulados novos deveres a ser prosseguidos pelo mesmo, bem como conformar o conteúdo de alguns dos deveres, nos casos em que a lei conceda tal margem. A nosso ver, a questão da subsistência da imperatividade dos deveres mesmo em caso de invalidade contratual é explicada pelo facto de ser um contrato *sui generis*, sujeito a um regime específico e não ao regime geral dos contratos. Quanto à sua incidência sobre os administradores de facto, parece-nos que nada impede que se admita a celebração de uma

³⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., pp. 926 a 928. Ainda em abono desta tese, veja-se: “perante o Direito português, não é possível formular uma teoria unitária: temos administradores designados por contrato (o próprio pacto social), automáticos (os próprios sócios), por eleição dos sócios, por designação de minoritários, por indicação do conselho fiscal, por cooptação pelos outros administradores, por designação do Estado e por nomeação judicial”. Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., p. 274.

³¹ Em sentido semelhante, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA também se refere ao *status* de administrador, *Vide Grupos de sociedades e deveres de lealdade: por um critério unitário de solução do "conflito do grupo"* - Coimbra: Almedina, 2012 - Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2010, pp. 251 e 252.

³² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., pp. 928 e 929.

³³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 944.

³⁴ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção*, Lisboa, 2011, I., pp. 32 a 36.

espécie de contrato de administração tácito entre os mesmos e a sociedade a partir do momento em que, de forma corrente, e independentemente de não terem sido nomeados nesse sentido, se encontrem a desenvolver, na prática, tarefas próprias da administração da sociedade.

O outro argumento invocado pela autora, no sentido da configuração da posição do administrador como um estado de poder absoluto decorre da ideia de que não originam “quaisquer direitos correspectivos por parte da sociedade”³⁵. Porém, não haverá, de certa forma, pelo menos um direito da sociedade a que os administradores cumpram os deveres que sobre eles recaem? Parece-nos que sim. Aliás, o regime de responsabilização dos administradores confirma isso mesmo. A sociedade tem legitimidade e forma de reagir perante as violações de deveres dos administradores³⁶. É, inclusivamente, sobre essa matéria que incide, em parte, o nosso estudo.

Acompanhamos o entendimento destes dois autores, no sentido de que recaem sobre os administradores não meros deveres, mas sim plenos poderes-deveres. O regime envolvido padece de numerosos desvios daquele que se aplica em geral aos contratos. Apesar disto, não compreendemos o afastamento total da tese contratual, uma vez que consideramos determinante a forma de constituição da relação.

Demarcando-se das teorias contratualistas, encontramos também os adeptos das orientações unilaterais. O fator de rejeição do contrato, nesta sede, situa-se na estrutura da designação dos administradores. Conscientes de que o administrador é investido nessa posição por via de uma deliberação dos sócios, apontam como traços caracterizadores desta: o facto de comportar várias declarações negociais confluentes; “as declarações não

³⁵ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 34.

³⁶ Importa a este propósito citar uma ideia de INÊS ERMIDA DE SOUSA GUEDES com a qual concordamos. Segundo a mesma, “estes negócios jurídicos estão ligados e imbricados entre si ao modo sinalagmático, em que as obrigações das partes se encontram numa relação de correspectividade e interdependência: os administradores têm o dever de exercer uma boa administração, cumprindo os deveres consagrados no art. 64.º do CSC, e a sociedade tem o dever de retribuir os administradores pelo desempenho dos seus cargos” (referindo-se aos negócios jurídicos que constituem a relação de administração). Cfr. INÊS ERMIDA DE SOUSA GUEDES, *A remuneração dos administradores...*, cit., p. 34. No sentido de compreender o alcance da expressão “modo sinalagmático”, veja-se a definição de “sinalagma” como o “nexo de causalidade recíproca entre duas obrigações que, para as partes, emergem de um contrato bilateral. Os contratos de que resultem obrigações que se encontram ligadas entre si por um vínculo de correlatividade, de tal modo que cada uma é o motivo da existência da outra, designam-se por sinalagmáticos ou bilaterais e gozam de um regime especial”. ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, Volume I, 5.º ed., Almedina, 2008, p. 1365.

se dirigem a outrem, reciprocamente, mas sim à agremiação”; e a potencialidade de vincular mesmo quem com a deliberação não concordou – uma vez que não é exigida unanimidade para a designação do administrador. Desta terceira característica, decorre a inaplicabilidade das regras do negócio jurídico, em especial o contrato³⁷.

Mas a nosso ver, esta associação revela-se insuficiente. Isto porque a deliberação, ainda que vincule sócios que votaram contra a mesma, deve ser entendida como expressão, não da soma das vontades individuais de cada um desses sócios, mas sim da sociedade. A vontade da sociedade forma-se por esse processo de votação, independentemente de, no decurso do mesmo, algum sócio se manifestar contra. A deliberação de designação do administrador corresponde à vontade da sociedade (este sim, o sujeito com quem o administrador irá contratar – segundo cremos), constituindo assim a proposta contratual. E é face a esta proposta que se fechará o dito contrato pela aceitação do administrador. Aqui há, como se confere, um verdadeiro encontro de vontades entre as duas partes do contrato: sociedade e administrador. Não podemos, com efeito, aceitar a confusão que esta teoria estabelece ao, erroneamente, se bem se pensa, considerar como impeditivo da recondução desta situação ao contrato o facto de os sócios que votaram contra estarem vinculados.

Estas orientações unilaterais surgem em consonância com construções institucionalistas. A essência destas reside na configuração da sociedade como uma entidade autónoma e mais completa do que a mera soma dos seus membros, “enquanto os seus órgãos traduzem algo que lhes é próprio”³⁸. Neste sentido, a designação do administrador é configurada como um ato interno da sociedade.

Esta corrente tem grande expressão em território francês. É na Itália que aparecem as construções publicísticas que reforçam este entendimento por via da referência à sujeição dos administradores ao cumprimento de deveres “de ordem e interesse públicos”, a par da “aproximação realizada entre a estrutura interna dos entes privados e a dos entes públicos”³⁹.

Apesar de também aderirmos à construção institucionalista da sociedade – como

³⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit. p. 910.

³⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit. p. 910.

³⁹ *Vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., pp. 910 e 911.

uma realidade independente, autónoma e que ultrapassa a mera soma de todos os elementos que a compõem (entendimento este que terá especial relevância em sede de considerações quanto ao “interesse societário”) –, acontece que esse entendimento não refuta de forma satisfatória a recondução da situação jurídica do administrador a um contrato⁴⁰. Senão vejamos: o administrador vê-se, de facto, obrigado a levar a cabo uma conduta que considere também, sempre que razoável e pertinente, interesses públicos. Mas isso não acontece porque sobre ele recaiam esses deveres de prossecução de interesses de ordem pública. É sobre a sociedade – sujeito distinto do seu(s) administrador(es), como precisamente a configuram as conceções institucionalistas – que recai esse dever. O administrador apenas atua em harmonia com essas diretrizes porque lhe cabe agir em nome e no interesse da sociedade. Portanto isso em nada obsta ao entendimento da formação da situação jurídica do administrador por via do contrato. Essa é uma questão prévia, autónoma e, portanto, independente dos deveres a que posteriormente se verá limitado ao levar a cabo a sua atividade, enquanto parte de um ente maior – a Sociedade!

De qualquer forma, as teorias unilaterais têm vindo a perder adesão, uma vez que se têm multiplicado as hipóteses de negócios jurídicos unilaterais. Além disso tem vindo a ser aceite a possibilidade de influência da Ciência Jurídica administrativa nas questões jurídicas privadas⁴¹.

Outras teorias completam o leque das que se propõem explicar a situação do administrador.

No âmbito das conceções organicistas criadas por OTTO VON GIERKE a pessoa coletiva é configurada como um organismo social, integrado por órgãos. Assim sendo, a designação das pessoas que viriam a preencher tais órgãos, reconduzir-se-ia a um ato interno, de natureza corporacional⁴². Para aqueles que perfilhavam este entendimento, a aceitação por parte do administrador não constituía um obstáculo ao entendimento do ato

⁴⁰ As considerações de BRITO CORREIA apoiam a nossa convicção, em especial quando avança que, não obstante a bondade do conteúdo da teoria da instituição, “a figura da instituição não serve de alternativa à do contrato, como facto constitutivo da relação de administração”. LUÍS BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, Livraria Almedina – Coimbra – 1993, p. 733.

⁴¹ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 911.

⁴² PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...*, cit., p. 14.

de designação como unilateral, porquanto aquela se reconduziria a uma mera condição de eficácia do tal ato.

Atentemos, agora, nas construções analíticas de origem germânica: *Bestellung* e *Anstellung*. A situação jurídica do administrador seria, à luz deste entendimento, composta por dois atos constitutivos, e portanto duas realidades distintas: a nomeação, pela sociedade, do administrador – a *Bestellung* (cuja eficácia depende de aceitação); e um contrato de emprego – *Anstellung* – celebrado com essa mesma pessoa através de declarações negociais conjuntas^{43 44}. A nomeação origina uma relação orgânica, ao passo que o contrato de emprego tem subjacente uma relação obrigacional⁴⁵. Na relação orgânica inclui-se, entre outros, a proibição de concorrência e o dever de lealdade – figuras centrais do presente estudo.

No âmbito da relação obrigacional pode pactuar-se cláusulas de pós-eficácia da obrigação de não concorrência, bem como modelar o conteúdo daquela proibição⁴⁶. Este entendimento foi aprofundado na jurisprudência do RG e posteriormente na do BGH⁴⁷.

A jurisprudência e a doutrina têm-se pronunciado no sentido da não recondução deste contrato ao contrato de trabalho⁴⁸. Com efeito, o administrador goza de uma margem de discricionariedade e autonomia técnica que o demarcam de forma perentória da situação de subordinação jurídica, em sentido técnico, que impera nas relações de cariz laboral⁴⁹.

Quanto à eventual recondução da situação jurídica do administrador a uma relação laboral importa tecer alguns comentários que expressam a evolução da jurisprudência e doutrina quanto a esta questão.

Esta recondução era inicialmente negada, tanto pelo nosso ordenamento, como

⁴³ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., pp. 912 ss..

⁴⁴ Vide PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...*, cit., pp. 16 e 17.

⁴⁵ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...*, cit., p. 18.

⁴⁶ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...*, cit., p. 18.

⁴⁷ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 912, 913. O Autor explica esta figura com recurso às especificidades da estrutura societária na Alemanha. *Idem*, p. 914.

⁴⁸ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 915.

⁴⁹ “(...) ninguém lhes dá instruções sobre o modo de concretizar os serviços que devam prestar”, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 915.

por aqueles que tiveram, ao longo da História, uma influência determinante no mesmo.

Acontece que nos finais do séc. XX, surgiu a opinião de MARTIN DILLER no sentido da laboralização das relações orgânicas intrassocietárias. No século seguinte, a favor deste entendimento, constatava-se que, uma vez que o contrato de trabalho não estava tipificado, este tinha a virtualidade de poder abranger quaisquer situações próximas do mesmo, como seria, aparentemente, a do administrador.

O distanciamento deste entendimento foi impulsionado pelo contexto que marcou o primeiro pós-guerra. A proliferação de sindicatos e todo o ambiente político-social abrangente fizeram com que, sistematicamente, o administrador aparecesse numa situação próxima do empregador, afastando-se assim da figura do trabalhador⁵⁰. Quanto à jurisprudência notava-se uma tendência das instâncias civis e comerciais em negarem a natureza laboral da situação jurídica do administrador, enquanto que a instância jurídico-laboral era favorável àquele entendimento⁵¹. A doutrina laboral acabou por propender para a natureza não laboral da relação de administração, em harmonia com a orientação do BGH⁵².

COUTINHO DE ABREU chama a atenção para a grande autonomia decisória do administrador que, não estando vinculado às ordens e instruções da sociedade, aparece, na verdade, como representante desta. A sua função aproxima-se mais da figura do empregador do que do trabalhador⁵³.

Atualmente, a doutrina laboral reconhece as especificidades da relação de administração, entendendo, no entanto, que estas não obstam a uma pontual aplicação de normativos laborais à mesma⁵⁴. Nos ordenamentos francês, alemão e italiano alerta-se

⁵⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., pp. 916 e 917.

⁵¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 917.

⁵² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 919.

⁵³ Este Autor explica que «o administrador, enquanto tal, não está juridicamente subordinado à sociedade, não está sujeito a ordens e instruções de alguma entidade com poder para conformar toda a sua actividade; goza de espaço de irredutível autonomia decisória, de poder de iniciativa, não sendo reduzível a simples “executor”; enquanto titular do órgãos administrativo e de representação, forma (só ou com outros administradores) e expressa a vontade juridicamente imputável à sociedade, exercendo também a função de empregador». J. M. COUTINHO DE ABREU, *Administradores e Trabalhadores de Sociedades (Cúmulos e Não)*, Coimbra, 2006, p. 15.

⁵⁴ Nesse sentido, *Vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 915.

para a necessidade de proteção social dos administradores⁵⁵.

Reflete-se sobre a questão de certas relações que apesar de não serem formalmente laborais, se caracterizam por uma subordinação económica que poderia justificar a necessidade de proteção, convocando a aplicação de regras laborais. Pode considerar-se a inclusão dos administradores de sociedades nestes domínios⁵⁶.

Conclui-se pela inadequação e incompatibilidade da pretensa laboralização da situação jurídica dos administradores no ordenamento jurídico nacional nos dias de hoje⁵⁷. Advoga-se uma proteção no sentido do “não-retrocesso social do trabalhador, designado administrador” e “densificação, dentro do razoável, da justa causa exigida para a destituição, na pendência do mandato, dos administradores designados”. Aborda-se, ainda, a questão da “eventual aplicação, aos administradores, das regras específicas sobre a não-discriminação, apontadas no domínio laboral”⁵⁸.

Cabe-nos, agora, vertidas as considerações necessárias para uma contextualização do essencial à compreensão do campo em que nos movemos, posicionarmo-nos na discussão em aberto. A forma de constituição jurídica da situação do administrador constitui argumento fundamental à configuração da mesma de origem contratual. Com efeito, seja qual for a via pela qual tal situação tem origem, apresenta-se-nos como uma constante a existência de uma manifestação de vontade da sociedade nesse sentido, através de uma espécie de proposta contratual, ao (futuro) administrador, o qual irá, por sua vez aceitar (ou não) essa “escolha” que a sociedade sobre si fez recair. Assim, por via dessa proposta e subsequente aceitação, parece-nos natural a recondução desta figura a um contrato. Não será o contrato típico, a figura com que classicamente nos deparamos? Admitimos. No entanto, não devem as especificidades referidas afastar-nos do âmbito que melhor parece acolher esta figura: a consideração da sua recondução a uma espécie contratual. Além disso, aquelas serão superadas pelo especial regime que regula este “contrato” *sui generis*, motivo pelo qual consideramos pertinente a referência a um “contrato de administração”. Esse regime é consubstanciado por tudo quanto é estipulado

⁵⁵ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 921.

⁵⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 923.

⁵⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 924.

⁵⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., pp. 924 e 925.

nos estatutos, bem como aquilo que decorre da lei societária que regula esta matéria.

Na sequência de uma cuidada ponderação dos argumentos aqui relevantes, entendemos que a constituição desta situação, por todos os deveres e poderes – em rigor, poderes-deveres – que implica, e eventuais responsabilizações decorrentes de violações na forma de prossecução dos mesmos, não poderia surgir sem a anuência do sujeito em causa: o administrador.

Em conclusão, constata-se o padrão de existir, por um lado uma expressão de vontade da sociedade (na prática uma proposta) de que o sujeito seja constituído administrador e, por parte deste, a aceitação⁵⁹ da assunção de tal cargo. Estando no âmbito de relações privadas, verificando-se que esta situação surge pelo encontro de vontades das duas partes em causa, parece-nos natural, insistimos, defender a sua natureza contratual.

2. Os deveres de lealdade

2.1. Considerações gerais

A proibição de concorrência é uma das manifestações dos deveres de lealdade. Vejamos, em traços gerais, o que caracteriza esta figura.

Enquadra-se na categoria dos deveres gerais dos administradores (que se contrapõem aos deveres de conteúdo específico), nomeadamente nos deveres fundamentais dos administradores⁶⁰.

MENEZES CORDEIRO refere-se aos deveres de lealdade, com tradições milenárias, com origem na *fides*. O seu acolhimento foi operado pelo Direito alemão, com

⁵⁹ A aceitação pode ser expressa ou tácita (por exemplo pelo “começo do exercício de funções”), como referem RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas*, Suplemento aos BMJ nº 192, 1970, pp. 53 e 54.

⁶⁰ FILIPE BARREIROS, *A responsabilidade...*, cit., pp. 36 ss..

base na ideia de confiança. Configura-os como decorrência do princípio da boa fé^{61 62}.

Também ADELAIDE MENEZES LEITÃO refere a preponderância da jurisprudência alemã na concretização e desenvolvimento dos deveres de lealdade, posteriormente consagrados no *Kodex*, por via de referência a várias normas que se consubstanciam na sua concretização, entre elas, a proibição de concorrer com a sociedade⁶³.

Em sentido contrário, alguns autores mencionam a origem anglo-saxónica dos deveres de lealdade, referindo-se, nomeadamente, à figura do “*duty of loyalty*”. Com efeito, NUNO CALAIM LOURENÇO aborda o dever de lealdade como tendo origem na jurisprudência norte-americana do primeiro quartel do século XIX e a atual consagração deste dever nos vários países europeus. Em França tiveram também origem jurisprudencial por via de decisões proferidas pela *Court de Cassation* datadas de 1996 e 1998. Não existe uma definição legal consistente deste dever na Alemanha, onde apenas a lei das sociedades anónimas faz uma referência dispersa a propósito da proibição de concorrência e do dever de confidencialidade. Faz-se ainda uma breve alusão ao *Companies Act* britânico, de 2006, no qual figura um “dever de evitar situações de conflito de interesses”^{64 65}.

A génese destes deveres reside na existência de uma especial relação de confiança entre o administrador (gestor de um património alheio) e a sociedade (que escolhe aquele

⁶¹ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, in *Jornadas de homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, [Lisboa], 2006, *A reforma do código das sociedades comerciais* / coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PAULO CÂMARA; Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários - Coimbra: Almedina, 2007, p. 43.

⁶² Em comentário ao artigo 64.º, MENEZES CORDEIRO refere-se, efetivamente, ao dever de lealdade como “elemento alemão”, *Vide Código das Sociedades Comerciais Anotado...*, cit., p. 252; e, do mesmo Autor, *Os deveres fundamentais...*, cit., p. 47.

⁶³ Vide ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 37, nota de rodapé 58.

⁶⁴ Vide NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração e a business judgment rule*, Coimbra, Almedina, 2011 p. 22, nota de rodapé 25.

⁶⁵ “No entanto, a afirmação geral do dever e concretizações várias do mesmo têm berço mais que secular na jurisprudência estado-unidense”. Opinião de COUTINHO DE ABREU referindo-se aos deveres de lealdade, in *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2010, [ed. lit.] Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho - 2ª ed. - Coimbra: Almedina, 2010 - (Cadernos do IDET; 5), p. 26; “na Alemanha, apesar de a lei não consagrar em termos genéricos o dever de lealdade dos administradores (embora preveja algumas manifestações particulares), ele vem sendo reconhecido francamente na jurisprudência e na doutrina”. *Idem*, p. 26, nota de rodapé 41.

no pressuposto de que atuará no interesse desta). Com efeito, impende sobre o administrador o dever de ser leal para com a sociedade, uma vez que a sua atuação visa servir a mesma. SEAN J. GRIFFITH reconduz o dever de lealdade à ideia de fidelidade⁶⁶. PEDRO CAETANO NUNES rejeita a perspectiva de que o fundamento deste dever reside necessariamente na existência de uma relação de confiança, porque considera duvidoso que exista de facto, de forma frequente, tal tipo de relação nas sociedades anónimas, apontando para dificuldades gerais de fundamentação da lealdade na confiança. Na opinião do autor, “a permissão de confiança é reflexo ou, no mínimo, reverso de uma imposição de lealdade”. Este dever teria, na verdade, fundamento na ética⁶⁷.

Assim, a origem dogmática dos deveres de lealdade é explicada, por uns, como decorrência do princípio da boa fé (MENEZES CORDEIRO⁶⁸, ADELAIDE MENEZES LEITÃO⁶⁹, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA⁷⁰, PEDRO CAETANO NUNES⁷¹) e, por outros (CARNEIRO DA FRADA⁷²), como exigência derivada de uma situação de gestão de bens alheios que pressupõe, por isso, uma “específica lealdade”⁷³. Para aqueles que perfilham esta última posição a regra de conduta da boa fé “apenas assegura um equilíbrio dos interesses de ambas as partes em relações de troca”⁷⁴.

A transposição destes deveres para o Direito português, mais concretamente para o CSC, deu-se por via da Reforma de 2006 que através do DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março, alterou a redação do artigo 64.º, que passou a ter a epígrafe “deveres fundamentais dos administradores”⁷⁵. Aponta-se a inspiração deste preceito no artigo 17.º/1 do Decreto-Lei n.º49 381, de 15 de Novembro de 1969, por sua vez resultante do § 93 I AktG de

⁶⁶ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...*, cit., p. 290.

⁶⁷ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...*, cit., pp. 526 e 527.

⁶⁸ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais...*, cit., pp. 48 e 49; e Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 64.º, p. 253.

⁶⁹ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 37.

⁷⁰ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades...*, cit., pp. 203 ss..

⁷¹ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...*, cit., pp. 524 e 525.

⁷² “(...) o dever de lealdade do administrador perante a sociedade ultrapassa certamente a medida de conduta genericamente reclamada em nome da boa fé pelo art. 762, n.º 2, do Código Civil”. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in *Nos vinte anos do Código das Sociedades Comerciais*, II, 2007, Coimbra Editora, p. 216.

⁷³ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais...*, cit., p. 48.

⁷⁴ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...*, cit., p. 427.

⁷⁵ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais...*, cit., p. 49.

1965⁷⁶.

A nova redação, implementada na sequência da Reforma de 2006, em que se autonomiza os dois deveres fundamentais – dever de cuidado e dever de lealdade – corresponde, na opinião de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, a uma transposição do “*duty of care*” e do “*duty of loyalty*”⁷⁷.

Apesar de só com a referida Reforma o dever de lealdade aparecer consagrado expressamente, na alínea b) do art. 64.º, este existia já anteriormente, ainda que de forma implícita^{78 79 80}. No mesmo sentido, PEDRO CAETANO NUNES entende que o art. 64º/b) não consagra de forma originária o dever de lealdade, tem antes como função “especificar o dever de lealdade dos administradores, tornando explícita uma regra que já decorreria do regime civilístico”⁸¹. Mas veja-se as diferenças entre o regime civil e o regime societário.

A nova redação⁸², além de consagrar de forma explícita os dois deveres

⁷⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais...*, cit., p. 21 *Apud* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 32, nota de rodapé 41.

⁷⁷ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Business judgment rule...*, cit., p. 51.

⁷⁸ “Mas a versão anterior do art. 64.º continha já consagração implícita do dever”. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...*, cit. p. 25, nota de rodapé 39. O Ac. TRP 05/02/2009 acolhe este entendimento, referindo que “já antes da alteração e concretização operadas pelo DL 76-A/2006 se devia entender que o dever de diligência consagrado neste preceito se desdobrava em dois deveres: de cuidado (ou diligência em sentido estrito – gestor criterioso e ordenado) e de lealdade (no interesse da sociedade)”.

⁷⁹ É também este o entendimento de RICARDO COSTA, *Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”*, in I Congresso Direito das Sociedades em Revista (2010), Lisboa, org. Almedina - Coimbra: Almedina, 2011, p. 162 nota de rodapé 22.

⁸⁰ A conceção do dever de lealdade como um dever autónomo, reforçada pela redação introduzida pela Reforma de 2006, leva-nos a afastar do parecer do Ac. TRL 06/12/2012 na parte em que se lê “parecendo desnecessário autonomizar o dever de lealdade pelo qual a empresa deve ser dirigida de modo a prosseguir ou ter em vista o interesse da sociedade sendo o mesmo uma das facetas do dever geral de diligência na gestão”. O dever de lealdade não se confunde com a diligência. O primeiro corresponde a um dos deveres fundamentais dos administradores, legal e expressamente consagrado nos termos *supra* explicados. A segunda é um padrão de conduta a adotar na prossecução dos deveres que recaem sobre o administrador, entre eles o dever de lealdade.

⁸¹ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...*, cit., p. 529.

⁸² “Artigo 64.º

Deveres fundamentais

1 - Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e

b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

fundamentais dos administradores⁸³, deveres de cuidado e de lealdade, clarificando a sua existência e intensificando a vinculação aos mesmos, explicitou o conteúdo de ambos. Ilustrou, ainda, o critério de aferição da culpa a aplicar relativamente a estes deveres, consagrando a diligência do gestor criterioso e ordenado⁸⁴. Veio, assim, introduzir alguma concretização, sempre desejável num campo de particular incerteza, porquanto “minado” de conceitos indeterminados⁸⁵ ⁸⁶. Segundo VÂNIA MAGALHÃES, com a revisão do CSC o dever de lealdade deixou de se reconduzir a uma regra ética, pois ganhou o estatuto de “verdadeiro dever jurídico”⁸⁷. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, “o preceito é fundamental, sendo certo que dele decorre, no essencial, todo o resto”⁸⁸.

O dever de lealdade é previsto por recurso a uma cláusula de carácter geral, opção legislativa que se aplaude, pois, não obstante as dificuldades de concretização aqui implicadas, tem a vantagem de permitir uma “maior abrangência e elasticidade de modo

2 - Os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade”.

⁸³ ADELAIDE MENEZES LEITÃO defende que a redação do 64º não deveria ter separado os dois deveres, sugere uma formulação desse preceito que seria, a seu ver, mais adequada. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 39, nota de rodapé 62. No entanto, não deixa de reconhecer a importância de argumentos a favor da separação dos deveres em alíneas distintas: diferente natureza e evolução jus-histórica dos deveres de lealdade e de cuidado. Parece-nos que a separação das duas alíneas, de forma a autonomizar os dois deveres e assim clarificar um campo já esgotado por confusões suscitadas por imprecisões terminológicas e dúvidas quanto à concretização dos deveres em causa, é, de facto, pertinente. Facilita a interpretação e concretização dos deveres dos administradores. E em nada obsta a que o estudo sobre estes deveres seja feito de forma conjugada, método cujas vantagens compreendemos e, portanto, não negamos.

⁸⁴ Afastamo-nos da posição de ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE em Código das Sociedades Comerciais Anotado, Coimbra Editora, 2007, pp. 59 ss., relativamente à consideração de que tal critério era desnecessário. Fundamenta tal ideologia na crença de que o critério do bom pai de família previsto no Código Civil, ao invocar a diligência de um homem médio, tem em consideração a intensificação do zelo que dele se espera quando tal resulte da integração em ambiente de elevada exigência profissional. No entanto, apraz-nos sublinhar que tal entendimento teria como consequência deixar a apreciação do critério, e respetiva intensidade adequada, ao livre arbítrio do intérprete. Parece-nos, com efeito, prudente que se tenha privilegiado a segurança jurídica e previsto expressamente um critério específico a aplicar nesta sede.

⁸⁵ Quanto à definição de conceito indeterminado *Vide* ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades...*, cit., p. 167, nota de rodapé 536.

⁸⁶ “A actual redação do art. 64º visou fixar um núcleo mínimo de deveres dos administradores e densificá-los, mas acabou, por se apresentar como um preceito complexo, agregando elementos tradicionais, como a bitola de diligência, influências europeias como o dever lealdade e a referência aos diversos interesses e elementos anglo-saxónicos, como a menção ao dever de cuidado, contraposto ao dever de lealdade (cf. CSC Anotado, coordenado por António Menezes Cordeiro, pág. 252)”, *in* Ac. TRP 12/04/2012.

⁸⁷ Cfr. VÂNIA MAGALHÃES, em A Conduta dos Administradores... *Apud* Ac. TRP 12/04/2012.

⁸⁸ MENEZES CORDEIRO, Manual de Direito das Sociedades Comerciais, I, 2004 p. 40 *Apud* FILIPE BARREIROS, *A responsabilidade civil...*, cit., p. 45.

a aplicar-se a um conjunto mais vasto de situações”⁸⁹. A existência desta norma aberta – 64º/1/b) – tem como *ratio*, precisamente, suprir a insuficiência dos deveres legais específicos concretizadores do dever de lealdade⁹⁰. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA enfatiza as virtualidades desta cláusula geral: “se a indefinição e flexibilidade do conteúdo da lealdade constituem o seu maior perigo, explicam também a sua superioridade, ao permitirem a adaptação dos direitos e deveres recíprocos às circunstâncias concretas, alcançando soluções eficientes para os conflitos de interesses, que de outro modo não seriam atingidas”⁹¹. É precisamente nas áreas de vazio legislativo que a utilidade da previsão e compreensão dos deveres de lealdade atinge o seu expoente máximo⁹².

A lealdade, enquanto dever, é composta por uma vertente negativa e uma vertente positiva⁹³. COUTINHO DE ABREU realça que no dever de lealdade dos administradores existe uma dimensão positiva do dever (visa promover o interesse social)⁹⁴. Por sua vez, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS atribui maior relevância à vertente negativa: “a concretização do dever de lealdade é mais negativa do que positiva”⁹⁵. A proibição de não concorrência enquadra-se essencialmente na vertente negativa do dever de lealdade, porquanto postula a omissão de uma série de comportamentos que a consubstanciam conforme se visará demonstrar no estudo que se segue.

Quanto ao sujeito principal que visa proteger, entendemos que a lealdade impõe-se perante a sociedade: “a lealdade é-o para com a sociedade: não para acionistas ou para

⁸⁹ MARISA LARGUINHO, *O dever de lealdade: concretizações e situações de conflito resultantes da cumulação de funções de administração*, in *Direito das Sociedades em Revista - Ano 5 (Março 2013) Volume 9*, p. 195.

⁹⁰ MARISA LARGUINHO, *O dever de lealdade...*, cit., p. 195.

⁹¹ Vide ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades...*, cit., p. 171.

⁹² Apesar da inequívoca necessidade de concretização da lealdade, esta não deve ser entendida como mera cláusula geral, porquanto possui um conteúdo valorativo autónomo. Vide ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades...*, cit., p. 179.

⁹³ “(...) é, pois, um dever comportamental que exige, conforme as circunstâncias, condutas positivas ou negativas concretas”. MARISA LARGUINHO, *O dever de lealdade...*, cit., p. 193.

⁹⁴ Ao contrário do que se verifica, no entender do Autor, no dever de lealdade dos sócios, de conteúdo mais negativo do que positivo. Vide J. M. COUTINHO DE ABREU, *Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social*, in *Colóquio Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra, 2006, *Reformas do código das sociedades*, org. Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho - Coimbra: Almedina, 2007, p. 22, nota de rodapé 13.

⁹⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2ª ed. - Coimbra: Almedina, 2006, p. 360. No entanto importa contextualizar esta sua afirmação, que profere a propósito dos deveres de lealdade especificamente dos sócios.

stakeholders”⁹⁶. COUTINHO DE ABREU aborda esta ideia de proteção que atribui primazia ao interesse social em detrimento dos outros sujeitos que compõem a realidade societária. Em relação a estes – sócios, trabalhadores, credores, clientes – tal proteção não é imediata^{97 98}. Em oposição a este entendimento, alguns autores realçam que a lealdade para se concretizar tem que existir de forma plena, incidindo portanto em relação a todos quanto compõem a realidade societária em questão⁹⁹. Consideramos que, de facto, este dever justifica-se essencialmente perante a sociedade, não obstante a necessidade de ponderação de outros interesses, quando assim se conceba (visto que não é uma questão pacífica)¹⁰⁰.

A intensidade deste dever varia, naturalmente, consoante o tipo societário. Parece lógico que a incidência deste dever tenha maior relevo em sociedades de maior componente personalística. É nesse sentido que se posiciona doutrinamente PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, entendimento que acompanhamos. Afirma, em consonância com isso, que “nas sociedades de pessoas o dever de lealdade é, em princípio, mais intenso do que nas sociedades de capitais e, de entre estas, mais nas sociedades fechadas do que nas abertas”¹⁰¹. Acrescenta que “o reconhecimento dos deveres de lealdade em sociedades de pessoas foi mais fácil do que entre sociedades de capitais, *maxime*, sociedades anónimas”^{102 103}.

No entanto, em sentido contrário, PEDRO CAETANO NUNES propugna que “o dever de lealdade dos administradores de sociedades anónimas é mais intenso do que o

⁹⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 881.

⁹⁷ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial – Vol. II – (das Sociedades)* - 4ª ed. - Coimbra: Almedina, 2011, pp. 308 e 309.

⁹⁸ «(...) a relação de lealdade tem como outro pólo a sociedade e não os sócios. No que aos sócios concerne, apenas se deve “atender” aos seus interesses de longo prazo». PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade Civil...*, cit., p. 18.

⁹⁹ “A lealdade tem, sempre e à partida, de observar-se perante todos”. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., p. 219.

¹⁰⁰ Voltaremos a este assunto em 2.2.

¹⁰¹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 334.

¹⁰² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 364.

¹⁰³ O mesmo Autor refere-se às sociedades de estrutura personalista “com fortes relações de mútua confiança entre os sócios e externamente identificadas em boa medida com eles”, acrescentando que “o conteúdo e extensão do dever variam consoante o tipo legal societário e (sobretudo) a natureza mais personalística ou capitalística da concreta sociedade (de qualquer tipo), e a posição ou poder dos sócios”, quanto aos deveres de lealdade dos sócios. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 317.

dever de lealdade dos titulares dos órgãos executivos de outras sociedades (isto é, de outros tipos societários), dado o maior distanciamento entre a gestão e o capital, a maior dificuldade de controlo da gestão e a maior preponderância do órgão executivo face à colectividade dos sócios”¹⁰⁴. Não se compreende este entendimento quando o Autor se revela cético quanto à possibilidade de existência de uma relação de confiança nas sociedades anónimas¹⁰⁵. Que sentido faria configurar um dever – com especial intensidade, comparativamente com as restantes áreas em que incide – precisamente num âmbito no qual se descrê da possibilidade ou praticabilidade da sua existência?

Outra particularidade que divide a doutrina portuguesa é sobre a existência no artigo 64.º apenas de elementos de culpa ou também de ilicitude. A tese dominante é a da existência da ilicitude e da culpa no sistema de responsabilidade civil dos administradores em Portugal¹⁰⁶. COUTINHO DE ABREU defende que o art. 64º é fundamento autónomo de responsabilidade (mesmo na sua versão originária), desempenhando uma dupla função: prevê deveres cuja violação implica ilicitude, além de delimitar o critério de apreciação da culpa por referência à bitola do gestor criterioso e ordenado.¹⁰⁷ Este entendimento é acompanhado por autores tais como PEDRO CAETANO NUNES¹⁰⁸, MARIA ELISABETE GOMES RAMOS¹⁰⁹, JOÃO SOARES DA SILVA¹¹⁰, FILIPE BARREIROS¹¹¹. Em sentido contrário, MENEZES CORDEIRO¹¹², ANTUNES

¹⁰⁴ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 90.

¹⁰⁵ Cfr. *Supra* p. 20.

¹⁰⁶ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Business judgment rule...*, cit., p. 53.

¹⁰⁷ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Deveres de cuidado e de lealdade...*, cit., p. 30.

¹⁰⁸ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 35.

¹⁰⁹ MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, Responsabilidade Civil dos administradores e directores de sociedade anónimas perante os credores sociais, 2002, p. 87 *Apud* VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social*, in *Revista de direito das sociedades / propr.* Instituto de Direito das Sociedades, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 285 e 286.

¹¹⁰ JOÃO SOARES DA SILVA, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedade: Os Deveres Gerais e a Corporate Governance*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 57, Lisboa, Abril 1997, pp. 625 e 626.

¹¹¹ FILIPE BARREIROS, *A responsabilidade...*, cit., pp. 45 ss..

¹¹² MENEZES CORDEIRO, Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades, *ROA*, 2006, p. 485 *Apud* VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores...*, cit., pp. 385 e 386.

VARELA¹¹³, RAÚL VENTURA¹¹⁴ e BRITO CORREIA¹¹⁵ defendem que o art. 64º não é fundamento autónomo de responsabilidade civil¹¹⁶.

Parece-nos que o art. 64º consagra, por si só, um verdadeiro dever de lealdade que abrange condutas que não estão expressa e autonomamente consagradas na lei, precisamente pela óbvia dificuldade de prever, de forma exaustiva, todos os comportamentos em que o administrador deve observar essa lealdade. Assim sendo, fará sentido configurá-lo como fonte autónoma de deveres, mas não como fonte autónoma de responsabilização. Para esta surgir tem que se conjugar com outros preceitos. No que diz respeito à responsabilidade perante a sociedade, deve conjugar-se com o artigo 72.º CSC.

A cumulação na mesma pessoa do estatuto de sócio com as funções de administrador remete para a existência de uma zona especialmente sensível, convocando uma tutela mais intensa da lealdade perante a sociedade. Assim entende PEDRO PAIS DE VASCONCELOS¹¹⁷. Justifica-se, portanto, um reforço da censurabilidade da sua conduta quando desrespeitem deveres de lealdade e, conseqüentemente, uma maior responsabilização.

No seguimento do *supra* exposto estamos aptos a conceber, em traços gerais, o dever de lealdade como cláusula geral, um dever geral de conduta, indeterminado, fiduciário, “sem conteúdo específico, e determinável à luz das situações concretas a que se aplica”¹¹⁸.

Em suma, “a lealdade determinará quais os interesses a prosseguir e a diligência especificará como podem ser acautelados”¹¹⁹.

¹¹³ In Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de Março de 1993, RLJ 126, 1994, p. 315 *Apud* VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores...*, cit., pp. 385 e 386.

¹¹⁴ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*, vol. III, 1991, p. 148 *Apud* VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores...*, cit., pp. 385 e 386.

¹¹⁵ BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas*, 1993, p. 596 *Apud* VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores...*, cit., pp. 385 e 386.

¹¹⁶ *Vide* VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores...*, cit., pp. 385 e 386, embora isto diga respeito ao entendimento destes autores “antes da Reforma do CSC”.

¹¹⁷ “Estes sócios têm posições privilegiadas de poder e de informação na sociedade” referindo-se aos sócios-gestores. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 365.

¹¹⁸ MARISA LARGUINHO, *O dever de lealdade...*, cit., pp. 201 e 202.

¹¹⁹ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...*, cit., p. 425.

2.2. O interesse societário

Parte da doutrina defende que a prossecução de interesses está mais ligada aos deveres de cuidado do que aos deveres de lealdade¹²⁰. No entanto, defendemos a genuína relação entre interesses e deveres de lealdade. ADELAIDE MENEZES LEITÃO pronuncia-se no sentido de que “a lealdade não realiza interesses, mas decorre do cumprimento dos deveres de lealdade a prossecução de interesses. Não há, pois, que limitar a referência aos interesses nos deveres de cuidado”¹²¹.

Clarifiquemos qual a relação entre os deveres de lealdade e o dever de prosseguir o interesse da sociedade. Neste aspeto acompanhamos o entendimento de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA de que o dever de lealdade não se limita à prossecução do interesse social. A necessidade de promoção deste dever sempre resultaria da ligação especial que está em causa¹²².

A propósito da compreensão desta relação, note-se que os deveres de lealdade ultrapassam as meras situações de conflitos de interesse, pois vigoram e devem ser observados mesmo em situações em que não há qualquer conflito, portanto seria erróneo reconduzir o dever de lealdade apenas à prossecução do interesse societário, atenta a maior abrangência daquele^{123 124}.

Uma outra alteração pertinente, trazida pela nova redação do artigo 64.º CSC, traduz-se na ampliação dos interesses a serem ponderados pelo administrador na sua atuação. Com efeito, a nova redação do artigo 64.º alarga o leque de interesses a serem atendidos ou pelo menos ponderados pelos administradores, indício de uma presença mais

¹²⁰ A prossecução de interesses está mais ligada aos deveres de cuidado do que aos deveres de lealdade, cabendo a estes últimos, na verdade, o papel de “critério de composição de interesses”, traduzindo-se na concretização, em cada caso, do interesse a ser prosseguido, em caso de conflito. *Vide* ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades...*, cit., p. 251.

¹²¹ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 38, nota de rodapé 58.

¹²² “Afirmar que o dever de lealdade assenta no dever de prosseguir o interesse seria, em síntese, pura petição de princípio. Além disso, tal via nem sequer é necessária: a exigência de uma ligação especial, com o inerente agravamento da possibilidade de ingerências danosas, é suficiente para justificar o incremento do padrão de conduta face à relação comum de anonimato”. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades...*, cit., pp. 225 e 226, nota de rodapé 725. Note-se, no entanto, que tece essas considerações a propósito dos deveres de lealdade dos sócios.

¹²³ *Vide* MARISA LARGUINHO, *O dever de lealdade...*, cit., p. 199.

¹²⁴ “O dever de lealdade veda (...) a sobreposição do interesse do administrador ao interesse da sociedade”. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Business judgment rule...*, cit., p. 64.

intensa da tese institucionalista da sociedade. O interesse social surge, assim, consagrado com um valor reforçado¹²⁵.

A inexistência de uma definição legal ou constitucional de “interesse” determina que o recurso ao mesmo deva ser acompanhado da respetiva elucidação¹²⁶. Assim, cabe-nos tentar elaborar, tão bem quanto nos seja possível, esta árdua tarefa de definição. Para P.G. JAEGER¹²⁷, a noção de interesse pode ser reconduzida à relação entre um sujeito que tem uma necessidade e o bem apto para satisfazê-la. Quanto à noção de interesse social, depende da tese a que aderimos.

Com efeito, a questão central que se coloca relativamente ao interesse societário é se o mesmo deve ser concebido como correspondendo ao interesse dos sócios (tese contratualista) ou, se é possível autonomizar um interesse da sociedade diverso da mera soma dos interesses daqueles (tese institucionalista), em conexão com a ideia de que os interesses de outros sujeitos devem ser objeto de ponderação. Vejamos os pilares sobre os quais se ergue cada uma das orientações.

As teorias contratualistas¹²⁸ (“*shareholder primacy*”¹²⁹) caracterizam-se por se desenvolverem através do enfoque, não na sociedade em si mesma considerada, mas nas pessoas que a constituem: os sócios. Interesse social seria o interesse coletivo ou comum dos sócios.

Na doutrina, surge como defensor destas orientações MENEZES CORDEIRO, que refere quanto à sociedade que «não é configurável atribuir-lhe “interesses próprios”» e que “uma regra, dirigida a uma pessoa colectiva, será sempre, em última instância, uma norma destinada aos administradores ou aos sócios (...) mas é-o em modo colectivo, isto

¹²⁵ Vide FILIPE BARREIROS, *A responsabilidade...*, cit., p. 69.

¹²⁶ Na verdade, “quem utilize esse termo e o defenda como operacional tem, como elementar manifestação de seriedade intelectual e científica, o ónus de o explicar”. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais...*, cit. p. 38.

¹²⁷ P. G. JAEGER, L’interesse social, 1964, p. 4 *Apud* VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores...*, cit., p. 403, nota de rodapé 101.

¹²⁸ Típicas do sistema anglo-americano (EUA, Inglaterra e Austrália). Vide CATARINA SERRA, *Entre corporate governance e corporate responsibility: deveres fiduciários e ‘interesse social iluminado’*, in I Congresso Direito das Sociedades em Revista (2010), Lisboa, org. Almedina - Coimbra: Almedina, 2011, p. 216, nota de rodapé 23.

¹²⁹ Expressão usada por PAIS DE VASCONCELOS, in *Responsabilidade Civil...*, cit., p. 13.

é, pela particular técnica ideologicamente significativa, da personalidade colectiva”¹³⁰.

Neste âmbito são dois os entendimentos possíveis. O primeiro consiste em reconduzir o interesse social ao interesse comum dos sócios, por oposição a um segundo entendimento que se traduz na correspondência daquele interesse, na verdade, à conjugação dos interesses individuais dos sócios. BRITO CORREIA apresenta o interesse a prosseguir como “aquele interesse comum dos sócios para cuja satisfação a sociedade foi constituída, e que em cada momento se define como aquele interesse que for comum aos sócios dentro do limite marcado pelos fins da sociedade”¹³¹. RAÚL VENTURA também propugna a correspondência ao “interesse dos sócios, (...) interesse que os levou a efectuar contribuições para o exercício comum de uma actividade, a fim de partilharem os lucros”¹³², à semelhança de LOBO XAVIER¹³³.

Destacamos ainda o entendimento de que “interesse social assente na própria sociedade, enquanto instituição diferente dos sócios, é uma abstracção e parece não ser defensável”¹³⁴, bem como uma razão de índole histórica: a inclusão do interesse da sociedade no art. 64º resultou de uma opção de BRITO CORREIA em transpor a 5.ª Diretiva das Sociedades Comerciais. Mas este Autor não pretendia, através dessa transposição, consagrar a orientação institucionalista de interesse social. Neste mesmo sentido, é alegado que a noção de sociedade que importa é a do art. 980º CC e não a do art. 64º CSC. Causa-nos, no entanto, estranheza que os mesmos autores que reconhecem que a lei, no art. 5.º CSC, confere personalidade jurídica à sociedade, considerem tal preceito insuficiente para entender a sociedade como um ente autónomo. Esta corrente doutrinal abrange o entendimento de que interesse social resulta, em primeira linha, do contrato social, e é conformado pelas deliberações sociais (limitadas pelo contrato social e regras de abuso de direito).

¹³⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais, pp. 521-522 *Apud* PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., pp. 318 e 319.

¹³¹ BRITO CORREIA, Direito Comercial, II, Sociedades Comerciais, pp. 49 ss. *Apud* PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 317.

¹³² RAÚL VENTURA, Sociedades por Quotas, III, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 150-151 *Apud* PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 316.

¹³³ LOBO XAVIER, Anulação de deliberação social e deliberações conexas, 1976, p. 242, nota 116 *Apud* VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores...*, cit., p. 410.

¹³⁴ VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores...*, cit., p. 410.

Os defensores desta corrente argumentam que «a referência aos interesses a longo prazo dos sócios deverá significar que os de curto e médio prazo já estão incluídos na fórmula terminológica de “interesse da sociedade” e que a actuação dos administradores deverá tender para a concretização duradoura do contrato de sociedade celebrado entre os sócios»¹³⁵. Discordamos desta interpretação. O dever de lealdade do art. 64.º impõe a prossecução dos interesses dos sócios porque há com estes uma relação de fidúcia, mas com os terceiros (que têm interesses contrapostos para com a sociedade) não há esta relação fiduciária que sustente estes deveres também para com eles. A referência àqueles outros interesses acontece apenas na medida em que são instrumentais do “interesse social” – este sim relevante¹³⁶.

Apesar de não existir em relação aos restantes sujeitos uma relação fiduciária semelhante à que se estabelece com os sócios, não deve deixar de reconhecer-se o importante papel que também aqueles desempenham com o seu contributo para o sucesso da sociedade. Uma sociedade, constituída pelos mais leais sócios, não se desenvolveria e acabaria por não “sobreviver” se não integrar trabalhadores que contribuam para ter clientes. Embora a sociedade se erga, numa primeira fase, pela vontade dos sócios, a sua permanência e continuidade reclama a ponderação de outros interesses vitais à respetiva sustentabilidade.

As teorias institucionalistas (“*stakeholder value*”¹³⁷) de origem alemã têm na sua génese a ideia da “empresa em si”¹³⁸. Esta surgiu impulsionada pela necessidade de

¹³⁵ VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores...*, cit., p. 412.

¹³⁶ VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores...*, cit., p. 413.

¹³⁷ PEDRO PAIS VASCONCELOS define *stakeholders* como “especialmente interessados”. Adverte que este conceito abrange não só as pessoas relevantes para a sustentabilidade da sociedade, mas também aquelas para quem essa sustentabilidade seja importante. Cfr., deste autor, *Responsabilidade Civil...*, cit., p. 20 nota de rodapé 16. FILIPE BARREIROS, desenvolvendo o âmbito deste conceito refere que «“stakeholders” são pessoas, grupos, organizações ou instituições que têm um especial interesse na sociedade porque podem afectar ou ser afectados pelos seus actos, comportamentos ou estratégias. Incluem normalmente empregadores, credores, clientes, fornecedores, sindicatos, organizações não governamentais, comunidades locais onde estão inseridos os estabelecimentos, o próprio Estado e organizações estatais e os próprios accionistas. Não há regras para o reconhecimento da qualidade de stakeholders, pois varia muito entre eles a legitimidade do interesse, e a intensidade do mesmo» Cfr., deste autor, *A responsabilidade civil...*, cit., p. 67, nota de rodapé 48.

¹³⁸ “(...) a sociedade tem natureza institucional e fundacional(...)é, então, um ente jurídico personalizado com autonomia própria, que age no seu próprio interesse e nos de uma pluralidade de beneficiários entre os quais se incluem os sócios e, além deles, ainda outros interessados”. PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade Civil...*, cit., p. 14.

superar as carências económicas posteriores à I Guerra Mundial. Está subjacente à mesma a ideia de que “os interesses dos accionistas merecem a mesma tutela que os interesses dos trabalhadores, dos consumidores e que o interesse colectivo ao desenvolvimento da economia”¹³⁹. Esta orientação é perfilhada por OLIVEIRA ASCENÇÃO¹⁴⁰, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA ¹⁴¹, NUNO MARQUES ESTACA ¹⁴² e FILIPE BARREIROS¹⁴³. Um dos argumentos que sustenta esta tese decorre da letra da nova redação do art. 64º, em que é mantido o papel central da própria sociedade e ficou claramente afastada a ideia da restrição do interesse social apenas aos interesses dos sócios¹⁴⁴.

Também ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA faz referência à autonomia entre interesse da sociedade enquanto pessoa coletiva autónoma e interesses dos sócios, sem deixar de apontar, no entanto, a dificuldade de concretização do primeiro, uma vez tratar-se a sociedade de “entidade jurídica artificial”¹⁴⁵. Sem embargo, não nos deixemos intimidar pela dificuldade implicada pelo acolhimento da solução que parece a mais adequada. A implementação de uma solução errada e inadequada (como o entendimento do interesse societário ditado pela tese contratualista) é que seria fatal à evolução da figura da sociedade. A superação dessa dificuldade, que se assume, é tarefa da doutrina e jurisprudência.

Referindo-se à autonomia do interesse da sociedade, ADELAIDE MENEZES LEITÃO afirma que “há um interesse da sociedade que se autonomiza, interpõe e sobrepõe aos interesses dos sócios”, ainda que estes últimos também contribuam para a sua definição. Segunda a Autora, “a sociedade serve os sócios. A administração serve a sociedade”¹⁴⁶.

¹³⁹ VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores...*, cit., p. 404.

¹⁴⁰ OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito comercial – Sociedades comerciais*, IV, 2000, pp. 65 ss. *Apud* VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores...*, cit., p. 404.

¹⁴¹ ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, 4.º ed., 2006, p. 90 *Apud* VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores...*, cit., p. 404.

¹⁴² JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, *O interesse social nas deliberações sociais*, 2003, p. 119 *Apud* VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores...*, cit., p. 404.

¹⁴³ FILIPE BARREIROS, *A responsabilidade...*, cit., p. 65.

¹⁴⁴ *Vide* PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 322.

¹⁴⁵ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades...*, cit., p. 250, nota de rodapé 806.

¹⁴⁶ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 34, nota de rodapé 48.

São inúmeras, mas igualmente questionáveis, as críticas dirigidas a esta concepção. Senão vejamos: rebate-se a mesma com a referência a que o interesse dos trabalhadores e interesse público têm instrumentos próprios de proteção. Sem negar esta constatação, importa apenas a compreensão da mesma como uma tentativa frustrada de fazer improceder as orientações institucionalistas: os instrumentos de proteção que se refere existem mas são insuficientes, pois não comportam em si uma previsão plena das particularidades do campo societário¹⁴⁷. Quanto à crítica que decorre do entendimento de que o interesse da sociedade é algo que na realidade não existe, oferece-nos o seguinte: negar a configurabilidade de um interesse próprio da sociedade levaria a pôr em causa também a existência da própria sociedade enquanto ente autónomo e com relevância jurídica. Não se concorda que se coloque em causa a autonomia e relevância jurídica de uma entidade que é sujeito principal de uma miríade de normas no nosso ordenamento, que dão corpo ao Código das Sociedades Comerciais. Àqueles que alegam que a procedência desta tese levaria a uma desproteção dos sócios, respondamos com a simples constatação de que esta não é a única norma com a potencialidade de os proteger.

Aderimos assim à tese institucionalista. Não deixamos de elencar os argumentos dos adeptos da teoria contratualista, mas também quanto a estes tecemos considerações críticas no sentido de demonstrar a sua improcedência. Argumento de peso passa pelo seguinte: “se a sociedade tem personalidade jurídica – e no direito português todas as sociedades comerciais a têm – é inevitável que haja diferenciação subjectiva entre a sociedade e o sócio”¹⁴⁸. Donde resulta a utilidade de definição de um interesse da sociedade, enquanto pessoa jurídica distinta dos sócios. O nosso entendimento é, acima de tudo, sustentado pela profunda convicção de que a sociedade é muito mais do que a mera soma dos sujeitos que a compõem.

Corroborando esta orientação veja-se o Ac. TRC 20/10/2005 no qual se explica que a sociedade “é um ente diferente de cada um dos seus sócios e da totalidade destes”. No Ac. STJ 08/05/2013, citando JOÃO LABAREDA, a sociedade é referida como

¹⁴⁷ Note-se ainda que HAUSSMANN alega ser “inconcebível atribuir um interesse a uma pessoa não física”. Vide VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores...*, cit., p. 405. “Separar a sociedade dos sócios é má escolha: despersonaliza um instituto que uma longa experiência mostrou melhor estar no Direito privado”. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 40.

¹⁴⁸ Vide PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 320.

“centro autónomo de congregação e imputação de interesses”¹⁴⁹.

Há ainda a conceção de COUTINHO DE ABREU, que merece uma breve referência, pelo seu posicionamento intermédio. Embora se incline mais para a tese contratualista, o Autor defende uma espécie de “institucionalismo moderado”, principalmente determinado pela letra do artigo 64.º CSC¹⁵⁰. Face à primeira versão do art. 64º importa concluir, segundo este Autor, que a conceção contratualista do interesse social não era adequada, propugnando, ao invés, a consideração da existência de um certo institucionalismo. Mais tarde, com a reforma de 2006, a letra da disposição surge alterada. Estas alterações corroboram a presença desse institucionalismo, agora “se não mais intenso, pelo menos mais extenso (são mais os interesses a ponderar pelos administradores)”¹⁵¹.

Apesar da nossa opção pela configuração do interesse societário como o interesse autónomo da sociedade, não raras vezes associado a uma necessidade de ponderação igualitária dos interesses dos vários sujeitos envolvidos na realidade societária, cumpre-nos afirmar a nossa adesão ao entendimento de que o interesse dos sócios tem uma certa prevalência por comparação aos restantes. Nesse mesmo sentido se posiciona o legislador ao determinar no art. 64º CSC a consideração, em primeiro lugar, dos interesses dos sócios¹⁵². Quanto aos restantes advoga-se a sua ponderação.

Qual será então, na prática, a medida certa de ponderação dos diversos interesses? Quanto a este ponto, consideramos acertado o exemplo de COUTINHO DE ABREU: se

¹⁴⁹ Cfr. JOÃO LABAREDA, Notícias sobre os processos destinados ao exercício dos direitos sociais, *in* Direito e Justiça, vol XIII, Tomo I, 1999, p. 44 *Apud* Ac. STJ 08/05/2013.

¹⁵⁰ “Já a redacção do artigo 64º (...) mantendo embora dominante o contratualismo, como quadro de referência válido no domínio do comportamento dos sócios, quanto à actuação (principalmente) dos órgãos de administração, marca presença o institucionalismo – embora moderado (já por apenas os interesses dos trabalhadores deverem ser tidos em conta juntamente com os interesses dos sócios, já porque aqueles interesses possuem menor peso que estes)” PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 318, referindo-se à opinião de COUTINHO DE ABREU, *in* Curso de Direito Comercial, II, Das Sociedades, p. 302.

¹⁵¹ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial...*, cit., p. 296.

¹⁵² J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial...*, cit., p. 309. Demarcamo-nos da tese de ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE que interpreta a nova redacção do art. 64º como uma aproximação às teorias contratualistas. Para o Autor a referência à necessidade de atender aos “interesses de longo prazo dos sócios” determina a consideração destes como parte do “interesse social”. Não se concebe que assim seja. Aquela referência significa, na verdade, a primazia que esses interesses devem ter por comparação aos outros cuja ponderação se prevê. Cfr. TRIUNFANTE, ARMANDO MANUEL, Código das Sociedades..., cit., pp. 59 ss..

o sector empresarial não produz lucros ou produz poucos lucros, os administradores deverão optar por eliminar postos de trabalho, se isso beneficiar a empresa, escolhendo, portanto, dar prevalência aos interesses dos sócios. No entanto, se a margem de lucro do sector empresarial aumentar ao despedir trabalhadores, não seria essa a conduta adequada, pois “atender aos interesses dos sócios e ponderar os interesses dos trabalhadores implicará que a harmonização de ambos exija aquela manutenção”¹⁵³.

Além disso, com os sócios existe uma relação fiduciária que inexistente quanto aos outros sujeitos. CARNEIRO DA FRADA refere que a “atendibilidade e ponderação de tais outros interesses não pode sacrificar ordinariamente o interesse social”, esclarecendo a distinção: “não são exigências de lealdade, são interesses de terceiros implicados ou conexos com a sociedade”, não deixando, portanto, de reconhecer a sua dignidade para efeitos de ponderação independentemente de ter uma origem diferente daquela que determina a atendibilidade, em primeira linha, aos interesses dos sócios¹⁵⁴.

Ainda quanto aos interesses dos outros sujeitos (além dos sócios) a que a lei manda atender, duas notas: em primeiro lugar, quanto à crítica tecida por CARNEIRO DA FRADA¹⁵⁵ de que esse elenco de interesses pecou por insuficiência ao omitir uma referência expressa aos consumidores e ao ambiente. Repare-se que isso não obsta a que se entenda que os mesmos estão aí incluídos o que, aliás, faz sentido, uma vez que a lista do art. 64.º/1/b) é exemplificativa. Tal decorre da fórmula “tais como”¹⁵⁶. Apreciamos sublinhar que entendemos que uma referência exaustiva a todos os interesses a ponderar seria uma tarefa provavelmente injustificada e certamente impraticável.

Em segundo lugar, na doutrina verifica-se um tom cético quanto à dificuldade de ponderação de tantos interesses. MENEZES CORDEIRO manifesta a sua convicção de que o respeito pela lealdade devida à sociedade é incompatível com a ponderação de interesses dos outros sujeitos que a integram, pois «quem é “leal” a todos, particularmente

¹⁵³ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial...*, cit., p. 307.

¹⁵⁴ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., p. 222.

¹⁵⁵ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., p. 223.

¹⁵⁶ Nesse sentido vide J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial...*, cit., p. 298, nota de rodapé 207.

havendo sujeitos em conflito, acaba desleal perante toda a gente»^{157 158}.

A nosso ver esta questão fica resolvida por via do entendimento de que há prevalência dos interesses dos sócios e da inevitável concretização caso a caso da conduta mais correta e mais leal à sociedade, porque é sobretudo a esta que a lealdade é devida. Também ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA menciona a ideia de que a pessoa ou é leal ou não é¹⁵⁹. Para CARNEIRO DA FRADA a lealdade teria que observar-se em absoluto – perante todos – sob pena de comprometer a sua verificação. Acredita que os administradores «não podem ser “mais leais a uns do que a outros”. Se o são, já são desleais»¹⁶⁰. Discorda-se. É porventura possível compatibilizar a lealdade devida a vários sujeitos, com intensidades diferentes, mas mais uma vez, essa ponderação deve ser feita caso a caso.

As considerações em torno da prossecução do interesse social adquirem especial relevância no domínio da discricionariedade do administrador. O nosso estudo move-se num campo no qual a margem de discricionariedade do administrador é – face às cláusulas gerais, normas de conteúdo aberto e aos conceitos indeterminados – verdadeiramente ampla. Entende-se que a tarefa de ponderação de uma multiplicidade de interesses de que é incumbido o administrador constitui um fator de ampliação da sua discricionariedade. Nesse sentido, COUTINHO DE ABREU, referindo-se ao artigo 64.º/1/b) afirma “todavia, nas situações em que é muito duvidoso saber se houve ou não abuso de discricionariedade, o artigo joga sem dúvida a favor do gestor”¹⁶¹. O mesmo Autor realça “quanto maior o elenco dos interesses a considerar e quanto mais difusos e conflituantes eles forem, maior será a discricionariedade dos administradores e menor a controlabilidade da sua actuação – torna-se mais fácil justificar (apelando a um ou outro interesse) qualquer decisão”¹⁶².

A referência à necessidade de ponderação de outros interesses tem consequências

¹⁵⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais...*, cit. p. 41.

¹⁵⁸ “A lealdade é um bem escasso (a finite good): quanto maior for o número de pessoas a quem se deve lealdade menor é o valor que ela tem para cada uma”. CATARINA SERRA, *Entre corporate governance...*, cit., p. 214, nota de rodapé 14.

¹⁵⁹ Vide ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades...*, cit., pp. 20 ss..

¹⁶⁰ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., p. 219.

¹⁶¹ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade : as empresas no direito*, Coimbra: Almedina, 1996, p. 232.

¹⁶² J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial...*, cit., pp. 301 e 302.

a nível da responsabilidade dos administradores: a diversidade de interesses, além do interesse social, a que o administrador pode atender e ponderar determina que “uma gestão que não se tenha orientado estritamente para a maximização do lucro gerado pela empresa não conduz necessariamente a responsabilidade”¹⁶³. No mesmo sentido COUTINHO DE ABREU menciona a exclusão ou limitação da responsabilidade dos administradores que, por vezes, resulta da referência do art. 64º aos interesses dos *stakeholders*¹⁶⁴.

COUTINHO DE ABREU, num estudo sobre o dever do sócio de atuar de forma compatível com o interesse social, questiona a autonomização deste interesse também nas sociedades unipessoais. Uma parte da doutrina, por influência germânica, nega essa autonomização por confronto a uma segunda parte, em crescimento, que admite a referência a um interesse social, enquanto noção distinta do interesse do sócio¹⁶⁵. Também quanto ao administrador-único (que seja simultaneamente sócio) de uma sociedade unipessoal seria pertinente refletir esta questão.

Cabe-nos apenas aplaudir a segunda orientação doutrinária, a que adere COUTINHO DE ABREU, que admite a autonomização de um interesse social apesar da existência de um único sócio (e também quanto ao administrador-único numa sociedade unipessoal), porquanto entendimento diferente tem como premissa a consideração de que não há diferença entre o sócio/administrador exercer aquela atividade em nome individual, ou fazê-lo através do recurso a uma estrutura societária – detentora de personalidade jurídica, alvo de normas regulatórias específicas, e realidade distinta do sócio que a compõe. Não negamos, no entanto, que, de facto, nestes casos será mais reduzido e de difícil concretização o dever de prossecução do interesse social.

Como bem aponta ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, o administrador está sempre ao serviço do interesse social, mas a lealdade tem a virtude de permitir, face a um conflito, encontrar o equilíbrio dos diversos interesses a atender no âmbito da sociedade¹⁶⁶. Em jeito de conclusão, importa dizer que os deveres de lealdade e, em

¹⁶³ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., p. 223.

¹⁶⁴ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial...*, cit., p. 309.

¹⁶⁵ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial...*, cit., pp. 321 e 322.

¹⁶⁶ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades...*, cit., p. 252.

particular, o dever de prossecução do interesse social, implicam que o administrador, ao atuar, coloque o interesse da sociedade em primeiro lugar, vedando-lhe a prossecução dos seus interesses próprios¹⁶⁷. No mesmo sentido pronuncia-se a jurisprudência nacional, nomeadamente através do Ac. TRL 28/06/2012 no qual se lê “o dever de lealdade está associado não só à obrigação de não concorrência como também à obrigação de não aproveitar em benefício próprio os créditos da mesma, devendo o gerente atuar de acordo com o interesse social e não no seu interesse pessoal”.

II. A obrigação de não concorrência

1. Conceitos estruturantes – “atividade concorrente”

A proibição de concorrência é expressamente consagrada no nosso CSC tanto quanto às sociedades por quotas como às sociedades anónimas, nos arts. 254º e 398º respectivamente¹⁶⁸. Apesar de a lei não prescrever a proibição para os gerentes das sociedades em nome coletivo e em comandita, COUTINHO DE ABREU defende a aplicação analógica do art. 254º aos gerentes não sócios das sociedades em nome coletivo e em comandita simples. Aos gerentes das sociedades em comandita por ações aplica-se o art. 398º/3 a 5 por força do art. 478.^{o169}.

A obrigação de não concorrência é uma das concretizações específicas dos deveres de lealdade¹⁷⁰. A proibição incide sobre o exercício de “atividade concorrente” com a sociedade. Ponto preliminar à compreensão desta figura é, portanto, a clarificação deste conceito. O que é a “atividade concorrente” com a da sociedade?

Uma atividade é “uma série de actos ordenados a um fim”¹⁷¹. O artigo 254º/2 CSC ao definir atividade concorrente, exige a verificação de dois requisitos cumulativos: em

¹⁶⁷ Deve atuar no “interesse exclusivo da sociedade e dos accionistas, dando prevalência aos interesses da sociedade sobre os seus interesses pessoais”. FILIPE BARREIROS, *A responsabilidade...*, cit., p. 42.

¹⁶⁸ Aplica-se às outras sociedades também. Vide J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 28 nota de rodapé 47.

¹⁶⁹ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 28. nota de rodapé 47.

¹⁷⁰ Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 254.º, p. 740.

¹⁷¹ LOBO V. C. XAVIER, *Sociedades Comerciais. Lições aos alunos de Direito comercial do 4º ano jurídico*. João Abrantes, Coimbra, 1987, p. 46 *Apud* Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)/ [org.] Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho - Coimbra: Almedina, 2010 - vol. IV (2012) e VI (2013), p. 344, nota de rodapé 25.

primeiro lugar, a atividade estar abrangida no objeto social da sociedade concorrida; e, em segundo lugar, estar a ser efetivamente exercida, ou esse exercício ter sido deliberado pelos seus sócios¹⁷². Note-se que o dever de não concorrência do sócio nas sociedades em nome coletivo (únicas em que esta restrição está prevista expressamente na lei) abrange não só a atividade efetivamente exercida pela sociedade protegida, mas também a prevista no seu objeto social, ainda que não efetivamente exercida, tratando-se quanto a esta última de uma lesão menor¹⁷³. Parece então que o dever de não concorrência do sócio tem um campo de incidência mais alargado que o do dever de não concorrência do administrador¹⁷⁴.

A jurisprudência pronuncia-se em sentido convergente no Ac. TRP 23/09/2013 que refere a vinculação do gerente “à proibição de concorrência, não podendo, sem o consentimento dos sócios, exercer, por conta própria ou alheia, actividade concorrente com a da sociedade, entendendo-se como tal qualquer actividade abrangida no objecto desta, desde que esteja a ser exercida por ela ou o seu exercício tenha sido deliberado pelos sócios”. No mesmo sentido, o Ac. TRP 30/10/2012 refere-se à proibição de concorrência e ao conceito de “atividade concorrente” nos seguintes termos: “entendendo-se como tal qualquer actividade abrangida no objecto desta, desde que esteja a ser exercida por ela ou o seu exercício tenha sido deliberado pelos sócios”. O Ac. STJ 30/09/2014 define-a como a “actividade similar à da sociedade protegida, exercida de facto, não bastando a identidade formal do objecto social (art. 254.º, n.º 2)”. O TRG, no seu Ac. de 11/07/2005, decidiu pela existência de concorrência entre a atividade das duas sociedades em causa, pelo facto de se ter provado que “trabalham com idênticas matérias-primas”, que «os tecidos produzidos, podendo ter texturas, “gramagens”, acabamentos, diferentes, não deixam de poder ser indistintamente utilizados». Faz-se ainda referência

¹⁷² “O âmbito da actividade concorrente equivale a qualquer actuação abrangida no objecto social, desde que exercida ou desde que o seu exercício tenha sido deliberado pelos sócios (254.º/2, ex vi 398.º/5)”. In Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 398.º, p. 1064.

¹⁷³ Vide PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 350; NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração...*, cit., p. 25.

¹⁷⁴ Em Espanha, esta questão da “atividade concorrente” é regulada pelo art. 127 *ter* nº4 da *Ley de Sociedades Anónimas*. Refere-se uma atividade idêntica, análoga à que conforma o objeto social da sociedade a que o administrador pertence. Mas a amplitude deste preceito abrange também as atividades meramente complementares. Vide CARLOS GÓRRIZ LÓPEZ, *Los deberes de lealtad de los administradores del art. 127 ter LSA*, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 2 (Março 2010) Volume 3, pp. 164 ss..

à perícia do Centro de Ciência e Tecnologia Têxtil da Universidade do Minho que conclui que «as amostras de tecido eram “similares e concorrentes no mercado”». O Ac. STJ 31/03/2011 aponta o critério determinante da atividade concorrente como “meramente formal: coincidência da actividade exercida ou a exercer pelo gerente com a actividade abrangida no objecto social da sociedade protegida”¹⁷⁵.

As ordens jurídicas norte-americana e alemã acompanham este entendimento¹⁷⁶.

Particular interesse merece a questão dos atos preparatórios de atividade concorrente.

O TRL, no seu Ac. de 12/05/2009 decide confirmar a decisão recorrida de condenação do réu por violação da proibição de concorrência. Fundamenta no sentido de que «a “preparação” da nova sociedade, nos termos em que foi feita, consubstancia já uma actividade concorrencial com a actividade das AA., enquadrando-se, pois, na previsão do mencionado artigo, não violando, tal entendimento, o artigo 61º da CRP, ao contrário do sustentado, sendo certo que o livre exercício da iniciativa privada se faz dentro dos quadros definidos por lei».

Ainda que um gerente só comece a exercer, formalmente, atividade concorrente após renunciar à gerência da sociedade protegida, tal facto não deve pôr em causa a proteção desta última. Essencial é a materialidade da situação. Se o réu, ainda no exercício da gerência da sociedade concorrida, começou a preparar o exercício de atividade concorrente, tal conduta é, por si só, censurável e culminará na responsabilização do mesmo quando dê origem a prejuízos – o que aconteceu no acórdão analisado¹⁷⁷.

Este acórdão não é caso isolado na jurisprudência nacional. Esta tem vindo a abranger no conceito de atividade concorrente a preparação do seu desenvolvimento. Tal

¹⁷⁵ No mesmo sentido: Ac. TRL 06/12/2012. É, no entanto, um pouco redutora a forma como ambos os acórdãos referem o critério de determinação da noção de atividade concorrente como “meramente formal” e a suficiência da correspondência da mesma à atividade prevista no objeto da sociedade concorrida. Exige-se mais do que isso, ou seja, que, além de prevista no objeto social, esteja a ser exercida ou o seu exercício tenha sido deliberado pelos sócios. Parece, então, que o critério não é meramente formal, relevando as atividades efetivamente exercidas/cujo exercício é iminente.

¹⁷⁶ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 115.

¹⁷⁷ Este acórdão será analisado com mais pormenor em *Infra* III. 1. 4., a propósito dos pressupostos de responsabilidade dos administradores perante a sociedade.

entendimento foi já acolhido pelos acórdãos TRP 30/11/2004, TRP 29/06/2009¹⁷⁸ e TRL 06/12/2012¹⁷⁹ 180.

Além disso, a classificação de “atividade concorrente” implica uma efetiva inserção de ambas as atividades (a atividade da sociedade, por um lado, e a atividade levada a cabo pela sociedade concorrente, por outro lado) no mesmo mercado, porquanto, de outra forma, não existiria uma efetiva concorrência entre elas¹⁸¹.

Apesar de aparentemente pacífico, este conceito suscita dúvidas quando se pondera a sua aplicação a determinadas situações cujas particularidades passamos a analisar.

Para concluir pela existência de concorrência entre as atividades é necessária a susceptibilidade de substituíbilidade funcional dos bens criados pelas mesmas¹⁸². Exclui-se do âmbito de aplicação da proibição de concorrência atividades que, apesar de semelhantes, não têm como destinatária a mesma categoria de consumidores nem o contacto com os mesmos fornecedores¹⁸³. Isso mesmo defende ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, ilustrando a hipótese com o exemplo de uma sociedade que fabrica sapatos de menor qualidade e outra que se dedica ao calçado de luxo. Nesta hipótese o gerente da primeira – sociedade por quotas – não está impedido de participar numa sociedade que apenas se dedica ao comércio do calçado de luxo. Tal consideração

¹⁷⁸ Este acórdão confirmou a decisão de primeira instância que absolveu o réu, mas por falta de legitimidade ativa por parte do sócio que propôs a ação. No entanto, ao longo da sua fundamentação deixou transparecer a adesão à tese da relevância dos atos preparatórios de atividade concorrente.

¹⁷⁹ Nesta decisão entendeu-se que o gerente cuja destituição é peticionada violou a proibição de concorrência. Do conteúdo do dito acórdão decorre que a noção de atividade concorrente abrange a preparação da reabertura de sociedade concorrente: “e não obsta o facto de a sociedade T G não estar em pleno funcionamento - aberto ao público -, uma vez que, tal como referido pela 1ª instância, os projectos que foram feitos, as obras em curso, as diligências tendentes à contratação de pessoal, de fornecedores, consubstanciam já actividade da sociedade”.

¹⁸⁰ Relativamente à proibição de concorrência no direito laboral vale posição semelhante, porquanto também aí se atribui relevância a atos preparatórios. Nesse sentido cfr. Ac. TRP 23/11/2009.

¹⁸¹ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 93. O Ac. TRE 18/12/2007, a propósito do conceito de atividade concorrente, sublinha a relevância dos contactos comerciais, da experiência e da necessidade de inserção em idênticos mercados.

¹⁸² Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., anot. art. 254.º, cit., p. 741.

¹⁸³ Também em Itália o comportamento dos consumidores e clientes releva para a qualificação de uma atividade como concorrente. Deve ter-se em conta a “categorie dei consumatori e dei clienti, se cioè esse siano o no le stesse cui si rivolge l'altra società. Ocorre però che tale riferimento non rimanga nel vago”. GASTONE COTTINO, *Le società, Diritto Commerciale – MANUALI DI SCIENZE GIURISDICHE*, volume primo, tomo secondo, quarta edizione, 1999, p. 422.

decorre da constatação de que ambas desenvolvem atividades com fornecedores e destinatários (consumidores) diferentes. Contanto que, obviamente, a primeira sociedade não comercialize calçado de luxo nem tenha deliberado nesse sentido^{184 185}.

No caso subjacente ao Ac. TRL 06/12/2012 o objeto das duas sociedades é o mesmo. O Tribunal da Relação não atribuiu relevância à alegação da recorrente de que os dois espaços não são substituíveis pela circunstância de um se destinar a bar de final de tarde/início de noite, enquanto que o outro era visto, essencialmente, como uma sala de espetáculos. Mas compreende-se que assim tenha entendido, porque não resulta dos factos provados suporte para a pretensão da recorrente e os objetos das sociedades são realmente idênticos e potencialmente substituíveis.

O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 01/04/2014 trata o caso em que M, Lda. – sócia da sociedade S, Lda. – intenta contra JV – também ele sócio gerente de S, Lda. – e S, Lda., ação pedindo a destituição do JV por violação do dever de não concorrência. Em primeira instância foi proferida sentença que julgou a ação improcedente, absolvendo a ré dos pedidos contra ela formulados. Na sequência disto, a requerente veio interpor recurso da dita decisão para o Tribunal da Relação de Lisboa.

Embora a consequência fulcral do nosso estudo seja a responsabilidade civil do administrador e não a sua destituição, atribui-se relevância a este acórdão por tratar a averiguação da violação da proibição de concorrência, com especial enfoque na questão da definição daquilo que pode reconduzir-se a “atividade concorrente”.

O réu JV, durante o período em que era sócio gerente da S, Lda., constituiu a sociedade JV, Lda. A sociedade S, Lda. e a sociedade JV, Lda. (tendo como único sócio o recorrido JV) têm objetos semelhantes que se traduzem no desenvolvimento da

¹⁸⁴ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., pp. 96 e 97.

¹⁸⁵ Já no âmbito do direito laboral, o Tribunal da Relação do Porto, através do Ac. de 01/07/2013, considerou a existência de substituíbilidade funcional entre os produtos comercializados por duas sociedades comerciais, apesar de uma ser grossista, enquanto que a outra se dedicava à venda a retalho: “entendemos que apesar da Ré ser grossista e da E... ser retalhista, havia coincidência parcial de objecto social, reportada a um universo de clientes idêntico ou pelo menos também coincidente (utilizadores profissionais), que justifica a conclusão da Ré de que o A. tinha uma posição privilegiada que podia usar contra a Ré e a favor da empresa de que era sócio e temporariamente gerente, e que, naquela medida de coincidência parcial era concorrente da Ré”.

atividade de restauração¹⁸⁶. Situam-se ambas no mesmo centro comercial. A primeira vende, grosso modo, produtos alimentares saudáveis, enquanto que a segunda se trata, essencialmente, de uma hamburgueria. Esta divergência leva o Tribunal de primeira instância a considerar que o objeto das sociedades é distinto, porquanto não haveria probabilidade de substituição do produto de uma pelo da outra. Entende também não existir um desvio de clientela, o que se traduziria na inexistência de dano.

No entanto, o Tribunal *ad quem* demarca-se de tal entendimento, concluindo que “ambas as sociedades têm por objecto a actividade de restauração”. Entende, ainda, haver um potencial prejuízo para a sociedade protegida, advogando a substituibilidade entre os bens de ambas as sociedades uma vez que, frequentemente, o critério de escolha dos consumidores nos estabelecimentos de restauração de um centro comercial está relacionado com o tempo de espera, tempo disponível, e até com a preferência do momento. Tal constatação implica que, na prática, não raras vezes, verificar-se-ia uma situação de concorrência entre os bens comercializados por estas sociedades. Decorre do exposto que “a atividade da soc. P [JV, Lda.] é suscetível de afetar a atividade da sociedade protegida (S, Lda), o que é potenciado pela proximidade dos respetivos estabelecimentos de restauração, sendo que, nos termos da lei, o que se pretende prevenir é, precisamente, a mera possibilidade de provocar dano”.

Aplauda-se o entendimento do Tribunal da Relação de Lisboa, pois verifica-se a possibilidade de substituição dos produtos fornecidos pela sociedade protegida pelos postos à disposição dos consumidores por parte da sociedade concorrente. Além disso, mostram-se preenchidos os restantes requisitos do artigo 254.º.

Quid iuris se uma sociedade exerce efetivamente uma atividade, mas esta não está prevista no objeto social daquela? ALEXANDRE SOVERAL MARTINS defende que a proibição de concorrência não incide sobre estes casos. O artigo 6.º/4 CSC estipula que tal atividade não deveria sequer ser exercida, pelo que não se pode propugnar uma

¹⁸⁶ A primeira: “ investimento, exploração, operação e gestão de restaurantes da cadeia "VC", sob o regime de franchising, sendo que sempre se dedicou à exploração de restaurantes da marca "V.."” Por sua vez, a sociedade JV, Lda. tem por objeto “a exploração e gestão de estabelecimentos comerciais destinados à actividade de restauração e/ou actividades similares, com a possibilidade de recurso à utilização de marca em regime de franchising; prestação de serviços de alimentação e de bebidas no próprio estabelecimento ou fora dele; exercício de quaisquer actividades que sejam acessórias, instrumentais ou complementares às supra enunciadas” e exerce actividade de venda de comida sob a marca "HG”.

proteção da mesma. A par deste argumento aponta a harmonia daquele entendimento com a garantia da liberdade económica¹⁸⁷.

Em sentido oposto, RAÚL VENTURA defende que também nestes casos existe uma proibição de concorrência, sem concretizar, no entanto, se o entende por via do art. 254.º CSC ou do art. 762.º/2 CC.¹⁸⁸ Nesse sentido, argumenta que “seria farisaico que o gerente que dirige a actividade de facto da sociedade protegida, pudesse invocar não estar ela abrangida no objecto contratual, para livremente concorrer com ela”^{189 190}.

PEDRO CAETANO NUNES adota uma posição semelhante pois considera estes casos abrangidos pela proibição de concorrência, mas refere-se a esta proibição enquanto modalidade do dever de lealdade consagrado no art. 762.º/2 CC¹⁹¹.

Para COUTINHO DE ABREU estes casos representam condutas proibidas por força do dever de lealdade e não da proibição que dá nome ao nosso estudo¹⁹².

À semelhança deste último autor, consideramos também, por uma questão de coerência na conceção dos deveres de lealdade, que estes determinam, num caso semelhante, a não concorrência por parte do administrador, ainda que de facto tal situação não esteja acolhida pela previsão do art. 254.º/2. Ao administrador estaria então vedado o exercício de atividade concorrente com a atividade desenvolvida pela sociedade protegida, não por força da proibição de concorrência do artigo 254.º/2 que, por motivos formais, protege apenas atividades que gozem de previsão no objeto social da sociedade protegida, mas sim por força do dever de lealdade. A materialidade da situação não deve

¹⁸⁷ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., pp. 96 e 97.

¹⁸⁸ “Artigo 762.º
(Princípio geral)

1. O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado.

2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé”.

¹⁸⁹ NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração...*, cit., p. 25, nota de rodapé 33.

¹⁹⁰ NUNO CALAIM LOURENÇO adere a esta orientação, também ele referindo que o que releva é a atividade efetivamente exercida pela sociedade concorrida independentemente de extravasar o objeto social ou não. Cfr., deste autor, *Os deveres de administração...*, cit., p. 25.

¹⁹¹ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 94.

¹⁹² “(...) se a sociedade exercer de facto actividade não abrangida no seu objecto, deve entender-se que impende sobre os administradores o dever (de lealdade) de não exercerem actividade concorrente com aquela, nem praticarem actos singulares de concorrência – apesar de o n.º 2 do art. 254.º não dar guarida àquela hipótese”. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 29.

determinar a sua negligência por meras questões formais.

Quanto a uma atividade que a sociedade planeava exercer mas cujo exercício ainda não foi deliberado, apesar de já ter sido projetado? PEDRO CAETANO NUNES levanta esta pertinente questão¹⁹³. Se o administrador já tinha conhecimento desses planos, parece que existe um verdadeiro conflito de interesses se ele exercer uma atividade concorrente com aquela. No entanto, o artigo 254.º/2 não salvaguarda esta hipótese. Pese embora essa omissão do artigo, não deve esta situação ser deixada à mercê do livre arbítrio dos administradores para atuarem conforme lhes convier.

PEDRO CAETANO NUNES considera que a concorrência, neste caso, deve ser reconduzida a uma situação de violação do dever de lealdade na modalidade de violação do dever de não concorrência por imposição direta do art. 762.º/2 CC. Não deixando de reconhecer a bondade da solução, consideramos que a proteção desta conduta está abrangida pelos deveres de lealdade que decorrem do artigo 64.º/b), tratando-se este de um preceito especificamente vocacionado para a regulação da lide societária.

2. Sujeitos da proibição

Outro ponto a esclarecer é o da incidência subjetiva do regime em análise. Nos artigos 254º/1 e 398º/3 fala-se, respetivamente, de “gerentes” e “administradores”. Mas será defensável aplicar tais preceitos a (meros) sócios?

O acórdão STJ 25/03/2010 contém, no âmbito das matérias que aborda, considerações referentes à temática dos sujeitos sobre quem incide o dever de proibição. Apesar de ser peticionada a exclusão de um sócio, e não de um gerente, releva no sentido de ponderar se o sócio, independentemente de cumular tal posição com o exercício da gerência, é sujeito da proibição de concorrência prevista no 254º/1 CSC.

AA ESCOLA DE DANÇAS DO PORTO, LDA. intentou ação, com processo ordinário contra BB, pedindo a sua exclusão de sócio e a condenação do mesmo ao pagamento de uma indemnização pelos danos que lhe causou. A sentença proferida em primeira instância julgou a ação parcialmente procedente, decretando a exclusão do réu

¹⁹³ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 95.

como sócio da autora, mas absolvendo-o quanto ao pagamento da indemnização peticionada com fundamento na alegada prática de concorrência com a atividade desenvolvida pela autora.

Convicta de que não havia sido feita justiça de forma plena, e reiterando as suas pretensões, a autora recorreu para o Tribunal da Relação do Porto – Ac. 29/06/2009¹⁹⁴ – que decidiu a procedência parcial do pedido, condenando o réu a pagar uma indemnização à autora “em quantitativo a liquidar posteriormente”. Inconformado, o réu pediu revista para o Supremo Tribunal de Justiça.

Ficou provado que o réu passou a lecionar aulas de dança a título individual e que muitos dos alunos que anteriormente frequentavam a sociedade autora, o acompanharam. Criou uma nova escola através da qual desenvolveu atividade idêntica à que a sociedade ora A. exercia. Isto com a agravante de o ter feito no local que constituía a sede daquela, usufruindo de benfeitorias ali realizadas.

Na sequência disto, a sociedade acabou por se ver obrigada a cessar a sua atividade, por falta de alunos.

O entendimento da 1ª instância e da Relação foi de que, apesar de o artigo 254.º/1 CSC se referir apenas aos gerentes, e pese embora o réu já não fosse gerente à data em que começou a desenvolver a atividade concorrente, deve ser considerada extensível aos sócios desde que se prove que “o sócio se vale da sua posição para fazer concorrência à sociedade, impedindo ou dificultando a realização do escopo social”¹⁹⁵.

No entanto, o Supremo Tribunal de Justiça não concorda com este entendimento. Apesar de ter considerado que ficou provada a prática de uma atividade concorrente com a da sociedade protegida ¹⁹⁶, deu razão ao réu, revogando o acórdão recorrido na parte em

¹⁹⁴ Este acórdão refere-se ao processo n.º 2924/07.5TBMTS.P1.S1, não correspondendo, portanto, a um outro acórdão da mesma Relação e com a mesma data, mas relativo ao processo n.º 1832/08.7TBOAZ.P1 que é abordado pontualmente em outras partes da presente dissertação e indicado na lista de jurisprudência.

¹⁹⁵ Identicamente, no Ac. TRC 13/10/2009 considerou-se que o sócio B – parte no litígio em apreciação – havia exercido concorrência proibida com a contraparte sociedade. Quando o sócio constituiu sociedade concorrente com a sociedade protegida já havia renunciado à gerência desta última. Ainda assim, o Tribunal considera aplicar-se-lhe a proibição diretamente por força do artigo 254º/1 CSC.

¹⁹⁶ «Ora, in casu, provado ficou que o sócio, ora recorrente, posteriormente às assembleias-gerais de 24/2/2004 e de 22 de Março de 2004, quando já não era gerente, mas ainda sócio, passou a exercer, por conta própria, a mesma actividade que fazia parte do objecto da autora. Assim exercendo, em si mesma, actividade concorrente com a desta, “sociedade protegida” (20), proibida expressamente aos gerentes. Mas

que o condenava a indemnizar a sociedade pela alegada prática de concorrência desleal. Determinante nesse sentido foi a consideração de que o sócio não é sujeito da proibição prevista no 254º CSC¹⁹⁷.

O entendimento do STJ é também perfilhado na doutrina, nomeadamente por BRITO CORREIA¹⁹⁸. Este Autor defende a aplicabilidade da disposição legal apenas aos gerentes, excluindo, portanto, do seu âmbito de incidência os “meros sócios”.

RAÚL VENTURA vai mais longe ainda nesta interpretação restritiva, excluindo a aplicação do preceito mesmo aos “sócios que temporariamente assumem, por força da lei, os poderes de gerência, nos termos do art. 253.º, n.º1 do CSC”¹⁹⁹. Como argumento basilar desta orientação, lê-se neste acórdão “ora, estando esta matéria tão bem tratada no CSC, há que entender que não há caso omissis a considerar, não se devendo a norma tornar extensível a situações por ela não contempladas e que o próprio Código tratou especificamente noutra local”.

A letra da lei é clara. Fala-se de “gerentes” e “administradores”, pelo que acompanhamos aqueles que não vislumbram fundamento de extensão da incidência subjetiva daquelas normas aos sócios.

A proibição dirige-se tanto a gerentes/administradores sócios como a gerentes/administradores estranhos à sociedade (não sócios).²⁰⁰

não aos sócios, como tal». Apesar disto, mostra-se cauteloso ao poderar: “a verdade é que desconhecemos em relação a quantos alunos é que a sua conduta terá sido menos clara, informando-os que as lições iriam ser transferidas para outro local, já que outros, cuja quantificação e relevo também se desconhece, o acompanharam de livre vontade, por com ele quererem ter as aulas”.

¹⁹⁷ Veja-se, ainda, o Ac. STJ 18/04/2006 que exclui a aplicação do regime do art. 254º ao réu pelo facto de à data da prática dos actos de concorrência já não ocupar a gerência, apesar de ainda ser sócio.

¹⁹⁸ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*, vol. III, p. 55 *Apud* Ac. STJ 25/03/2010, nota de rodapé 16.

¹⁹⁹ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*, vol. III, p. 55 *Apud* Ac. STJ de 25/03/2010, nota de rodapé 15.

²⁰⁰ Tal entendimento é seguido por RAÚL VENTURA. A propósito do 254º/1, advoga que «dirige-se tal imposição tanto a “gerentes estranhos como a sócios gerentes”». *Vide* RAÚL VENTURA, *Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo*, Coimbra, 1994, p. 247 *Apud* NUNO AURELIANO, *A obrigação de não concorrência do trespassante de estabelecimento comercial no direito português*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles / organ. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão, Janeiro da Costa Gomes - Coimbra: Almedina, 2002-2003 - Volume IV - *Novos Estudos de Direito Privado*, p. 770. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS também partilha esta convicção. Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. 254.º e 398.º, pp. 94, 95 e 346. Refere, no entanto, um Ac. que dispõe em sentido contrário: RP de 30/03/1992. *Idem*, p. 95, nota de rodapé 4.

Apesar da incidência da proibição sobre administradores independentemente de assumirem simultaneamente a qualidade de sócios, opção que louvamos pela harmonia com a letra da lei que no artigo 254.º/1 CSC se refere a “gerentes” – não operando, de facto qualquer distinção –, reconhecemos a pertinência das considerações de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS. O Autor alerta para a diferente intensidade dos deveres de lealdade consoante estejamos a referir-nos a um sócio gestor – aqui mais forte – ou a um gestor profissional – onde seria mais fraca dada a ausência de qualquer outra qualidade que o ligue à sociedade²⁰¹. Com efeito, o sócio gestor faz parte da sociedade e tem como dever prosseguir o interesse desta, enquanto que o gestor profissional (ou seja, que não é sócio) é de certa forma um terceiro em relação à sociedade pelo que a lealdade que deste se exige é menor²⁰². O Autor faz, inclusive, referência ao caso do gestor que sai para a concorrência e leva conhecimentos, segredos, clientela ou negócios, distinguindo mais uma vez os dois tipos de gestores. A ambos é exigida fidelidade à sociedade, mas mais ao sócio gestor.

Começando por alertar para a dificuldade de concretização dos contornos da proibição destas situações, o Autor prossegue, quanto ao gestor profissional advertindo que este “não pode deixar de enriquecer a sua experiência de gestão e não lhe é exigível que deixe de aproveitar tudo aquilo que o exercício profissional lhe faculta como memória e como cultura de gestão”. Quanto ao sócio gestor, ainda que lhe seja exigida maior fidelidade à sociedade, deve admitir-se que possa usufruir dos conhecimentos que adquiriu por via da sua experiência na primeira sociedade, refletindo-se em saber no exercício da sua atividade numa outra sociedade²⁰³.

Note-se que entende-se como sujeito desta proibição também o administrador de facto devido à semelhança das condutas praticadas por este e o administrador de direito, independentemente da inexistência ou irregularidade do vínculo formal do primeiro à

²⁰¹ “No exercício de funções de gestão, o dever de lealdade do sócio é mais exigente do que o dever de lealdade que vincula à sociedade o gestor profissional não sócio”. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 342.

²⁰² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 342.

²⁰³ Relativamente ao sócio gestor, adverte que “deve ter uma maior fidelidade à sociedade a que pertence. Mas também não lhe é exigível que se mantenha aprisionado à sociedade e inibido de exercer cargos noutras sociedades, no mesmo ou noutra sector de actividade, seja como sócio gestor seja como gestor profissional”. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 343.

sociedade. Nesse sentido, RICARDO COSTA aponta a relação de paridade entre as duas figuras, nomeadamente quando está em causa a violação das respetivas obrigações²⁰⁴. Mais uma vez, acolhemos o entendimento da preponderância da matéria em detrimento da forma. Por esta via, pretende-se, também, fortalecer a proteção que esta proibição visa conceder à sociedade, em harmonia com a ideia de que a sociedade tem um interesse próprio e, portanto, merecedor de plena tutela²⁰⁵.

No Ac. TRL 17/04/2007 a autora (sociedade) intentou ação contra a ré (gerente) pedindo a sua condenação a indemnizar a primeira pelos prejuízos que lhe causou por ter violado a obrigação de não concorrência. A ação foi julgada improcedente em 1ª instância. A autora recorreu. Acontece, porém, que ficou provado que a ré era apenas gerente “no papel”. Não praticou os atos tipicamente levados a cabo por aqueles que ocupam tal cargo. Refere-se a existência de um acórdão do STJ – relativo a um outro processo – em que se reconheceu que a ré era gerente mas, também aí, apenas gerente de direito. Esta provou que a sua gerência era meramente formal, ou seja, não era efetiva nem verdadeiramente gerente da autora, pelo que não pode responder perante a mesma em tal qualidade – por força do 254º – por atividade concorrencial. Segundo o entendimento perfilhado neste acórdão, o 254º não se aplica a gerentes de direito que não o sejam de facto.

A proibição de concorrência recai igualmente sobre o administrador único, não se vislumbrando motivos atendíveis que pudessem sustentar entendimento contrário²⁰⁶.

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS entende que o artigo 398.º/3 CSC se aplica ainda aos membros da comissão de auditoria enquanto administradores²⁰⁷.

Importa ainda esclarecer que a proibição se aplica sobre estes sujeitos independentemente do momento e da forma em que foram investidos nesse cargo, sendo igualmente irrelevante a composição da gerência/administração e o seu modo de

²⁰⁴ RICARDO COSTA, *Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto*, in *Temas societários*, organ. Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Conselho Distrital da Ordem dos Advogados, Colóquio Temas Societários, Coimbra, 2006, pp. 42 e 43.

²⁰⁵ Cfr. *supra* I. 2. 2.

²⁰⁶ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 398.º, p. 346.

²⁰⁷ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 398.º, pp. 346 e 347.

funcionamento²⁰⁸.

Os administradores podem ser executivos ou não executivos. O artigo 398.º/3 CSC não distingue entre tais categorias. Esta ausência de distinção é alvo da crítica por parte de PEDRO CAETANO NUNES, que advoga que o grau de dedicação à sociedade dos administradores não executivos é muito inferior ao dos administradores executivos. Entende, por isso, ser defensável uma menor extensão do dever de lealdade no que diz respeito aos administradores não executivos²⁰⁹.

3. Delimitação temporal e geográfica

Quanto à eficácia temporal da obrigação de não concorrência, esta termina assim que o indivíduo deixa de ser administrador da sociedade protegida, ou deve considerar-se a utilidade de conceber a sua pós-eficácia?

Por uma questão de segurança jurídica, advoga-se a utilidade de convencionar sobre esta matéria antes do início da situação jurídica de administração²¹⁰. Sendo esta uma área caracterizada por dificuldades de concretização, conforme já vimos, a convenção que referimos teria a vantagem de clarificar a margem de atuação do administrador, sem colocar em causa o respeito por este dever de não concorrer com a sociedade que veio integrar em primeiro lugar, abordando nomeadamente a questão da conduta que deveria adotar também depois de a abandonar²¹¹.

Tal pode concretizar-se, por exemplo, com a introdução no contrato de sociedade (ou em alteração posterior) de uma cláusula por via da qual fique acordado entre a sociedade e o administrador que este não poderá exercer atividade concorrente com a daquela por determinado período de tempo²¹².

²⁰⁸ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. arts. 254.º e 398.º, pp. 95 e 346.

²⁰⁹ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*..., cit., pp. 91, 92, 95 e 96.

²¹⁰ PEDRO PAIS VASCONCELOS preconiza solução semelhante. *Vide* deste Autor, *A participação social*..., cit., pp. 343 e 344.

²¹¹ PEDRO PAIS VASCONCELOS, *A participação social*..., cit., pp. 343 e 344.

²¹² *Vide* ALEXANDRA MARINA GONÇALVES, *O dever de não concorrência do sócio nas sociedades civil* – Relatório de mestrado em direito civil, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 1995, p. 26. A Autora sugere esta solução para o caso dos sócios das sociedades civis, parecendo-nos operacional adota-

Inexistindo estipulação, a letra dos art. 254.º e 398º/3 CSC aponta para a ideia de que a proibição só vigora enquanto o(s) sujeito(s) é/são “gerente”/ “administradores” (expressões vertidas na letra da lei, sem que às mesmas se siga qualquer especificação da duração desta proibição). Assim, no CSC não está prevista de forma clara a duração da proibição de concorrência.

A jurisprudência também não resolve esta “lacuna”. Vejamos um caso concreto em que é patente a consideração de que finda a relação de administração, o exercício de atividade concorrente por um ex-gerente se encontra desprovido de censura.

No Acórdão TRP 24/03/2014 consta que B, Lda. intentou ação contra a ré C (sua ex-gerente) pedindo a condenação desta no pagamento de indemnização pelos prejuízos que a sua conduta causou à primeira. A autora justificou tal pretensão alegando que a ré desviou clientela, servindo-se de informações a que acedeu por força do cargo que desempenhava na sociedade.

O Tribunal de 1ª instância julgou a ação improcedente por não provada e absolveu a ré C do pedido da autora. Esta interpôs recurso para a Relação do Porto.

O TRP considerou que não ficou provado que a ré, enquanto gerente, tenha violado deveres de lealdade, nem mesmo a obrigação de não concorrência com a sociedade. Não atribuiu relevância ao facto de aquela desempenhar uma função numa sociedade concorrente com a autora, uma vez que, nessa altura, a ré já não ocupava a gerência da mesma. Com efeito, é referido que “já não sendo a ré gerente da sociedade, o mesmo é totalmente inócuo”. Por esse motivo não há fundamento para responsabilizar a ré perante a sociedade autora. O entendimento do Tribunal propugna, de forma clara, a desconsideração da pós-eficácia da proibição de concorrência do gerente. É determinante, na sua fundamentação, o facto de a ré já não ser gerente da autora. Posto isto, improcede a apelação e mantém-se, na íntegra, a sentença recorrida²¹³.

la também nesta sede – deveres dos administradores. A própria Autora defende a aplicabilidade dessas considerações quanto às sociedades comerciais.

²¹³ Apesar disso, a decisão do Tribunal não nos merece reparo. Por um lado, considerou-se que não ficou provado que a ré, ainda durante a gerência da autora, tivesse dado início à preparação da atividade concorrente que veio posteriormente a desenvolver – o que seria relevante, pois tal integra o conceito de “atividade concorrente” (*Supra* II. 1.). Por outro lado, nos factos assentes como provados refere-se que a ré se encontra a “trabalhar com a Q... e com Z..., exercendo actividade que se encontra abrangida pelo objecto

É possível, no entanto, encontrar numa realidade com alguns pontos de conexão – Direito do Trabalho – uma solução quanto à qual poderemos ponderar a sua aplicação analógica em sede de direito societário. No Código do Trabalho (art. 136º/2) é referida a possibilidade de acordo quanto à pós-eficácia da proibição de concorrência do trabalhador²¹⁴.

Para os autores que entendem a proibição de concorrência como derivação direta dos deveres de lealdade e da boa fé, poderia precisamente ser este último princípio a fundamentar a pós-eficácia da proibição²¹⁵. Este dever decorreria do artigo 762.º/2 CC²¹⁶. Repare-se que PEDRO CAETANO NUNES remete muitas vezes a solução de determinadas questões²¹⁷ para este artigo, do qual resultam deveres de lealdade, incluindo, a proibição de concorrência²¹⁸.

A fim de concluir pela adequação de uma solução proveniente do foro laboral, importa tecer algumas considerações. Iremos, portanto, abordar alguns tópicos principais à compreensão da figura do pacto de pós-eficácia da proibição de concorrência cuja existência é admitida pelo Código do Trabalho, bem como as limitações à atividade que o trabalhador pode desenvolver após o termo do seu contrato, mesmo na ausência de qualquer pacto.

A *ratio* da existência da proibição de concorrência dos trabalhadores com a sociedade, e da pertinência de celebração de um eventual pacto de pós-eficácia da mesma,

da Autora”. Tal é insuficiente para preencher o conceito de atividade concorrente conforme o entendemos pois seria ainda necessário que, além de estar prevista no objeto da autora, a atividade estivesse a ser efetivamente exercida ou tal tivesse sido deliberado. Assim, apenas criticamos a posição deste Tribunal relativamente à desconsideração da pós-eficácia da proibição.

²¹⁴ “Artigo 136.º

Pacto de não concorrência

(...)

2 - É lícita a limitação da actividade do trabalhador durante o período máximo de **dois anos** subsequente à cessação do contrato de trabalho, nas seguintes condições:

a) Constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste;
b) Tratar-se de actividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador;
c) Atribuir ao trabalhador, durante o período de limitação da actividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional” Código do Trabalho.

²¹⁵ Vide MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, vol. II, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1985, pp. 629 ss..

²¹⁶ ALEXANDRA MARINA GONÇALVES, *O dever de não concorrência...*, cit., p. 27.

²¹⁷ Como já vimos em II. 1.

²¹⁸ Vide PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., pp. 94 ss..

reside na possibilidade que os trabalhadores têm de aceder a informação e conhecimentos específicos da empresa, o que propicia o risco de, no futuro, aqueles concorrerem com esta. Neste ponto, é fácil adivinhar as semelhanças que se verificam relativamente à situação do administrador, em relação a quem esta proibição existe também por motivos de evitar “o uso, pelo administrador concorrente, de informações privilegiadas que lhe advenham da relação de proximidade com a sociedade”²¹⁹.

Quanto à principal diferença entre a situação do trabalhador e a do administrador, que seria a maior vulnerabilidade e fragilidade do primeiro, note-se que esta separação ver-se-ia esbatida, uma vez tomada em consideração a ideia desenvolvida por SOFIA SILVA E SOUSA de que muitos trabalhadores, tendo qualificações acima da média e conhecimentos referentes a um grau de elevada especialização “não ocupam a típica posição de inferioridade face ao empregador que caracteriza o trabalhador comum, existindo, portanto, um maior equilíbrio de posições entre as partes”²²⁰. Descobrimos assim mais um fator de aproximação entre a situação jurídica do trabalhador e do administrador, fundamentando a possibilidade de aplicação de situações criadas especificamente para o primeiro também quanto a este último.

MENEZES CORDEIRO explica a posição especialmente privilegiada do trabalhador por referência ao facto de que “obtêm ao serviço do mesmo [empregador] o controlo da clientela”²²¹, sendo esta precisamente uma das principais questões que se levantam, frequentemente, relativamente aos administradores²²².

JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES refere “em certas actividades, o contacto directo com a clientela pode significar que o trabalhador está em condições de desviar uma parte, e até uma parte significativa dessa clientela, em detrimento do seu anterior

²¹⁹ NUNO T.T. DOS REIS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades anónimas*, FDUL, 2007, p. 73; e SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigações de não concorrência com efeito “post contractum finitum”*, Universidade Católica Editora, 2012, pp. 12 e 45.

²²⁰ SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigações de não concorrência...*, cit., p. 12.

²²¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Concorrência laboral e justa causa de despedimento, in ROA, Vol. II, 1986, p. 504 *Apud* SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigações de não concorrência...*, cit., p. 21.

²²² Veja-se, a título exemplificativo, o que se passa na situação a que se refere o acórdão STJ 25/03/2010 analisado em 2.1. – os alunos que seguiram o professor (ex sócio-gerente) para a sua nova escola de dança.

empregador”²²³ ²²⁴.

Inexistindo qualquer pacto, a atividade do trabalhador estaria sempre limitada por via da boa fé contratual à qual pensamos fazer sentido atribuir pós-eficácia. A mesma ideia seria defensável a propósito dos deveres do administrador para com a sociedade²²⁵. O facto de entendermos a relação do administrador com a sociedade como contratual harmoniza-se com a defesa da aplicabilidade desta ideia em sede de deveres dos administradores.

Importa clarificar que a atividade que o pacto regula é a concorrência que seria considerada lícita na ausência do mesmo, e não aquela que sempre estaria vedada ao trabalhador, mesmo após finda a sua relação contratual com a sociedade, aqui devido à pós-eficácia do dever de boa fé²²⁶.

O Ac. STJ 10/12/2009 a propósito da apreciação de uma ação em que é pedida a condenação de uma trabalhadora que incumpriu um pacto de não concorrência (com vigência de 12 meses após a cessação do contrato de trabalho), reflete os requisitos de tal pacto. É relevante configura-lo como um acordo de vontade, o que se traduz no exercício de autonomia do trabalhador. O recurso à forma escrita confere segurança jurídica e permite a delimitação do âmbito do clausulado. Deve estipular-se uma limitação temporal e geográfica, de modo a que a restrição que se opera não seja absoluta. Releva-se a exigência legal da existência de um risco efetivo de prejuízos para o ex-empregador²²⁷ bem como uma adequada compensação monetária a atribuir ao trabalhador que assume este compromisso. A limitação ao direito de trabalho do trabalhador é sempre revogável, dando origem, nesse caso, à mera obrigação de indemnização²²⁸. Além disso, a cláusula penal estipulada, sempre que se afigure excessiva, pode ver o seu valor reduzido por

²²³ SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigação de não concorrência...*, cit., p. 71.

²²⁴ Circunstâncias em que parece existir um “interesse sério” – idêntica potencial clientela. SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigação de não concorrência...*, cit., p. 74.

²²⁵ SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigação de não concorrência...*, cit., p. 49.

²²⁶ SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigação de não concorrência...*, cit., p. 49.

²²⁷ Neste sentido, referindo que a validade do pacto está sujeita à sua recondução a um acordo escrito e à existência de um interesse sério merecedor de tutela por parte do empregador, Cfr. SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigação de não concorrência...*, cit., pp. 42 e 45.

²²⁸ O trabalhador tem o direito de, a qualquer momento, se desvincular do pacto – uma vez que limita um direito de personalidade –, constituindo-se, nesse caso, na obrigação de indemnizar o empregador (81.º do CC). Cfr. SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigação de não concorrência...*, cit., p. 78.

imposição do Tribunal que recorrerá, nesse caso, à equidade.

O STJ acaba por concluir que “ponderadas todas estas cautelas e restrições legais, a possibilidade de estipulação de pacto de concorrência não viola, de forma intolerável, os valores constitucionais tutelados pelas normas dos artigos 47.º, n.º 1 e 58.º, n.º 1, da Constituição”. Por maioria de razão, uma vez que a posição do administrador não é tão frágil como a do trabalhador, também relativamente àquele deve conceber-se a possibilidade de convencionar um pacto de não concorrência a vigorar após a cessação da ocupação desse cargo.

Mais uma vez, a aplicar-se tais soluções quanto aos administradores, faria sentido advogar uma distinção entre a situação do administrador executivo e do administrador não executivo, dado que, atenta a menor intensidade dos vínculos deste último, também a duração da pós-eficácia da proibição deveria ser menor²²⁹.

Os limites da pós-eficácia da proibição de concorrência, naturalmente, não seriam os mesmos que vigoram durante a relação de administração. Suportando tal entendimento, o Ac. TRG 30/05/2013 determina que a pós-eficácia dos deveres acessórios de conduta deve ter limites diferentes e menores do que aqueles que existiam durante a relação contratual. “A pós-eficácia das obrigações manifesta-se em sede de incumprimento dos deveres acessórios, assumindo expressão no âmbito dos contratos duradouros. O contrato não é uma relação estática mas sim uma relação dinâmica que se desenrola ao longo do tempo”. Mais uma vez, a consideração da natureza contratual da relação de administração harmoniza-se com a defesa da vigência de tais considerações (devidamente adaptadas) também na realidade societária.

No Ac. TRL 10/02/2009 é referido que MENEZES CORDEIRO²³⁰ enquadra nas situações justificativas da exclusão de sócio o caso de “um sócio, pouco tempo depois da renúncia à gerência da sociedade, começa a vender os mesmos produtos num seu estabelecimento, a utilizar os catálogos e os preçários da sociedade e a conquistar-lhe clientes, com prejuízos para ela”. Assim sendo, ainda que não se entenda existir uma pós-eficácia da proibição de concorrência do gerente, tratando-se de um sócio que ocupou

²²⁹ NUNO T.T. DOS REIS, *Os deveres de lealdade...*, cit., p. 92 a 95.

²³⁰ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, II Volume, *Das Sociedades em Especial*, 2ª ed., 2007, p. 318 *Apud* Ac. TRL 10/02/2009.

aquele cargo até há pouco tempo, tal circunstância tem relevo na apreciação do seu comportamento. Com efeito, o facto de ter ocupado a gerência recentemente agrava a censura que incide sobre o seu comportamento ao concorrer com a sociedade. Daqui se infere que existe uma espécie de pós-eficácia “indireta” ou “implícita” da proibição de concorrência do gerente pelo menos relativamente ao sócio-gerente.

Seria benéfico para o sistema de normas que regulam a situação do administrador, completá-lo com uma disposição que regulasse, especificamente no campo societário, a possibilidade de acordar pactos de não concorrência com eficácia pós-cessação da situação jurídica de administração. Considera-se igualmente vantajosa a introdução de uma norma que previsse a pós-eficácia da proibição de concorrência na ausência de tais pactos, clarificando a sua vigência temporal. Sem prejuízo do papel indispensável da jurisprudência na aplicação da mesma a situações concretas²³¹.

As reflexões quanto a esta figura visam apenas deixar em aberto uma possibilidade de aplicação da mesma ao campo societário, visto tratarem-se de situações semelhantes. A ponderação desta opção tem como uma das suas exigências intrínsecas a minuciosa

²³¹ Apontamos um mero exemplo daquilo que poderia ser a estrutura de tal preceito:

“Pacto de não concorrência

1- É legítimo ao gerente e à sociedade celebrarem, por via do contrato social, ou alterações supervenientes, pacto de não concorrência, por via do qual se estabelece a pós-eficácia da proibição de não concorrência do primeiro com a segunda.

2- O pacto define as condições da sua vigência, sempre sem prejuízo dos limites da liberdade de iniciativa económica e liberdade de autonomia privada que protegem o gerente.

3- Deverá estipular-se uma contrapartida, a ser paga pela sociedade ao gerente, pelo facto de se comprometer a não concorrer com a sociedade mesmo após o abandono da gerência”

“Pós- eficácia do dever de não concorrência do gerente

1- Ainda que inexista qualquer pacto de não concorrência entre gerente e sociedade, está vedado ao primeiro, mesmo quando já não ocupe tal cargo ou após a sua saída da sociedade, concorrer com esta, através de condutas tais como:

a) Uso de informação sensível da mesma, e cujo conhecimento lhe adveio apenas pela posição jurídica que ocupou na administração;

b) Quebra do dever de sigilo;

c) Utilização da carteira de clientes da primeira, nomeadamente, aliciando-os a contratar consigo ou com a nova sociedade que venha a integrar;

d) Desenvolvimento posterior, de investimentos ou projetos inovadores, com os quais só teve contacto por via da sociedade que abandonou e que os vem desenvolvendo;

e) Qualquer outra conduta que, por implicar o uso de património da sociedade em que o sujeito foi gerente, se demonstre, face ao caso concreto, censurável e ilegítima, tendo em conta o dever geral de boa fé”.

Esta norma, apesar de se referir aos gerentes, seria aplicável também às sociedades anónimas, por via de eventual remissão do 398.º CSC nesse sentido.

análise da génese da figura do trabalhador por comparação à do administrador, bem como uma rigorosa aferição dos pontos de contacto entre ambas, assim como das divergências que poderiam obstar àquela opção.

No caso concreto *supra* analisado²³² no Acórdão STJ 25/03/2010 afigura-se-nos que, ainda que se considerasse esta pós-eficácia da proibição de concorrência, esta não abrangeria a conduta do ex-gerente BB. Este limitou-se apenas a dar continuidade ao seu “património profissional”, continuando a dar aulas, através de conhecimentos técnicos que já detinha necessária e independentemente da posição que ocupou naquela sociedade²³³.

E o que se entende em relação aos casos em que foi deliberada a suspensão do exercício de atividade? Nesse lapso temporal vigora a proibição de não concorrência? Segundo RAÚL VENTURA “em princípio, durante a suspensão não existe actividade susceptível de concorrência, mas há a intenção de a retomar, pois se assim não fosse teria sido deliberada a cessação e não a suspensão; o exercício da actividade continua, pois, foi deliberado pelos sócios e tanto basta para a concorrência ser proibida (art. 254.º, n.º2, *in fine*)”²³⁴. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, por sua vez, questiona este entendimento, pronunciando-se no sentido de que “não se vê como é que uma deliberação de suspensão de actividade ainda é uma deliberação de exercício de actividade”²³⁵. Preferimos a tese de RAÚL VENTURA, já que durante a suspensão mantem-se a perigosidade a que a proibição de concorrência visa obstar, pois a sociedade protegida não abandonou em definitivo o desenvolvimento daquela actividade.

Quanto à delimitação geográfica da proibição é importante esclarecer que esta não

²³² Em II. 2.

²³³ Não parece ter existido um caso de apropriação ilegítima da carteira de clientes da sociedade. É natural que, pelo contacto pessoal que estas funções envolvem, os alunos tivessem uma boa relação com o professor e quisessem dar continuidade à formação que vinham adquirindo por via das suas aulas. Esta especial potencialidade de desvio de clientela, dado o intenso contacto pessoal com a mesma – apontada como um dos indícios de existência de interesse sério por parte do empregador –, demonstra, também aqui, a relevância que poderia ter a prévia celebração de um pacto de não concorrência, neste caso entre a sociedade (AA) e o ex-gerente (BB). Não deixamos, no entanto, de concordar, como o próprio STJ apontou: que seria importante ter discriminado se a conduta do réu foi menos clara em relação a alguns alunos.

²³⁴ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 254.º, p. 95, nota de rodapé 10.

²³⁵ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 254.º, p. 96, nota de rodapé 10.

é absoluta. Releva atentar a *ratio* da proibição e, nessa medida, fazer incidir a mesma apenas dentro do âmbito em que a sua prática poderia representar uma fonte de dano para a sociedade que se visa proteger. Assim “só existirá concorrência na área em que a sociedade forneça os seus produtos ou preste os seus serviços”, donde resulta o papel preponderante do comportamento dos consumidores e da oferta nesta delimitação²³⁶. Daí decorre que a presunção de concorrência do art. 254.º/1 pode ser ilidida em razão do diferente âmbito geográfico das duas atividades²³⁷.

Quando em II. 1. escrevemos que o conceito de atividade concorrente implica uma efetiva inserção no mercado, importa que se atenda não só ao tipo de produtos desenvolvidos mas, igualmente, ao “tempo e ao lugar do comércio”²³⁸.

4. Formas de exercício

O exercício de atividade concorrente por parte do administrador/gerente pode ser levado a cabo “por conta própria” ou “alheia”²³⁹. Urge, então, esclarecer que realidades estão abrangidas por cada uma destas modalidades de exercício da concorrência.

O exercício “por conta própria” caracteriza-se por servir o interesse pessoal do administrador através de atuação pessoal do mesmo ou da colaboração de outrem²⁴⁰. O artigo 254.º/3 engloba na atuação por conta própria a hipótese em que o gerente da sociedade protegida é simultaneamente sócio em sociedade de responsabilidade ilimitada (sociedade concorrente). Engloba também a participação em sociedade em que assuma responsabilidade limitada, desde que neste caso a participação seja de, pelo menos, 20%

²³⁶ Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 254.º, p. 741.

²³⁷ Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 254.º, p. 741.

²³⁸ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 93.

²³⁹ “Não está vedado, ao gerente, apenas, o exercício por conta própria de actividade concorrente. Proíbe-se, da mesma forma, que ele actue em benefício de outra pessoa”. In Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 254.º, p. 741. Em Itália o art. 2390 do CC italiano prevê o “divieto di concorrenza” e determina que o administrador “non può assumere la veste di socio ilimitatamente responsabile di una società concorrente né esercitare un’attività concorrente per conto próprio o di terzi”. Cfr. GASTONE COTTINO, *Le società...*, cit., p. 421.

²⁴⁰ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. arts. 254.º e 398.º, pp. 98, 344 e 345.

no capital ou nos lucros da sociedade.

Tanto quanto à sociedade em que assuma responsabilidade ilimitada, como àquela em que detém uma participação de pelo menos 20%, apesar de assumindo, aí, responsabilidade limitada, para que se verifique o preenchimento do conceito de “atividade concorrente” é necessário que essa sociedade exerça ou tenha, pelo menos deliberado o exercício de atividade concorrente. Não bastará que apenas contenha no seu objeto uma referência a tal atividade^{241 242 243}.

A previsão de exercício de concorrência por conta própria nos casos em que o gerente da sociedade protegida detém, como sócio da sociedade concorrente, uma participação igual ou superior a 20% em sociedade na qual assume responsabilidade limitada, justifica-se na medida em que tal percentagem de participação é considerada pela doutrina como suficiente indício de controlo e interesse no lucro da sociedade participada por parte daquele. COUTINHO DE ABREU explica “a citada participação social de 20% possibilita muitas vezes, mormente em sociedades anónimas abertas, o controlo”²⁴⁴. RAÚL VENTURA²⁴⁵ e NUNO CALAIM LOURENÇO²⁴⁶ pronunciam-se em sentido convergente. Em sentido contrário, veja-se a crítica de M. NOGUEIRA SERENS²⁴⁷, segundo a qual “quanto muito só [se] justificaria que o administrador não pudesse participar como sócio de responsabilidade limitada em sociedade concorrente que fosse por ele controlada”

²⁴¹ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 254.º, pp. 100 e 101.

²⁴² Em sentido contrário “não é sequer necessário, quanto à sociedade participada, que a atividade exercida ou deliberada esteja contida no respetivo objeto social. O que interessa para a lei é que tenha lugar o exercício de atividade concorrente”, segundo a opinião de Alexandre Soveral Martins. Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 254.º, pp. 100 e 101.

²⁴³ Estas considerações vão de encontro às vertidas no ponto 1. deste mesmo capítulo II.

²⁴⁴ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil*..., cit., p. 30.

²⁴⁵ “(...) uma participação de 20% no capital, que revela um interesse empresarial”. RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, vol. III, Livraria Almedina, Coimbra 1991, p. 57.

²⁴⁶ “(...) uma participação social de 20% permite, frequentemente, o controlo de uma sociedade anónima de capital aberto”. NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração*..., cit., p. 26.

²⁴⁷ M. Nogueira Serens, *Notas sobre a sociedade anónima*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 73-75 *Apud* PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*..., cit., p. 93, nota de rodapé 107. PEDRO CAETANO NUNES não concorda com esta crítica, porque: “uma participação de 20% no capital social poderá indiciar o controlo” e “não constitui, de todo, mero investimento passivo”. Cfr., deste Autor, *Corporate Governance*..., cit., p. 93, nota de rodapé 107.

RAÚL VENTURA, em comentário ao artigo 254.º, sustenta, ainda, que o facto de a previsão do exercício por conta própria abranger casos de participação em sociedades traduz-se na superação da personalidade jurídica da sociedade participada pelo gerente. Refere que «o “corporate veil” é atravessado, para ser atingido o verdadeiro interessado, beneficiário da actividade concorrente»²⁴⁸. Na ausência desta norma específica, teria que recorrer-se ao instituto da desconsideração da personalidade coletiva para obstar a que o gerente concorresse com a sociedade protegida, não através de atuação pessoal e direta, mas por via de participação em outra sociedade²⁴⁹.

Veja-se, ainda, que a participação do gerente a que se refere o artigo 254.º/3 pode ser “por si” ou “por interposta pessoa”. O conceito de “interposta pessoa” deve ser delineado através dos critérios gerais civilísticos contidos no art. 579.º, n.º 2, CC²⁵⁰ ²⁵¹. COUTINHO DE ABREU configura de forma mais ampla o âmbito subjetivo de incidência desta categoria, advogando ainda a consideração de “todos os sujeitos que os administradores podem influenciar directamente”²⁵².

Pertinentes são também as seguintes questões: a modalidade de exercício de atividade concorrente por interposta pessoa é proibida em que situações? Apenas quanto à participação em sociedade que implique a assunção de responsabilidade ilimitada ou também quanto ao segundo tipo social previsto no art. 254.º/3? Apesar de referida no n.º 3 daquele artigo, pode ser configurada como aplicável também às situações de concorrência por via de atividade pessoal direta (que não envolvam a participação numa sociedade) por conta própria? Da nossa parte, e apesar de na letra da lei a participação em sociedade por interposta pessoa ser referida quanto aos casos de sociedade em que o sócio assume responsabilidade ilimitada, não existindo tal especificação nas sociedades que

²⁴⁸ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas...*, cit., p. 57.

²⁴⁹ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas...*, cit., p. 57.

²⁵⁰ “Artigo 579.º

(Proibição da cessão de direitos litigiosos)

(...)

2. Entende-se que a cessão é efectuada por interposta pessoa, quando é feita ao cônjuge do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro presumido, ou quando é feita a terceiro, de acordo com o inibido, para o cessionário transmitir a este a coisa ou direito cedido

(...)”.

²⁵¹ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas...*, cit., p. 57.

²⁵² Cfr. RINGLERB, em RINGLEB/KREMER/LUTTER/v. WERDER, *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, Beck, München, 2003, p. 169 *Apud* J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 27, nota de rodapé 43 *ex vi* p. 29, nota de rodapé 51.

implicam a assunção de responsabilidade limitada²⁵³, consideramos preferível o entendimento segundo o qual a previsão é, analogicamente, aplicável também quanto ao último caso.

Nesse sentido, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS escreve «julgamos que a mesma solução vale, por analogia, quanto aos casos em que o gerente tem, por interposta pessoa, participação “de, pelo menos, 20% no capital ou nos lucros de sociedade em que ele assuma responsabilidade limitada”»²⁵⁴. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS invoca a expressão utilizada por RAÚL VENTURA no sentido de que o “n.º 3 do art. 254.º refere, equiparando-as, a participação nas mencionadas sociedades, por si ou por interposta pessoa”²⁵⁵ através da qual abrange aí todos os casos tratados em 254.º/3²⁵⁶.

Quanto às situações em que a concorrência é exercida por via de atividade pessoal direta “por conta própria” deve também entender-se que a proibição recai não só quando o gerente atua “por si”, mas também quando o faz “por interposta pessoa”. A proibição de atuação por interposta pessoa não está reservada, nestes domínios, apenas para os casos de participação em sociedade. Nesse sentido, pronuncia-se RAÚL VENTURA. O Autor ilustra este entendimento, explicando: “se, por exemplo, a participação social encabeçada no cônjuge do gerente é tratada como pertencendo pessoalmente ao gerente, o mesmo sucederá se a actividade for exercida pelo cônjuge, sob a forma não societária”²⁵⁷. Entendimento diverso deixaria a descoberto das normas em análise situações potencialmente geradoras de prejuízos para a sociedade protegida. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS acrescenta que “no n.º1 a lei não distingue entre o exercício directo de actividade concorrente e o exercício dessa actividade por interposta pessoa”²⁵⁸.

²⁵³ O que representaria provavelmente uma repetição desnecessária, se bem se pensa.

²⁵⁴ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 254.º, p. 101.

²⁵⁵ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas...*, cit., p. 57.

²⁵⁶ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 254.º, p. 101, nota de rodapé 30.

²⁵⁷ «A referência à interposição de pessoas no caso de participação em sociedade justifica que a mesma interposição seja considerada quando se trate de actividade pessoal directa, “por conta própria”», RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas...*, cit., p. 57.

²⁵⁸ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 254.º, p. 99.

Assim sendo, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*²⁵⁹!

O art. 398.º/5 CSC, introduzido com a Reforma de 2006 (DL 76-A/2006), não remete para o art. 254.º/3 ao contrário do que acontecia anteriormente por via do antigo art. 398.º/4. Questiona-se, portanto, se deve continuar a considerar-se, face a tal alteração legislativa, que o art. 254.º se aplica também às sociedades anónimas. A doutrina tem-se pronunciado em sentido afirmativo²⁶⁰.

Quanto à proibição de exercício de atividade concorrente “por conta alheia”, esta ocorre quando o gerente atua no interesse de um outro sujeito, quer em nome próprio (ex: comissário de comércio, arts. 266.º ss. Código Comercial), quer em representação desse sujeito (ex: membro do órgão de administração de outra sociedade)²⁶¹.

No que diz respeito à questão de “saber se no exercício por conta alheia está abrangido o cargo de administrador ou gerente de sociedade que exerça a atividade concorrente” RAÚL VENTURA pronuncia-se em sentido positivo, alegando que “o cargo é bastante para que o gerente tenha um interesse na administração e, portanto, nos resultados da sociedade concorrente”²⁶². Também NUNO CALAIM LOURENÇO abrange no exercício por conta alheia a ocupação de “cargos de administração em duas ou mais sociedades concorrentes”²⁶³.

Relativamente aos requisitos a que a atividade está sujeita para que se possa considerar como concorrente para estes efeitos, remetemos para as considerações tecidas a propósito do exercício da mesma “por conta própria”.

Vejamos um caso real ilustrativo desta matéria. O acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05/06/2003 aprecia o litígio entre J....., Lda. e Adelaide (e o seu marido). A primeira intentou acção contra esta última pedindo indemnização pelos prejuízos que lhe causou com a violação da proibição de concorrência. Foi proferida sentença que julgou a acção improcedente. A autora recorreu para este Tribunal.

²⁵⁹ Brocardo jurídico que se traduz na ideia de que aquilo que a lei não distingue não deve o intérprete distinguir.

²⁶⁰ FILIPE BARREIROS, *A responsabilidade...*, cit., p. 72.

²⁶¹ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 30.

²⁶² RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas...*, cit., p. 58.

²⁶³ NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração...*, cit., p. 26.

A ré foi gerente da autora entre Março 1989 e Novembro de 1998. Durante este período, aquela e o respetivo marido constituíram uma sociedade comercial por quotas com a firma A....., Lda. com objeto social idêntico ao da autora: o comércio a retalho de lubrificantes líquidos, não efetuados em posto, e acessórios para automóveis. A área de atuação das sociedades também é coincidente. A ré ocupou, desde o início, a gerência da sociedade por si constituída. O réu marido procurou aliciar clientes da autora, sendo que ficou provado o “desvio” de pelo menos um cliente: a empresa Shell deixou de contratar com a autora para passar a fazê-lo com a nova sociedade constituída pelos réus. Em consequência disto a autora sofreu prejuízos, demonstrados, nomeadamente, pela quebra no volume de vendas.

Segundo o Tribunal da Relação do Porto “o exercício da actividade concorrente por parte de um gerente de uma sociedade tem de ser por conta própria – n.º1 do art.254º do CSC. Mas o n.º 3 do mesmo artigo opera uma extensão do exercício por conta própria a casos de participação em sociedades”²⁶⁴. Tal participação, para que releve, deve ser igual ou superior a 20% no capital ou nos lucros, como *supra* referimos. Adelaide detinha menos de 20% do capital da sociedade concorrente, portanto considerou-se que não ficou provado que através dessa participação tenha violado a proibição de concorrência.

Não se compreende que o Tribunal tenha decidido nesse sentido. A prática de atividade concorrente através de participação em sociedade refere-se não só à participação “por si”, mas também “por interposta pessoa”. Apesar de a participação da ré ser inferior a 20%, a restante pertence ao seu marido. A relação estabelecida entre ambos determina a consideração deste último como abrangido pelo conceito de “interposta pessoa”. Tendo em conta que perfilhamos o entendimento de que a modalidade de participação “por interposta pessoa” é prevista, não só em relação às sociedades de responsabilidade ilimitada, mas igualmente às de responsabilidade limitada (que é o caso), defendemos que a Relação deveria ter considerado que a ré violou a proibição de concorrência do art. 254º/1 e 3 do CSC²⁶⁵.

²⁶⁴ Em sentido contrário, e espelhando aquilo que decorre da lei, o Ac. TRL 06/12/2012 refere a proibição de concorrência quer por conta própria, quer por conta alheia.

²⁶⁵ Em conexão com isto importa reter o conteúdo do Ac. TRG 11/07/2005. Este Tribunal decidiu estarem reunidos os requisitos necessários à consideração da prática de concorrência. Na respetiva fundamentação considera-se que a mulher do autor, que detém 60% da sociedade concorrente, se integra no conceito de

Ainda que assim não se entendesse, não poderia ter sido ignorado o facto de a ré ocupar a gerência da sociedade concorrente. Se é verdade que Adelaide detinha menos de 20% do capital da sociedade concorrente, também o é a circunstância de que ocupava naquela o cargo de gerente²⁶⁶. Assim sendo, a ré não seria responsabilizada pela prática de atividade concorrente na modalidade de exercício “por conta própria” uma vez que a participação que detinha era insuficiente para esse efeito. Seria, ao invés, pelo menos responsabilizada pela prática de atividade concorrente por conta alheia, dado que a mesma abrange a situação em que o gerente da sociedade lesada ocupa simultaneamente tal cargo numa sociedade concorrente. Não se vislumbra justificação para o Tribunal ter ignorado tal facto, imprescindível à justa composição do litígio que lhe havia sido submetido. Por este motivo, consideramos que o TRP procedeu a uma errónea aplicação do direito ao concreto caso.

O artigo 398.º/3 distingue-se do art. 254.º/1. Consagra o primeiro, além da proibição de concorrência “por conta própria ou alheia”, a de “exercer funções em sociedade concorrente ou ser designados por conta ou em representação desta”. A particularidade deste artigo parece residir na intenção do legislador de proibir não só que o administrador desenvolva em sociedade concorrente atividades objetivamente concorrentes com a da sociedade protegida mas, ainda, atividades que, apesar de não integrarem o conceito de “atividade concorrente” com a da sociedade protegida, lhe devem estar vedadas. Ou seja, independentemente de as funções que em concreto iria desenvolver não implicarem o exercício de uma atividade concorrente com a da sociedade protegida, o administrador não as pode levar a cabo pelo simples facto de serem executadas por uma sociedade que prossegue, também, outra(s) atividade(s) que é/são concorrente(s)²⁶⁷. Não deveria então existir semelhante proibição relativamente às sociedades por quotas? Causa-nos surpresa, com efeito, que tal não se verifique, pois desta previsão particular da última parte do artigo 398.º/3 resulta, de certa forma, uma

interposta pessoa. Aplica-se os critérios gerais civilísticos. No 579º/2 CC determina-se que se consideram interpostas pessoas o cônjuge, seja qual for o regime de bens em vigor.

²⁶⁶ Tal averiguação decorre do facto provado 11. no qual se lê “desta sociedade [A....., Lda.], desde o seu início, são gerentes nomeados no pacto social, os Réus”.

²⁶⁷ Em sentido convergente veja-se as observações de ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *in* Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 398.º, p. 345.

ligeira intensificação da proibição de concorrência quanto aos administradores de sociedades anônimas, que são precisamente sociedades com uma componente pessoal mais fraca por comparação às sociedades por quotas. É nas sociedades por quotas que o dever de lealdade, âmbito no qual se integra a proibição de concorrência do administrador com a sociedade, deve ser mais intenso.

5. Relevância do consentimento

Da letra da lei resulta que a proibição de concorrência não é absoluta. O artigo 254.º/1 CSC consagra-a apenas quando é desenvolvida atividade concorrente “sem consentimento dos sócios”. O artigo 398.º/3 CSC salvaguarda a possibilidade de “autorização da assembleia geral”²⁶⁸. Os gerentes/administradores podem, então, exercer atividade concorrente com a da sociedade se os sócios derem autorização; o que pode ocorrer por via de uma deliberação ou de cláusula inserida no contrato social²⁶⁹.

Como RAÚL VENTURA adverte “é pouco provável que, no contrato de sociedade, seja excluída a proibição de concorrência por qualquer gerente, presente ou futuro, relativamente a qualquer actividade e em quaisquer circunstâncias, mas é natural que, para certos gerentes, seja logo admitida a concorrência”²⁷⁰.

É normal que se estipule, portanto, que a autorização é balizada por determinadas condições. Também ALEXANDRE SOVERAL MARTINS refere que esta pode ser prestada apenas para o exercício de certa atividade ou em termos gerais, podendo ser limitado no tempo ou sujeito a condições²⁷¹.

²⁶⁸ COUTINHO DE ABREU também alerta que “a proibição de concorrência não é absoluta”. Cfr. deste autor, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 31.

²⁶⁹ “Nada na lei mostra que o consentimento depende de circunstâncias posteriores à celebração do contrato”. RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas...*, cit., p. 61. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS segue este entendimento. Vide Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. arts. 254.º e 398.º, pp. 102 e 348.

²⁷⁰ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas...*, cit., p. 61. A título exemplificativo, atente-se o caso vertido no Ac. STJ 30/09/2014. Apesar de um dos gerentes ter sido expressamente autorizado a exercer atividade concorrente com a da sociedade protegida (autora), tal não ocorreu relativamente ao outro (o réu).

²⁷¹ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. arts. 254.º e 398.º, pp. 102 e 348.

Existe, então, a possibilidade de o lesado (sociedade) consentir na lesão²⁷². Todavia, mesmo nestas situações, em que a sociedade autoriza o exercício de atividade concorrente por parte do administrador, importa não esquecer que o dever de lealdade não é renunciável²⁷³.

Não se exige que o consentimento seja expresso²⁷⁴. Assim, admite-se a possibilidade de a autorização ser prestada por via de consentimento tácito assente em factos concludentes, o que não deve confundir-se com a presunção de conhecimento a que faremos ainda menção²⁷⁵.

São várias as circunstâncias em que o consentimento pode ser prestado. Se o sujeito já exercia a atividade concorrente quando iniciou as funções de gerente, a sua escolha parece implicar um consentimento implícito. Ainda assim, é necessário que, cumulativamente, se verifique o conhecimento dos sócios quanto ao facto de que o gerente exerce, noutra sociedade, atividade concorrente²⁷⁶.

A extensão desse conhecimento varia consoante o tipo societário. O art. 180.º/5 refere-se às sociedades em nome coletivo e nestas exige-se o conhecimento de todos os outros sócios. Quanto às situações tuteladas pelo art. 254.º/4 basta o conhecimento dos sócios que dispõem da maioria do capital “o que se justifica por serem estes os bastantes para aprovarem, em deliberação, o consentimento da actividade concorrente”²⁷⁷. Presume-se o consentimento, mas é possível ilidir esta presunção, se, por exemplo, “a nomeação tiver tido como pressuposto a cessação da actividade anterior do gerente”²⁷⁸.

A segunda hipótese dá-se no caso em que a sociedade delibere iniciar uma atividade que vinha sendo pessoalmente exercida pelo gerente. Não é, portanto, suficiente a situação em que “a sociedade por quotas altera o contrato de sociedade e inclui na

²⁷² Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 254.º, p. 741.

²⁷³ MARISA LARGUINHO, *O dever de lealdade...*, cit., p. 204.

²⁷⁴ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. arts. 254.º e 398.º, pp. 101, 102 e 348.

²⁷⁵ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. arts. 254.º e 398.º, pp. 101 e ss. e 348.

²⁷⁶ ALEXANDRE SOVERAL MARTINS sublinha que esse consentimento produz eficácia “só em relação às atividades de que tinham conhecimento”, Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. arts. 254.º e 398.º, pp. 102 e 349.

²⁷⁷ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas...*, cit., pp. 61 e 62.

²⁷⁸ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas...*, cit., pp. 61 e 62.

cláusula sobre o objeto social uma outra atividade”²⁷⁹. É necessário que, para além disso, a exerça ou delibere nesse sentido. Este entendimento parece, aliás, transparecer da referência de RAÚL VENTURA²⁸⁰ ao facto de “ter sido deliberada nova actividade da sociedade”. Refere-se, expressamente, a existência de uma deliberação. Na própria lei lê-se “deliberada nova actividade” (254.º/4). Neste caso, o consentimento presume-se desde que se verifique o pressuposto do conhecimento de tal situação por parte dos sócios que representam a maioria do capital e, além disso, “o gerente continue a exercer as suas funções decorridos 90 dias depois de ter sido deliberada nova actividade da sociedade”²⁸¹.

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS alude ainda a uma terceira situação hipotética: específica, nomeadamente, o caso em que foi deliberado que a sociedade passará a exercer uma atividade já compreendida no objeto social mas que até então não era exercida nem tinha sido deliberado o respetivo exercício, concorrente com uma que o gerente exerce. Considera-se que ainda estaremos perante uma deliberação de “nova atividade”, pelo que há também consentimento presumido nas mesmas condições²⁸².

Cumpra, ainda, alertar que as presunções de consentimento podem ser ilididas pela “demonstração do seu contrário”, o que decorre do art. 350.º/2 CC^{283 284}.

Nas sociedades anónimas, os artigos 398.º/3 CSC (no caso de estrutura monista), 434.º/5 e 428.º CSC (na estrutura dualista) determinam que o consentimento deve ser prestado pela assembleia geral, ou pelo conselho geral e de supervisão.

Com a reforma de 2006 o art. 398.º/5 deixou de remeter para o art. 254º/4. Deve, mesmo assim, entender-se que se aplica, por analogia, o regime do art. 254.º/4 às sociedades anónimas? Entendemos que sim. Na verdade, “o facto de, numa sociedade

²⁷⁹ Expressão usada por ALEXANDRE SOVERAL MARTINS em: Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 254.º, p. 102.

²⁸⁰ Cfr. RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*..., cit., p. 62.

²⁸¹ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*..., cit., p. 62.

²⁸² Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 254.º, p. 103.

²⁸³ “Artigo 350.º

(Presunções legais)

1. Quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz.

2. As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir”.

²⁸⁴ Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 254.º, p. 742.

anónima, ser difícil que os accionistas que disponham da maioria do capital conheçam o exercício da atividade concorrente não afastará a procedência das razões justificativas da regulamentação encontrada no art. 254º,4”. Se entendêssemos a falta de remissão como intenção de não aplicar tal regime às sociedades anónimas, então estaríamos condenados a concluir, de forma absurda que “nenhuma outra norma do CSC poderia ser aplicada porque o art.398º,5, não remetia para ela”^{285 286}.

Além disso, na ausência da remissão, tal conduta sempre seria censurável, podendo ser reconduzida a abuso de direito. Isto no caso de terem conhecimento da prática daquela atividade e, ainda assim, visarem responsabilizar o administrador²⁸⁷.

Questão que deve ser objeto de cautela é a do acesso a informação sensível. Quando os acionistas da sociedade anónima deliberam autorizar o exercício da concorrência, devem também “definir o acesso a informação sensível por parte do administrador” para proteger a sociedade. Desta situação pode resultar a existência de administradores “de primeira” e “de segunda”, o que gera, também, consequências nos deveres dos administradores e respetiva responsabilidade²⁸⁸. Causa-nos estranheza não existir norma semelhante dirigida às sociedades por quotas. Também nestas, as situações de consentimento devem ser acompanhadas da estipulação das condições em que a concorrência será exercida, incluindo, portanto, a questão do acesso a informação sensível.

Acompanha-se PEDRO CAETANO NUNES quando refere a existência de um dever acessório de esclarecimento relativo à situação de conflito de interesses e à atividade concorrente (ao solicitar o consentimento) que incumbiria, naturalmente, ao gerente/administrador. O Autor faz alusão à incidência de tal dever também nos ordenamentos alemão e norte-americano²⁸⁹.

²⁸⁵ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 398.º, pp. 349 e 350.

²⁸⁶ NUNO T.T. DOS REIS, *Os deveres de lealdade...*, cit., p. 78.

²⁸⁷ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *in* Código das Sociedades..., cit., pp. 389 e 390.

²⁸⁸ Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 398.º, p. 350. Como observa ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE “podemos pois passar a ter administradores com poderes minorados e com acesso restrito a informação sensível”. Este Autor alerta, ainda, para a dificuldade de concretização do conceito de “informação sensível” e de compatibilização destas restrições com as funções de um administrador. ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *in* Código das Sociedades..., cit., p. 389.

²⁸⁹ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., pp. 110 e 116.

6. Figuras afins

A distinção entre a proibição de concorrência e outras figuras também elas derivações do amplo dever de lealdade é, por vezes, difícil. Em conexão com esta proibição, é frequente a referência à questão dos “atos isolados”. Encontra-se, amiúde, na doutrina comparações entre aquela proibição e o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias. Outras figuras são próximas ou têm até pontos de contacto com aquela proibição, nomeadamente: o dever de correção do administrador ao contratar com a sociedade; o dever de não utilizar em benefício próprio meios ou informações da sociedade; e o dever de não abusar do estatuto ou posição de administrador²⁹⁰. A compreensão da proibição de concorrência passa, necessariamente, pelo confronto face a outros deveres próximos, de forma a clarificar o que os separa, obstando, assim, às indesejáveis confusões terminológicas.

No que concerne aos atos isolados de concorrência, RAÚL VENTURA entende que estão abrangidos pela proibição devido à potencialidade de representarem um prejuízo de elevada dimensão para a sociedade²⁹¹. No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO afirma que “um acto isolado de concorrência pode representar uma autêntica estocada na sociedade, traduzindo grave deslealdade”, pelo que não se constata “base valorativa para a distinção”^{292 293}.

Divergentemente, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS defende a exclusão destes atos do âmbito de incidência da proibição de concorrência, uma vez que entende que o conceito “atividade” remete para a continuidade da conduta. Nega a licitude da prática destes atos isolados, advertindo, no entanto, que o meio de proteção contra os mesmos não pode ser o artigo 254.º/2. Apesar da sua tese, o Autor não deixa de reconhecer a dificuldade de distinção entre “um só acto” e “uma actividade enquanto

²⁹⁰ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., pp. 26 e 27.

²⁹¹ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 94; e *Vide* Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 254.º, p. 97.

²⁹² *Vide* Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 254.º, p. 97, nota de rodapé 15.

²⁹³ Na ordem jurídica alemã a proibição de concorrência também abrange os atos isolados de concorrência. *Vide* PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 115.

conjunto de actos”²⁹⁴.

No mesmo sentido, também PEDRO CAETANO NUNES preconiza diferente valoração entre o desenvolvimento de uma atividade concorrente e a prática de um mero ato isolado, devido à continuidade temporal que se verifica no primeiro e que inexistente no segundo²⁹⁵. Reconduz a prática de um ato isolado a uma violação do dever de lealdade, nomeadamente do dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias²⁹⁶. Não nos parece aceitável tal classificação. Um ato isolado pode ou não traduzir-se numa violação do dever de não apropriação de oportunidade de negócio societárias, não havendo, portanto, uma correspondência absoluta entre ambos. Um ato isolado pode ser, noutras situações, um ato de concorrência, distinguindo-se da prática de “atividade concorrente”, nestes casos, apenas pela diversa duração de ambos, e eventualmente pela diferença entre as consequências geradas. Pode, na verdade, traduzir-se na violação de qualquer outro dever que resulte dos deveres de lealdade que condicionam a atuação do administrador²⁹⁷.

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA também advoga a distinção entre atividade concorrente e ato isolado, justificada pela continuidade temporal característica daquela²⁹⁸.

COUTINHO DE ABREU integra estes casos na violação do dever de lealdade “quando signifiquem aproveitamento indevido de oportunidades de negócios da sociedade”²⁹⁹.

²⁹⁴ “Se o gerente praticou um só acto, este será um acto isolado. Mas se praticou mais que um, será necessário verificar se estamos sem mais perante uma actividade. E, então, os critérios oferecidos pela doutrina não são propriamente seguros, remetendo para o carácter preordenado e sistémico com que são praticados os actos, para a existência de um prejuízo efectivo para a imagem de autonomia que o gerente adquire no mercado perante os fornecedores e clientes”. MARCO SPOLIDORO, *Il divieto di concorrenza per gli amministratori di società di capitali*, RS, 1983, p. 1341 e ss. *Apud* Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)..., cit., anot. art. 254.º, p. 98, nota de rodapé 18.

²⁹⁵ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 107.

²⁹⁶ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 94.

²⁹⁷ “Um acto isolado de concorrência pode não representar a apropriação ilícita de uma oportunidade de negócio da sociedade, assim como esta poderá ocorrer independentemente do exercício de uma actividade concorrente”. NUNO T.T. DOS REIS, *Os deveres de lealdade...*, cit., p. 76.

²⁹⁸ “(...) o exercício de uma atividade concorrente e a prática de um mero ato isolado de concorrência devem ser valorados de forma distinta, atenta a continuidade temporal pressuposta pela concorrência e a prolongada manutenção do correspondente conflito de interesses”. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades...*, cit., p. 542.

²⁹⁹ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 29.

NUNO CALAIM LOURENÇO defende que reconduzi-lo a violação do dever de não concorrência depende do tipo de atividade desenvolvida pela sociedade. Nas palavras do Autor, “certamente que consubstanciará uma violação deste dever o acto isolado que inviabilize um contrato de uma sociedade que se destine, exclusivamente, à promoção de um único evento por cada semestre do ano (v.g. a organização de um concerto)”, advogando, portanto, a adoção de um critério de proporcionalidade e de repercussão económica na esfera da sociedade concorrida³⁰⁰.

Perante os argumentos considerados, parece-nos fazer sentido a não incidência da proibição de concorrência sobre os atos isolados de concorrência, por se tratarem de realidades diferentes, não obstante isso à sua consideração como violações do dever de lealdade.

No que diz respeito à contratação entre administrador e sociedade, há certos negócios que lhe estão vedados (arts. 397.º/1 e 428.º CSC). Os demais contratos para serem válidos estão sujeitos à autorização prévia do órgão de administração por deliberação, em que o interessado não vota, e parecer favorável do conselho fiscal. Se se tratar, no entanto, de ato “compreendido no próprio comércio” da sociedade, será legítimo ao administrador contratar com a sociedade desde que não goze de nenhuma especial vantagem (art. 397.º/5 CSC)³⁰¹. Este dever é extensível, por analogia, a outras sociedades³⁰².

Recai sobre o administrador o dever de não aproveitamento indevido de oportunidades societárias em benefício próprio ou de terceiros³⁰³.

Como é possível delimitar as oportunidades negociais que pertencem à sociedade? São entendidas como tal as oportunidades que se inserem no domínio da sociedade, isto é, aquelas em que a sociedade tem objetivamente interesse ou já o manifestou, bem como nas situações que já recebeu proposta nesse sentido ou se encontra em negociações³⁰⁴. É, ainda, oportunidade societária se o administrador teve conhecimento da mesma no âmbito

³⁰⁰ NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração...*, cit., p. 25.

³⁰¹ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., pp. 27 e 28.

³⁰² NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração...*, cit., p. 24.

³⁰³ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 31.

³⁰⁴ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., pp. 31 e 32.

do exercício das suas funções, seja de modo imediato ou mediato. O mesmo vale para os casos em que, independentemente de o administrador estar ou não no exercício das suas funções quando tomou conhecimento da mesma, tal ocorreu pelo especial cargo que ocupa naquela sociedade a quem a proposta se dirija.

De modo diverso, não serão societárias as oportunidades que são oferecidas exclusivamente ao administrador a título pessoal, independentemente, portanto, da sua qualidade de administrador de certa sociedade. Também não se trata de uma oportunidade societária quando das circunstâncias se possa concluir que o proponente quer negociar com o administrador, na sua qualidade pessoal, e não com a sociedade³⁰⁵.

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA não concorda com este critério e concebe o dever de forma mais rígida, advogando que «atenta a indivisibilidade da lealdade do administrador, o facto de a oportunidade lhe ser oferecida pessoalmente ou dela ter conhecimento no seu âmbito privado não exclui o dever de não apropriação, já que “um administrador está sempre ao serviço”»³⁰⁶. Segundo a Autora, o administrador está, portanto, vinculado a verificar, mesmo nessas situações, se a oportunidade é do interesse da sociedade. Não podemos, no entanto, concordar com esta posição, uma vez que da mesma resultaria uma coartação excessiva da liberdade de iniciativa privada do administrador.

A apropriação é indevida quando o administrador é parte num negócio cuja proposta é, ou deve ser considerada, por qualquer dos motivos enunciados, dirigida, na verdade, à sociedade³⁰⁷.

O conteúdo da proibição de concorrência é distinto do dever de não apropriação de oportunidades societárias. Além disso, outra divergência é representada pelo facto de a obrigação de não concorrência consistir numa obrigação legal específica, por gozar de previsão no CSC que delinea o seu regime, ao contrário do dever de não apropriação de oportunidades societárias³⁰⁸.

O paralelo que, por vezes, se estabelece entre a proibição de concorrência e o

³⁰⁵ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 32.

³⁰⁶ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades...*, cit., p. 532, nota de rodapé 1645.

³⁰⁷ NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração...*, cit., p. 26.

³⁰⁸ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., pp. 12 e 28 ss..

dever de não apropriação de oportunidades societárias, ambos concretizações do dever de lealdade³⁰⁹, não é desprovido de fundamento, já que o aproveitamento indevido de oportunidades de negócio societárias implica, por vezes, mas não necessariamente, também a prática de atividade concorrente com a da sociedade protegida³¹⁰.

Além disso, uma das funções do dever de não concorrência é “evitar a diminuição de oportunidades de negócio da sociedade”³¹¹.

Se o administrador integrar simultaneamente duas sociedades que desenvolvem atividade concorrente, de forma lícita, ou seja autorizado a tal, não se encontra desrespeitada a proibição de concorrência. No entanto, pode ser difícil, conciliar o respeito pelos deveres de lealdade perante ambas as sociedades. A uma das sociedades que ele integra é dirigida uma proposta contratual. Acontece que as negociações com essa sociedade saem goradas. Entretanto o potencial contratante apresenta a mesma oportunidade comercial mas, desta vez, à outra sociedade em que o administrador em causa exerce funções. Como deve o administrador proceder perante tal situação? Deve aproveitar a oportunidade comercial agora a favor da segunda sociedade, e cumprir também o dever de lealdade perante a primeira não se aproveitando do conhecimento adquirido durante as negociações (que se frustraram) com esta. O seu dever será, dessa forma, cumprido, cabendo-lhe informar ambas as sociedades da situação em questão³¹².

O dever de não apropriação não cessa perante um caso de incapacidade financeira da sociedade (existe a possibilidade de recorrer ao crédito), nem face a obstáculos legais (estes podem, por vezes, ser removidos ou, pelo menos, questionados). Em casos semelhantes o administrador deve, na verdade, prosseguir os esforços ao seu alcance no sentido de obviar à barreira que esses entraves representam face à possibilidade de

³⁰⁹ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 90.

³¹⁰ Nesse sentido, veja-se que COUTINHO DE ABREU refere que este dever confunde-se facilmente com o dever de não concorrência com a sociedade. “O aproveitamento indevido de oportunidades de negócio societárias significa nalguns casos também a violação do dever de não concorrência com a sociedade: o negócio aproveitado implica actividade abrangida no objecto da sociedade. Mas não é assim muitas vezes. A oportunidade de negócio societária não tem de implicar actividade idêntica ao da sociedade”. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 32; e, do mesmo autor, *Deveres de cuidado...*, cit., p. 27.

³¹¹ NUNO T.T. DOS REIS, *Os deveres de lealdade...*, cit., p. 73.

³¹² Esta é uma hipótese interessante, porquanto um pouco complexa, que entendemos ser relevante abordar. É referida por MARISA LARGUINHO, in *O dever de lealdade...*, cit., pp. 210 e 211.

celebração de tal negócio pela sociedade³¹³.

Por fim importa dar nota de que o aproveitamento é lícito se for consentido, aplicando-se, analogicamente, o regime do consentimento relativo à proibição de concorrência³¹⁴.

O administrador está ainda sujeito ao dever de não utilizar em benefício próprio meios ou informações da sociedade³¹⁵. Não pode utilizar património ou pessoal da sociedade para seu benefício, a menos que haja uma retribuição, o que nesse caso se traduziria numa situação de negócio entre o administrador e a sociedade. Não pode utilizar informação reservada da sociedade, uma vez que tem quanto à mesma um dever de segredo. Poderá haver um ponto de contacto com a obrigação de não concorrência se o administrador utilizar essa informação para uma “empresa que tenciona constituir”, na hipótese de essa vir a desenvolver atividade concorrente com a da sociedade que integrou em primeiro lugar³¹⁶. Há também possibilidade da violação deste dever ocorrer em simultâneo com o dever de não se aproveitar de oportunidades societárias, nomeadamente quando celebra o negócio utilizando para esse efeito informação privilegiada³¹⁷, património ou pessoal da sociedade³¹⁸.

7. Natureza

Aqui chegados cumpre analisar a natureza desta proibição.

O dever de lealdade determina que diversas condutas sejam proibidas ao administrador. MENEZES CORDEIRO refere a proibição de concorrência como uma atuação vedada que resulta do dever de lealdade³¹⁹.

³¹³ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 103.

³¹⁴ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 33; NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração...*, cit., p. 27.

³¹⁵ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 33.

³¹⁶ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 33.

³¹⁷ Entendida como “aquela que é reservada e se encontra fora do domínio do conhecimento público”. NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração...*, cit., p. 26.

³¹⁸ NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração...*, cit., p. 26.

³¹⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 876. Em conexão com estas reflexões, não esqueçamos a pertinência de considerar a natureza ética do dever de lealdade. MARISA LARGUINHO, *O dever de lealdade...*, cit., p. 199.

Segundo a doutrina, a proibição de concorrência pode, então, ser vista como manifestação do dever de lealdade (dever genérico)³²⁰, representando simultaneamente um dever de conteúdo específico, visto que goza de previsão legal expressa que dita o seu regime³²¹. Uma vez que este dever tem disciplina legal no CSC é considerado um dever específico legal de execução vinculada, nas palavras de NUNO CALAIM LOURENÇO^{322 323}.

Enquanto decorrência do dever de lealdade traduz-se, essencialmente, numa concretização negativa do mesmo³²⁴. Muito embora alguns autores defendam a vigência também de uma componente positiva do dever (por exemplo, a proibição de concorrência também se traduz na prossecução de todas as oportunidades de negócio que sejam do interesse da sociedade)³²⁵.

Tem como objetivo “fomentar a transparência e a clareza nas relações entre os administradores e a sociedade”, evitando igualmente o descrédito do papel daqueles na sociedade^{326 327}.

Trata-se de um campo onde abundam os conceitos indeterminados, o que justifica a necessidade de um esforço acrescido de concretização³²⁸.

É um dever legal. Mas se vier previsto e regulado no contrato de sociedade não deixa de tratar-se de um dever legal, porquanto se aplicaria mesmo na ausência da respetiva cláusula. Nestes casos é, simultaneamente, um dever contratual, porque

³²⁰ Ao analisar o dever de lealdade, NUNO CALAIM LOURENÇO refere que a sua formulação legal é “algo genérica”. “Consequentemente, a doutrina tem vindo a desenvolver um esforço de precisão e concretização, formulando alguns sub-deveres que pretendem entroncar directamente naquele primeiro mandamento”. Um dos deveres que recai sobre o gestor é a proibição de concorrência com a sociedade. NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração...*, cit., p. 22.

³²¹ FILIPE BARREIROS, *A responsabilidade...*, cit., pp. 70 e 74. Acrescenta ainda, na p. 77 da mesma obra, que enquanto dever legal específico consubstancia uma das “condutas devidas cujo conteúdo se encontra particularmente definido na lei”.

³²² NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração...*, cit., p. 22.

³²³ MARISA LARGUINHO refere-se ainda a este dever recorrendo à expressão “concretização atomística legal do dever de lealdade”. Cfr. da Autora, *O dever de lealdade...*, cit., p. 203.

³²⁴ Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 64.º, p. 253.

³²⁵ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 90.

³²⁶ FILIPE BARREIROS, *A responsabilidade...*, cit., p. 73.

³²⁷ Também MARISA LARGUINHO se refere a esta função de proporcionar transparência através destes deveres. MARISA LARGUINHO, *O dever de lealdade...*, cit., p. 199.

³²⁸ FILIPE BARREIROS, *A responsabilidade...*, cit., p. 73.

sociedade e administrador estipularam por acordo as condições de exercício de mesmo. FILIPE BARREIROS refere-se aos deveres estatutários e contratuais dos administradores, admitindo que os estatutos e o “contrato de administração” sejam ambos fontes de deveres, desde que não envolvam o afastamento de “deveres resultantes de normas imperativas”³²⁹.

A natureza da proibição é, ainda, revestida de peculiaridades que se justificam pela especial relação de confiança que é suposto existir entre os intervenientes da mesma. Este dever é, então, de natureza funcional, porquanto a sua génese passa, também, pela consideração da particular situação que o administrador ocupa³³⁰.

A relação jurídica entre os administradores e a sociedade é uma relação fiduciária *lato sensu*³³¹. É o facto de se apresentarem numa posição de poder que determina que lhes seja exigida uma determinada conduta específica. PEDRO CAETANO NUNES refere-a como mais exigente do que aquela que determina as relações contratuais gerais. Menciona a particular intensidade dos deveres acessórios de conduta, dentro dos quais se encontra o dever de lealdade³³². É, portanto, da posição especial que o administrador ocupa que derivam estes deveres.

O conteúdo e alcance desta proibição podem ser moldados, sendo portanto um dever configurado como suficientemente flexível para dar resposta às necessidades de adaptação do mesmo a cada caso concreto e à vontade dos sujeitos envolvidos – aquele a que visa conferir proteção (sociedade)³³³ e aquele sobre quem incide (administrador).

Esta figura que veda ao administrador a concorrência com a sociedade surge com diversas denominações. Ainda assim, cabe-nos justificar a nossa preferência por

³²⁹ FILIPE BARREIROS, *A responsabilidade...*, cit., pp. 77 a 80.

³³⁰ O conflito de interesses a que a proibição visa obstar decorre da existência de deveres funcionais. MARISA LARGUINHO, *O dever de lealdade...*, cit., p. 213.

³³¹ “A posição dos administradores como gestores de um património alheio diferencia-os de um normal parceiro contratual”. PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 89.

³³² PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 89.

³³³ É à sociedade que, em primeira linha e diretamente, o conteúdo dos artigos 254º e 398º/3 visa conferir proteção. “A proibição de o gerente exercer actividade concorrente com a da sociedade, regulada no artº 254º do CSC, visa directamente a protecção da actividade social e não qualquer direito do sócio que, de imediato, não é susceptível de ser afectado pelo não acatamento da proibição”. Cfr. Ac. do TRL de 16/05/2000 *in* CJ, Ano XXV, Tomo III, 2000, pag. 89/91 *Apud* Ac. TRP 29/06/2009. Em sentido convergente, DIOGO PEREIRA DUARTE escreve que “a proibição de concorrência é estabelecida em benefício da sociedade”. Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 254.º, p. 742.

“proibição”. Apesar de não ser absoluta³³⁴, usamos esta terminologia para intensificar a ideia de que ao administrador está vedado esse exercício. Não é apenas algo que não deve fazer, atendendo à sua função, é, efetivamente, algo que ele simplesmente não pode fazer. É a própria lei que o proíbe. A razão de ser da proibição resulta da multiplicidade de riscos a que visa obstar e que justificam, sem margem para dúvidas, a necessidade da sua consagração.

A epígrafe do artigo 254º CSC refere tratar-se de uma proibição. Tal expressão intensifica a imperatividade desta obrigação de não concorrência.

Também nos ordenamentos vizinhos se encontra a referência a uma proibição. Em Itália o art. 2390 do *Codice Civile* estabelece o “divieto di concorrenza”³³⁵. No ordenamento jurídico espanhol, o artigo 127 LSA refere a “prohibición de competencia”³³⁶.

Quanto à classificação desta proibição como um dever ou como uma obrigação, a maioria da doutrina refere-se a um dever – enquanto concretização do dever de lealdade e, simultaneamente, como um dever de conteúdo específico.

Na jurisprudência, é frequente o recurso aos conceitos “proibição de concorrência”³³⁷ e “obrigação de não concorrência”³³⁸. Nos Acs. STJ 16/03/2011 e TRL 06/12/2012 ambos os conceitos são usados³³⁹.

Alguma doutrina recorre, igualmente, a essa terminologia³⁴⁰. Todavia, o termo “obrigação” quando usado em sentido amplo abrange não só a “obrigação em sentido

³³⁴ *Vide supra* II. 5.

³³⁵ GASTONE COTTINO, *Le società...*, cit., p. 421.

³³⁶ CARLOS GÓRRIZ LÓPEZ, *Los deberes de lealtad...*, cit., p. 150.

³³⁷ Cfr. Ac. TRL 10/02/2009 e Ac. STJ 30/09/2014.

³³⁸ Cfr. Ac. TRL 17/04/2007, Ac. TRL 20/10/2009, Ac. STJ 31/03/2011 e Ac. TRL 28/06/2012.

³³⁹ Note-se, ainda, que no Ac. TRP de 29/06/2009 a violação do art. 254º é referida como uma prática de “concorrência desleal” seguida da definição da mesma como consistindo numa “atividade voluntária, desonesta e conscientemente praticada com a intenção de desviar clientela alheia em proveito próprio”.

³⁴⁰ DIOGO PEREIRA DUARTE, em anotação ao artigo 254º CSC, recorre a esta expressão ao logo do seu texto. Cfr. Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., p. 741. ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE refere-se à “obrigação de concorrência” ou “proibição de concorrência”. Cfr. deste Autor, Código das Sociedades..., cit., pp. 60 e 464, respetivamente.

técnico” mas também o “dever”, bem como outras realidades jurídicas³⁴¹.

ANA PRATA³⁴², define “dever jurídico” como “situação jurídica passiva, que determina para uma pessoa a necessidade de praticar ou não praticar determinado acto”.

Quanto à noção de obrigação, o art. 397.º CC refere-se ao “vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”³⁴³.

Tanto as “obrigações” como os “deveres” são situações passivas em que o “sujeito fica colocado no âmbito de aplicação de normas proibitivas”. A obrigação em sentido técnico desdobra-se em várias realidades jurídicas, tais como: dever de efetuar a prestação principal, dever de efetuar as prestações secundárias, deveres acessórios, sujeições³⁴⁴.

Releva mencionar uma categoria especial de obrigações: as obrigações funcionais. Tratam-se de “situações passivas nas quais uma pessoa se encontre, por força da sua presença em determinada posição”³⁴⁵. MENEZES CORDEIRO refere, a título exemplificativo, a obrigação do administrador de elaborar o relatório da gestão e de contas. Da mesma forma, também a proibição de concorrência é uma obrigação que resulta do simples facto de se ocupar a administração/gerência de uma sociedade. Esta categoria de obrigações acarreta consequências, embora não ponha em causa a discricionariedade daquele sobre quem impende³⁴⁶.

O mesmo Autor refere expressamente a proibição de concorrência como um

³⁴¹ ANTÓNIO PINHEIRO TORRES, *Noções Fundamentais de Direito das Obrigações*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010, p. 9; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II, Direito das Obrigações*, TOMO I, Almedina, 2009, pp. 26 e 27.

³⁴² *In* Dicionário Jurídico..., cit., p. 490. Acrescenta, ainda, que “o cumprimento de um dever pode, normalmente, ser obtido pelo titular do direito correspondente, através de uma acção judicial, ou, caso o incumprimento seja definitivo, atribui ao titular o direito a ser indemnizado pelos prejuízos que o incumprimento lhe acarretar”.

³⁴³ “São duas as principais fontes das obrigações: os contratos e a responsabilidade civil (esta última fonte da obrigação de indemnização); ao lado destas, o Código Civil prevê outras fontes de obrigações: os negócios jurídicos unilaterais, a gestão de negócios e o enriquecimento sem causa, sendo, por seu lado, também a própria lei fonte de obrigações”. Qualquer que seja o entendimento adotado quanto à natureza do ato constitutivo da relação de administração, a tese da configuração da proibição de concorrência como uma obrigação não é posta em causa. A obrigação tanto pode decorrer de um contrato como dos restantes atos jurídicos enunciados nesta definição. ANA PRATA, *Dicionário Jurídico...*, cit., p. 986.

³⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral*, Tomo I, Almedina, 2000, pp. 185 e 186.

³⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I...*, cit., p. 191.

³⁴⁶ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I...*, cit., p. 191.

exemplo de “obrigação de facto negativo” que advém da lei³⁴⁷.

Parece então que a proibição de concorrência mais se aproxima de uma obrigação, enquanto conjunto de deveres. Existe de facto um “vínculo jurídico” entre o administrador e a sociedade. E é do “contrato de administração” em conjugação com a lei que resultam as obrigações do administrador, entre as quais a de não concorrer.

Conforme decorre do seu regime jurídico, esta obrigação, pela sua complexidade, envolve vários sub-deveres. A prestação principal é de não concorrer, mas subjacente à mesma podemos encontrar diversos deveres.

A proibição tem como fundamento evitar situações de conflitos de interesses, mas não se reduz a isso. Visa, ainda, obstar ao aproveitamento por parte do administrador de conhecimento de natureza reservada a que acedeu apenas em virtude do cargo que ocupa; impedir que aqueles que melhor conhecem a sociedade e a gerem desenvolvam atividade que possa causar danos particularmente graves; “evitar a diminuição das oportunidades de negócio da sociedade”³⁴⁸ (o que corresponde, no fundo, a um dever de aproveitamento das oportunidades da sociedade a favor da mesma); favorecer a prossecução do interesse social por parte do administrador; e tutelar o interesse da sociedade administrada em usufruir de toda a atividade laboral do administrador, tendo em conta as desvantagens que decorreriam da dispersão de tempo e atenção do mesmo por outra pessoa coletiva que não a que veio integrar em primeira linha³⁴⁹.

Decorrem, ainda, da obrigação de não concorrência outros deveres, tais como: dever de o administrador esclarecer a sociedade sobre a situação de potencial concorrência quando solicite o consentimento daquela; dever de não aliciar clientes da sociedade protegida para a sociedade concorrente; dever de não renunciar à gerência com o intuito de contornar a proibição de concorrência (para aqueles que entendem que esta

³⁴⁷ Em conexão com isto, classifica as cláusulas de não-concorrência como prestações mistas (no âmbito da distinção entre prestações negativas materiais e prestações negativas jurídicas). MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II...*, cit., p. 458. ANA PRATA, referindo-se à obrigação “de non facere”, escreve: “designa-se assim a obrigação cujo objecto é uma abstenção do devedor: a prestação consiste em abster-se de certo acto ou actividade”. Cfr. da Autora, *Dicionário Jurídico...*, cit., p. 994.

³⁴⁸ NUNO T.T. DOS REIS, *Os deveres de lealdade...*, cit., p. 73.

³⁴⁹ Vide RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas...*, cit., p. 55; NUNO T.T. DOS REIS, *Os deveres de lealdade...*, cit., p. 73; e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades...*, cit., p. 383.

cessa com a renúncia ao cargo); o próprio dever de não concorrer logo após abandonar o cargo – pós eficácia da proibição³⁵⁰; a possibilidade de ser responsabilizado pela violação daquela proibição e, em consequência disso, ser condenado a pagar uma indemnização à sociedade. Abrange imposições de conduta bastantes para que se considere aquela como um complexo de deveres (e outras realidades jurídicas) e, portanto, uma verdadeira obrigação.

Preferimos, então, configurar a proibição de concorrência como uma obrigação funcional de facto negativo (de *non facere*).

Não obsta a tal entendimento a circunstância de, relativamente ao dever de lealdade, a proibição de concorrência aparecer referida como um sub-dever (acessório) daquele (principal). A classificação da proibição relativamente ao dever de lealdade não impede que seja simultaneamente, quando considerada de forma singular, uma verdadeira obrigação de conteúdo autónomo.

III. Responsabilidade do administrador para com a sociedade por violação da obrigação de não concorrência

1. Pressupostos

1.1. Considerações gerais

Esta matéria apresenta estreita conexão com a responsabilidade civil³⁵¹.

A importância de abordar este tema resulta do contrapeso aos poderes das administrações, enquanto forma de controlo do respetivo exercício. Nesse sentido, escreve CARNEIRO DA FRADA que “o dever de dirigir a sociedade ou a empresa pressupõe certamente liberdade decisória”. O Direito reconhece essa liberdade mas, simultaneamente, limita-a³⁵².

³⁵⁰ Nos termos *supra* referidos em II. 3.

³⁵¹ “(...) a responsabilidade dos administradores, gerentes ou diretores das sociedades comerciais é, antes de mais, um tema de responsabilidade civil. Reduzi-lo a uma questão comercialística vai, depois, deixar parques instrumentos, aquando da aplicação”. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 969.

³⁵² MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil - Responsabilidade Civil - O Método do Caso*, Almedina, 2011, p. 121.

Antes de analisar os aspetos fulcrais da responsabilidade civil no nosso ordenamento, vejamos a evolução da figura em ordenamentos vizinhos.

No que diz respeito à experiência francesa, cumpre referir que inicialmente os administradores ocupavam uma área de irresponsabilidade. A respetiva responsabilidade foi, entretanto, introduzida, genericamente, por via do artigo 44.º da Lei de 1867³⁵³.

Quanto ao modelo alemão, a regra da responsabilidade civil dos administradores surge em 1861. Verifica-se, no entanto, a inexistência de meios individuais dos acionistas contra os administradores. Posteriormente concretizaram-se os deveres dos administradores³⁵⁴. A doutrina diverge quanto à classificação desta responsabilidade como própria dos órgãos ou, pelo contrário, contratual³⁵⁵.

Merece ainda referência o modelo italiano que teve influência direta nas reformas portuguesas. A responsabilidade dos administradores no Código Civil italiano de 1942 (art. 2392.º) vem prevista nos seguintes termos “os administradores devem cumprir os deveres que lhes são impostos por lei e pelo ato constitutivo com a diligência do mandatário e são solidariamente responsáveis para com a sociedade pelos danos derivados da inobservância de tais deveres, salvo se se tratar de atribuições próprias da comissão executiva ou de um ou mais administradores”³⁵⁶.

No que diz respeito à responsabilidade dos administradores na experiência portuguesa até 1969, o respetivo regime era escasso. Na sua evolução verifica-se o recurso a experiências estrangeiras, mais concretamente, aos ordenamentos jurídicos francês, alemão e italiano, o que levou à compilação de diversas soluções relativas à responsabilização dos administradores – as melhores a nível formal ou as que representavam um maior avanço.

Podemos definir a situação de responsabilidade, recorrendo às palavras de MENEZES CORDEIRO, no sentido de que “os administradores são responsáveis quando, com dolo ou negligência, violem os deveres que lhe incumbia respeitar e, com isso,

³⁵³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 959.

³⁵⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., pp. 961 e 962.

³⁵⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 963.

³⁵⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 964.

provoquem danos”³⁵⁷.

A responsabilidade dos administradores perante a sociedade goza, atualmente, de previsão legal no artigo 72.º/1 CSC³⁵⁸.

A responsabilização do administrador pela violação da proibição de concorrência está, então, sujeita à verificação cumulativa de vários pressupostos. Estes correspondem àqueles que, em geral, são exigidos para a responsabilidade civil por factos ilícitos. São eles: a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade³⁵⁹.

1.2. Ilicitude

O pressuposto da ilicitude encontra-se previsto no artigo 72.º/1 CSC, nomeadamente pelo segmento que refere a “preterição de deveres contratuais e legais”. Este pressuposto traduz-se então na desconformidade entre a conduta levada a cabo pelo administrador e aquela que lhe era exigível.

O tratamento jurisprudencial deste pressuposto corrobora esta noção. Referimo-nos ao acórdão TRL 28/06/2012, no qual podemos ler que “para que ele seja civilmente responsável para com a sociedade é necessário que o acto por ele cometido seja considerado pelo direito como ilícito, aqui se abrangendo a ilicitude civil obrigacional como a ilicitude delitual; sendo, em princípio, ilícito o acto (ou a omissão) que se traduza na inexecução do dever geral a que o agente está vinculado (responsabilidade extracontratual) ou de uma obrigação (responsabilidade contratual)”³⁶⁰.

A ilicitude não se apura em atenção ao resultado, mas sim à conduta que o

³⁵⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 966.

³⁵⁸ COUTINHO DE ABREU critica a referência a deveres “legais ou contratuais”, uma vez que considera preferível a anterior versão (art. 17.º/2 do DI 49 381, de 15 Novembro de 1969 – que influenciou o cap. VII do tit. I do CSC) em que na vez de “contratuais” se lia “estatutários”. Embora entenda os deveres contratuais ali (na versão atual) aludidos no sentido de “privado”, oposto a “legal”, abrangendo portanto, também os deveres estatutários, a verdade é que os estatutos nem sempre resultam de um contrato de sociedade. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 11.

³⁵⁹ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 7. Este Autor entende que quanto aos dois últimos não se vislumbram grandes especificidades no campo societário. No que diz respeito ao dano, discorda-se da sua afirmação. Como se verá adiante, o pressuposto do dano comporta especificidades quando ponderado no âmbito societário.

³⁶⁰ *In Ac.* TRL 28/06/2012, constando no mesmo, relativamente ao excerto por nós transcrito, remissão para o Ac. STJ de 31/3/2011, relator SERRA BAPTISTA.

administrador adotou³⁶¹.

A prova deste pressuposto cabe ao lesado. Face aos obstáculos que, por vezes, este enfrenta na sua demonstração, nomeadamente a dificuldade de acesso à informação adequada a esse efeito, aponta-se a pertinência de facilitar esse ónus, permitindo-lhe a prova indiciária da “verificação de uma violação de um dever causadora de um dano”³⁶².

A ilicitude, especificamente no âmbito da violação da proibição de concorrência, reside na adoção, por parte do administrador, de uma conduta que lhe está vedada por força dos artigos 254º, 398º/3 e 428º CSC. Destarte, o seu comportamento é ilícito quando desenvolve atividade concorrente, por conta própria ou alheia, com a sociedade protegida, inexistindo qualquer autorização nesse sentido.

1.3. Presunção de culpa

Verificando-se a prática de um ilícito por parte do administrador, a culpa deste presume-se. Assim sendo, “o art. 72.º/1 CSC estabelece uma inversão do ónus de alegação/prova compatível com a regra geral estabelecida no art. 799.º/CC”^{363 364}.

Também na jurisprudência se aponta para o ónus do administrador ilidir a presunção de culpa que sobre o mesmo recai. Vejamos nesse sentido um excerto do Ac. TRL 28/06/2012 do qual consta que “os gerentes, administradores ou directores respondem civilmente para com a sociedade relativamente a danos a esta causados por factos próprios e violadores de deveres legais e/ou contratuais, a não ser que demonstrem ter agido sem culpa”.

Questão a desvendar é se essa presunção de culpa no CSC envolve

³⁶¹ “Não se auferindo a ilicitude em relação ao resultado, pressupondo antes uma avaliação do comportamento do agente. Não havendo ilicitude sempre que o comportamento do agente, apesar de representar uma lesão de bens jurídicos, não prossiga qualquer fim proibido por lei”. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, p. 273 e SS, citando A. VARELA, *Obrigações*, vol. I, p. 532 e RIBEIRO DE FARIA, *Obrigações*, vol. I, p. 416 *Apud* Ac. STJ 31/03/2011.

³⁶² Cfr. PAULA CRISTINA DOMINGUES PAZ DIAS FERREIRA, *Responsabilidade civil dos administradores e gestores perante a sociedade*, Porto: FDUP, 2011, p. 29.

³⁶³ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 111.

³⁶⁴ “Um uso correcto das presunções de facto é imprescindível. Elas apelam para aquilo que ocorre (ou não) segundo o curso normal das coisas, ou seja, à luz da experiência usual”. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil...*, cit., p. 82.

simultaneamente culpa e ilicitude à semelhança da “*faute*” francesa. MENEZES CORDEIRO entende que sim. Refere tratar-se de uma “implicação lógica irrefutável”³⁶⁵.

Em sentido contrário, veja-se o Ac. STJ 23/05/2002^{366 367}. Este acórdão diz respeito à responsabilidade civil de um gerente perante a sociedade por violação de deveres que sobre ele incidem. Perfilha-se no mesmo a defesa de que o gerente apenas tem que ilidir a presunção de culpa que sobre ele incide, provar que não teve culpa “desde que se prove previamente – como é óbvio – a violação de algum dos seus deveres legais ou contratuais, ou seja a ilicitude de uma qualquer sua conduta”. Quanto à questão da ilicitude da conduta do gerente, a prova desta incumbe ao lesado, inexistindo, portanto, qualquer presunção de ilicitude no 72º/1 CSC.

Como aferir a medida da culpa exigível? Esta é-nos dada pelo “critério do gestor criterioso e ordenado” ao qual faz referência o artigo 64.º/a) CSC. Trata-se de um critério distinto e mais exigente daquele que vigora, de forma geral, em sede civilística – “*o bonus pater familias*”, pois não é suficiente atuar como o faria o homem médio³⁶⁸.

RAÚL VENTURA salienta a peculiaridade deste padrão objetivo de conduta do administrador “dotado de certas qualidades”³⁶⁹. Tal bitola determina a indiferença das características pessoais do administrador. Trata-se de um padrão de exigência acrescida³⁷⁰.

ADELAIDE MENEZES LEITÃO ao explicar este pressuposto menciona ser

³⁶⁵ “A presunção de culpa envolve a de ilicitude: trata-se de uma implicação lógica irrefutável, a menos que se abdique do conceito ético-normativo de culpa, hoje dominante. A presunção de ilicitude não dispensa o interessado de provar o não-cumprimento do dever em causa, base do desenvolvimento subsequente; perante tal não-cumprimento, presumem-se a ilicitude e a culpa, nos termos próprios da responsabilidade obrigacional”. Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 72.º, p. 279.

³⁶⁶ Relator - FERREIRA DE ALMEIDA.

³⁶⁷ Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 72.º, p. 279.

³⁶⁸ “(...) bitola de diligência mais exigente do que a que se encontra no art. 487.º/2 CC”. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores*..., cit., p. 41.

³⁶⁹ “Do carácter objectivo do grau de diligência do gerente decorre a indiferença das circunstâncias pessoais deste, designadamente a sua incapacidade ou incompetência para gerir empresas e especialmente aquela considerada. Tal significa que não chega que o gerente actue como o faria qualquer homem médio, já que a diligência exigida ao gerente (ou ao administrador) tem de ser a de um profissional qualificado de modo que a sua responsabilidade só poderá ser afastada por falta de culpa, quando o administrador actue como o faria um gestor medianamente criterioso e ordenado, como refere o preceito”. RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*..., cit., pp. 149 e 150.

³⁷⁰ As decisões jurisprudenciais não se mostram indiferentes a esta questão. Os Acs. STJ 28/04/2009, TRL 31/01/2013 e STJ 01/04/2014 refletem esta matéria referindo a especial exigência característica do padrão de comportamento do administrador.

suficiente a “mera previsibilidade e evitabilidade” enquanto indicadores de existência de culpa.³⁷¹ Esclarece, no entanto, no que diz respeito à matéria do critério especial do “gestor criterioso e ordenado”: “não se trata *in casu* de uma previsibilidade e evitabilidade individual mas específica de um grupo, pelo que é mais exigente”³⁷².

Apesar de formalmente inserida na primeira alínea do citado artigo 64.º, esta bitola deve considerar-se comum “quer aos deveres de cuidado, quer aos deveres de lealdade”³⁷³. Em sentido contrário posiciona-se CARNEIRO DA FRADA³⁷⁴. A ausência de referência da mesma (bitola) na segunda alínea parece-nos natural, porquanto, caso contrário, traduzir-se-ia aquela (referência) numa repetição desnecessária do teor da alínea a) – quanto à bitola – pois a aplicação da mesma a ambos os deveres resulta do espírito do sistema conforme nos é possível apurar.

Além disso, não podemos concordar com a posição de CARNEIRO DA FRADA, porque nesse caso “qual seria então a medida da culpa exigível para a violação dos deveres de lealdade?”³⁷⁵. O art 487.º/2 CC³⁷⁶ que contém o critério do “bom pai de família” parece insuficiente para ser ponderada a sua aplicação a este campo em que se adivinham como acrescidas as exigências de lealdade. Face às especificidades da realidade societária e da especial relação de confiança que une o administrador à sociedade, faz sentido exigir um critério especial de aferição de culpa.

MENEZES CORDEIRO alega que esta “medida da culpa”³⁷⁷ comporta elementos de ilicitude (o esforço exigível), em harmonia com o seu entendimento de que a culpa e

³⁷¹ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 41.

³⁷² ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 42.

³⁷³ Nesse sentido pronuncia-se MENEZES CORDEIRO, in *Código das Sociedades Comerciais Anotado* (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 64.º, p. 253: “apesar de inserida no final do 64.º/1, a), a diligência dá corpo a todos os deveres dos administradores, explicando a intensidade requerida na sua execução”; Cfr. também ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 41.

³⁷⁴ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 41.

³⁷⁵ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 41.

³⁷⁶ “Artigo 487.º

(Culpa)

1. É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa.

2. A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”.

³⁷⁷ ADELAIDE MENEZES LEITÃO refere-se ao padrão do gestor criterioso e ordenado como critério de definição da culpa. Cfr. da Autora, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 31.

ilicitude são, na responsabilidade obrigacional, incindíveis³⁷⁸.

Porém, não nos convence tal correlação, porquanto a bitola da diligência é claramente um critério de apoio à avaliação da conduta do administrador como culposa ou não. A conduta do administrador respeita aos comportamentos que o mesmo adota na gestão da vida societária, nomeadamente, ao cumprimento ou não dos deveres que sobre o mesmo incidem.

Sem embargo do papel de bússola que esta bitola representa, podem surgir incertezas quanto à interpretação destas regras, bem como dificuldade de concretização dos padrões de diligência por referência aos quais se apura a responsabilidade³⁷⁹. Estas fragilidades serão, segundo cremos, superadas na sua avaliação casuística.

1.4. Dano

1.4.1 Análise do pressuposto

Para que o administrador seja responsabilizado perante a sociedade exige-se, ainda, a verificação de outro pressuposto: o dano³⁸⁰. O Ac. TRP 24/03/2014 refere-o como “condição essencial da responsabilidade. Não havendo, pois, responsabilidade civil sem dano”.

O dano engloba tanto os danos emergentes – prejuízos causados diretamente à sociedade – como os lucros cessantes – benefícios que a sociedade deixa de obter em consequência da conduta ilícita do administrador (artigo 564.º/1 CC)³⁸¹.

Releva a distinção entre dano real e dano patrimonial, correspondendo o primeiro à “lesão em interesses societários juridicamente protegidos”, enquanto que o segundo se apura através da diferença entre a situação atual da sociedade e aquela (hipotética) em

³⁷⁸ Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 72.º, p. 279.

³⁷⁹ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil...*, cit., p. 118. Note-se, no entanto, que na página seguinte o Autor se refere ao art. 64.º mas na redação anterior à Reforma de 2006.

³⁸⁰ Segundo CARNEIRO DA FRADA a questão da responsabilidade só se põe se tiver havido dano. Cfr. do Autor, *A business judgement rule...*, cit., p. 239. Este Autor aborda a possibilidade de os administradores dirimirem conflitos de interesses dando nota de que “a lesão de algum desses interesses não é por si só fonte de responsabilidade”. Cfr. do mesmo Autor, *Direito Civil...*, cit., p. 120.

³⁸¹ Ac. STJ 28/02/2013.

que a mesma se encontraria na ausência dos danos que foram gerados no caso em concreto³⁸².

A aferição deste pressuposto convoca algumas cautelas, tais como a rejeição da tentação de averigua-lo pela mera comparação entre o ativo e o passivo. Tal operação levaria a que os danos apurados englobassem não só aqueles que ocorreram como consequência da conduta ilícita e culposa do administrador – suscetíveis de gerar, então, responsabilidade deste último – mas, igualmente, aqueles danos que resultam do risco corrente e inevitável da atividade empresarial – nesse caso não imputáveis ao administrador^{383 384}.

A prática de atividade concorrente pelo administrador envolve, não raras vezes, o desvio de clientes. Tal acontece quando o administrador alicia e persuade um ou mais clientes a deixar de contratar com a sociedade habitual para passar a fazê-lo com a sociedade concorrente³⁸⁵. Trata-se de uma realidade distinta daquela em que os clientes seguem, por sua iniciativa e sem qualquer pressão, o administrador para uma nova sociedade por si constituída.

O apuramento do dano na responsabilidade civil por violação da proibição de concorrência comporta, por vezes, dificuldades. Em certas situações não há ainda um prejuízo monetário efetivo na faturação da sociedade, mas há já um comprovado desvio de clientela que, certamente, a longo prazo causará prejuízo no património daquela.

O dano que normalmente está em causa é, efetivamente, o desvio de clientela,

³⁸² J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 7.

³⁸³ PAULA CRISTINA DOMINGUES PAZ DIAS FERREIRA, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 31. Referindo-se, também, à obrigação do administrador como uma obrigação de meios, veja-se ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *Código das Sociedades...*, cit., p. 61.

³⁸⁴ No Acórdão do STJ de 28/02/2013 chama-se a atenção para o facto de que, pese embora a natureza da função de gerente imponha a assunção de riscos, isso não determina que qualquer prejuízo seja justificado. Esses riscos “estão condicionados ou limitados pelo quadro de obrigações que devem nortear a actuação do gerente”. Este litígio reconduz-se a uma ação intentada por uma sociedade AA, Lda. contra o réu BB que foi seu sócio gerente. A autora pede a condenação daquele pelos prejuízos que lhe advieram da conduta deste último. Alega, em suma, que o BB, simultaneamente gerente de outra sociedade DD, Lda. – concorrente com a autora – levou a cabo uma gestão manifestamente ruínosa da dita autora.

³⁸⁵ No Ac. TRL 25/09/2012 sustenta-se que este desvio “pressupõe, por parte de quem o leva a cabo com sucesso, o desenvolvimento de atividade de aliciamento ou de persuasão dirigida ao cliente, por forma a conseguir que este, deixando de contratar habitualmente com uma dada entidade, passe a fazê-lo com outra”. Realça-se, ainda, ser intrínseca a este conceito “a prévia existência de um processo dinâmico que os terá captado por forma a criar a sua preferência nos serviços de transporte prestados pela sociedade terceira constituída pelo réu, em detrimento dos que lhe vinham sendo prestados pela autora”.

trabalhadores ou fornecedores. Qualquer um deles acabará por implicar uma diminuição do ativo da sociedade. E é, primordialmente, para evitar estes danos concretos que a proibição de concorrência vigora. Se determinados clientes da sociedade protegida deixaram de contratar com esta para passar a fazê-lo com o administrador concorrente, tal perda traduz-se num dano para a primeira sociedade. Se houve trabalhadores que saíram da sociedade concorrida para passar a integrar a sociedade concorrente, mais uma vez, trata-se de um prejuízo: aqueles levam consigo informações da primeira e, além disso, é previsível que haja dificuldade em substituí-los atempadamente na sociedade que abandonam.

A jurisprudência nacional acompanha este entendimento. No Ac. TRL 12/05/2009, referente a um caso de violação da proibição de concorrência por um sócio gerente, apontou-se enquanto danos a diminuição da faturação das autoras, o desvio de clientes, bem como a saída de empregados da sociedade protegida para a sociedade concorrente. O Ac. TRP 30/11/2004 refere-se também aos típicos danos decorrentes da violação da proibição de concorrência – o desvio de clientes, fornecedores e trabalhadores da sociedade concorrida para a sociedade concorrente. O Ac. STJ 16/03/2011 classifica como prejuízos para a sociedade concorrida o facto de que vários dos seus clientes passaram a contratar com a nova sociedade que os réus vieram a integrar. Reconduz, igualmente, a um dano, a circunstância de que ex-funcionárias da sociedade concorrente passaram a trabalhar para a sociedade concorrida.

1.4.2. Suficiência da potencialidade dos prejuízos ou necessidade de danos efetivos?

A violação da proibição dos administradores de concorrer com a sociedade, pode dar origem a duas consequências distintas – a constituição do administrador na obrigação de indemnizar a sociedade (pelos prejuízos por esta sofreu) e a possibilidade de a sociedade destituir o administrador (uma vez que o art. 254.º/5 determina que aquela violação constitui justa causa de destituição). É imprescindível, então, compreender que o papel do pressuposto dano, ou seja, a existência de prejuízos, é distinto consoante estejamos a ponderar uma ou outra das ditas consequências.

MENEZES CORDEIRO refere, relativamente à justa causa de destituição do administrador, que os danos “não têm de ser efectivos: apenas potenciais”. Acrescenta que o “dano não é um pressuposto explícito da justa causa de destituição”³⁸⁶. Esse mesmo entendimento é seguido no Acórdão do TRL 01/04/2014 apontando que a lei visa a prevenção da mera possibilidade de originar danos.

Quando o administrador pratica uma conduta que é suscetível de determinar a perda, por parte da sociedade, da confiança depositada naquele, ainda que não se apure prejuízos efetivos, a posição assim ocupada pelo administrador justifica a quebra de vínculo com o mesmo. Tal circunstância legitima que a sociedade destitua o administrador, ao abrigo do art 254./5, por se integrar tal situação no conceito de justa causa ai vertido^{387 388}.

³⁸⁶ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades, II – Das Sociedades em Especial*, Almedina, 2ª edição (revista e actualizada), 2007, p. 437.

³⁸⁷ MANUEL DOMINGOS ALVES FERNANDES refere que mesmo que a conduta do administrador não seja conforme àquela que lhe seria exigível, na ausência de danos fica precluída a obrigação de indemnizar, ressalvando-se, no entanto, a subsistência da possibilidade de destituir com justa causa o infrator. Daqui se infere que a efetiva existência do dano desempenha um papel distinto conforme estejamos a ponderar o administrador estar onerado com a obrigação de indemnizar a sociedade ou a possibilidade de esta, pela censurabilidade da conduta daquele, o destituir. Cfr. deste Autor, *A responsabilidade civil dos administradores – em especial, a do sócio controlador enquanto gerente de facto*, Porto : FDUP, 2010, p. 9. Nesse sentido, JÚLIO GOMES refere que “mesmo que não existam prejuízos, o simples exercício de uma actividade concorrente por parte do administrador é motivo de destituição por justa causa”. Cfr. JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento, O enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, pp. 780 e 781 *Apud* LUÍS VALDEMAR RODRIGUES VAZ BRAVO, *Sobre o dever de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas e a sua conexão com o dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias* - Porto : FDUP, 2010, p. 42, nota de rodapé 95.

³⁸⁸ No direito laboral, para que se considere lícito o despedimento de um trabalhador por violação do dever de não concorrência é suficiente o facto de este se colocar numa situação que potencie a origem de danos para a sociedade. O perigo da existência de prejuízos é, portanto, suficiente para determinar o fim da relação entre o trabalhador e a sociedade. Ilustrando esta questão, veja-se a situação concreta resolvida pelo Ac. STJ 12/09/2012 que se refere à violação do dever de não concorrência que vigora em sede laboral, e não no Direito Societário. Segundo o entendimento sufragado pelos tribunais – o Tribunal da Relação do Porto e o Supremo Tribunal de Justiça, que decide confirmar a decisão daquele –, a constatação da existência de um dano basta-se com a sua potencialidade de ocorrência como consequência da conduta do trabalhador. Não é necessário que se tenha efetivado um prejuízo, mas tão só que a sua existência seja provável, tendo em conta a atuação do trabalhador. Mas tal não implica, que em termos de obrigação de indemnizar a sociedade, não se exija mais do que a mera potencialidade de provocar danos.

Veja-se, ainda, uma reflexão importante em sede societária referente ao sócio. A propósito da exclusão do sócio que faz concorrência à sociedade, LUÍS MENEZES LEITÃO defende que nem toda a situação de concorrência por parte do sócio deve ser fundamento de exclusão, uma vez que a proibição é tão absoluta que abrange situações que não comportam um prejuízo para a sociedade relevante, pelo que também quanto a esta proibição se deve verificar o requisito da “gravidade” previsto no art. 186º/a) para que haja lugar a exclusão do dito sócio. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Pressupostos da exclusão do sócio nas sociedades comerciais*, 2.ª reimpressão, Lisboa : AAFDL, 2004, p. 49.

Trata-se de uma “quebra na confiança”, no âmbito de uma relação em que a confiança é valor indispensável, pelo que pode considerar-se que essa quebra, por si só, representa um dano (para efeitos de determinar a destituição do administrador).

A proibição de concorrência não se trata de uma imposição de conduta no âmbito da qual o administrador goze de grande margem de autonomia³⁸⁹. Assim sendo, o mero desrespeito por esta proibição, independentemente da efetivação de prejuízos, traduz-se numa situação suficientemente censurável para determinar o fim da relação entre o administrador e a sociedade.

Porém, o exercício de concorrência pelo administrador não é, por si só, suficiente para determinar a obrigação de indemnizar a sociedade. Para tal exige-se, de facto, a existência de um dano³⁹⁰.

PAULA CRISTINA DOMINGUES PAZ DIAS FERREIRA refere que “o dano não pode ser presumido, antes deve ser apurado com base numa relação de causalidade”³⁹¹.

A jurisprudência parece orientar-se para a essencialidade do dano na determinação da obrigação de indemnizar. No Ac. STJ 18/04/2006 pode ler-se “como é sabido, o direito à indemnização pressupõe, para além do mais, a existência de prejuízos e que tenham nexo de causalidade adequada com a actuação do lesante, pois este só está obrigado a indemnizar o lesado se e na medida em que os prejuízos advierem de facto ilícito praticado por aquele – arts. 562 e 563 do C.C. À autora incumbe o respectivo ónus da prova – art. 342, nº1, do mesmo Código”.

Na doutrina italiana o dano também aparece referido como necessário para dar

³⁸⁹ Isso mesmo decorre das considerações de CARNEIRO DA FRADA ao distinguir os “deveres (stricto sensu) de diligência”, em que existe uma larga margem de apreciação, dos “deveres de fidelidade ou de lealdade dos administradores” (onde se enquadra a proibição de concorrência) em que essa margem inexistente. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil...*, cit., p. 122.

³⁹⁰ Segundo MENEZES CORDEIRO, “a indemnização pressupõe danos”. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, II, ..., cit., p. 440.

³⁹¹ Na ação ordinária nº 13/1999 da 1.ª Vara de Competência Mista do Tribunal de Vila Nova de Gaia, a atuação aí levada a cabo pelos administradores viola os deveres de lealdade que sobre os mesmos incidem (embora não se trate de um caso de violação da proibição de concorrência). No entanto, uma vez que não se apurou prejuízos efetivos à autora, a conduta referida foi considerada “insusceptível de constituir os administradores na obrigação de indemnizar a sociedade”. Cfr. PAULA CRISTINA DOMINGUES PAZ DIAS FERREIRA, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 31, nota de rodapé 60.

lugar à obrigação de indemnizar a sociedade³⁹².

A conduta que irá dar origem ao dano deve ter sido praticada ainda durante a ocupação da administração. No entanto, o dano não deixa de ser considerado, quando a sua verificação é posterior ao abandono da administração. Desde que o facto gerador do mesmo tenha sido praticado quando o infrator ainda integrava a administração da sociedade.

Na situação apreciada pelo Ac. TRE 18/10/2012 a indemnização em vista é “por actos praticados aquando da gerência e posteriormente, mas cujos danos apenas se produziram após a renúncia à gerência e continuam a produzir”. Apesar de tal acórdão abordar uma situação em que se pede a exclusão de um sócio que com a violação da proibição de concorrência causou danos à sociedade, pensamos que tal entendimento deve valer também em sede de responsabilização de um administrador que tenha violado aquela proibição.

Não há responsabilidade do administrador e, portanto, obrigação de indemnizar sem que se apure um dano.

A particularidade nesta sede reside no facto de que pode não se tratar de um prejuízo patrimonial, atenta a relevância do desvio de clientes, fornecedores ou trabalhadores, que já concluímos representarem verdadeiros “danos”. Acontece ainda que pode tratar-se de um dano que, apesar de ainda não se ter verificado, se nos apresenta como certo e como consequência de condutas levadas a cabo durante a ocupação da administração.

LUIS VALDEMAR RODRIGUES VAZ BRAVO aborda esta questão expondo que “a existência de uma relação de concorrência verifica-se quando um operador económico tem a possibilidade de desviar a clientela de uma determinada sociedade”³⁹³, sublinhando, no seguimento disso, a dificuldade de prova desse desvio de clientela e do nexo de causalidade entre a conduta do administrador e tal prejuízo.

³⁹² “L’azione di responsabilità in tanto può aver esito favorevole in quanto la società dimonstri che dal comportamento illecito degli amministratori le è derivato un danno (Weigmann; Cass., 28 aprile 1997, n. 3652, cit.)”. GASTONE COTTINO, *Le società...*, cit., p. 434.

³⁹³ Cfr., deste Autor, *Sobre o dever de não concorrência...*, cit., pp. 40 e 41.

Essas dificuldades reclamam o papel interventivo e uniformizador da jurisprudência. Mas isso não interfere no facto de que a responsabilização e consequente obrigação de indemnizar só têm lugar quando se apura um dano – seja ele o desvio de clientela, o prejuízo patrimonial decorrente da prática de concorrência, ou qualquer um dos outros *supra* abordados. Esse dano pode ser atual ou futuro, desde que a sua verificação seja certa³⁹⁴.

Estes danos, nos termos em que os configuramos, a par dos restantes pressupostos, dão origem à responsabilidade civil do administrador perante a sociedade. O dano na confiança, que se consuma com o desenvolvimento de atividade concorrente pelo administrador é “punido” com a possibilidade de destituição do mesmo por parte da sociedade, não deixando, portanto de merecer censura e “castigo” a deslealdade que comporta.

Em suma, na responsabilidade civil do administrador perante a sociedade por violação da proibição de concorrência não é suficiente a potencialidade do dano, exigindo-se que seja efetivo; considerando-se, no entanto, aquela potencialidade requisito bastante para efeitos de destituição do administrador.

1.5. Nexo de causalidade

A presença de todos estes elementos conducentes a uma situação de responsabilidade não seria suficiente sem a presença do nexos de causalidade entre a conduta e o dano. Com efeito, para responsabilizar o administrador é necessário que o dano causado à sociedade resulte diretamente do facto ilícito culposamente praticado por ele³⁹⁵. Importa então ponderar, caso a caso, se o prejuízo que a sociedade sofreu representa uma consequência da conduta do administrador, conduta essa, por sua vez, correspondente a uma situação reconduzível à violação da proibição de concorrência³⁹⁶.

³⁹⁴ Nesse sentido, RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA ensinam que os danos podem ser futuros, desde que sejam certos. RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA, *Responsabilidade Civil dos Administradores...* cit., N.º 193, p. 18.

³⁹⁵ Apenas os danos provocados no bem jurídico tutelado pela norma violada são “em princípio, indemnizáveis”. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 982.

³⁹⁶ Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., pp. 273 e 279 (anot. art. 72.º).

A verificação deste pressuposto não se basta com a mera prova da coincidência temporal entre a prática de atividade concorrente por parte do administrador e os prejuízos sofridos pela sociedade (Ac. TRL 10/02/2009).

A predominância da tese da “causalidade adequada” determina que existe nexo de causalidade entre facto ilícito e dano se o primeiro além de ter sido causa do dano naquela situação em concreto, se revelar, em abstrato, propício à produção desses mesmos danos³⁹⁷.

O Ac. STJ 31/03/2011 esclarece que tal apreciação, consagrada no art. 563º CC, se realiza “com apelo ao prognóstico objectivo que, ao tempo da lesão (ou do facto), em face das circunstâncias então reconhecíveis ou conhecidas pelo lesante, seria razoável emitir quanto à verificação do dano”. Acrescenta que deve entender-se que “o facto que actua como condição só deixará de ser causa do dano desde que se mostre por sua natureza de todo inadequado e o haja produzido apenas em consequência de circunstâncias anómalas ou excepcionais, não pressupondo a mesma a exclusividade da condição, no sentido que esta tenha, só por si, determinado o dano.” Concluiu-se que a conduta ilícita do réu, tanto em concreto como em abstrato, é configurável como uma das possíveis condições do dano. Assim sendo, não deixa de se considerar a existência de tal pressuposto mesmo nos casos em que o facto ilícito não foi o único responsável pelo prejuízo causado³⁹⁸.

1.6. Situações de inexistência de responsabilidade

Os casos de inexistência de responsabilidade reconduzem-se, às situações em que não se verifica algum dos pressupostos analisados, ou aos casos em que os danos resultem de deliberação em que o administrador não participou/votou contra (“hajam votado

³⁹⁷ Assim, “considera-se causa o facto que, além de ter sido no caso concreto condição sine qua non do dano, se mostra em abstracto ou em geral adequado a produzi-lo”. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 7.

³⁹⁸ Já no Ac. STJ 28/04/2009 vem refletida esta questão. «A doutrina empenha-se (...) em esclarecer, que não há “interrupção” em todos os casos em que a 1ª série causal, em curso na direcção do efeito, encontrou um 2º facto que o provocou (...) Na verdade, é princípio bem assente que o facto constitutivo da responsabilidade não carece de ser a única causa do dano. Tal como não se discute que o dano bem pode ser causado só mediatamente pelo facto». PEREIRA COELHO, *O Problema da causa virtual na Responsabilidade Civil*, Apud Ac. STJ 28/04/2009.

vencidos”), conforme resulta do art. 72.º/3³⁹⁹.

Outra causa de justificação da atuação dos administradores que exclui a sua responsabilidade trata-se dos casos em que a mesma resulta de “acto ou omissão assente em deliberação dos sócios” (art. 72.º/5). No entanto, aqui distingue-se entre os gerentes e os administradores em sentido estrito, porquanto os primeiros estão vinculados efetivamente a cumprir as tais deliberações. Veja-se, a esse propósito, o artigo 259.º. Em sentido diverso, os administradores de sociedades anónimas estão subordinados às deliberações dos acionistas apenas “nos casos em que a lei ou os estatutos o determinem”. No que concerne às sociedades anónimas, quanto a matérias de gestão, o artigo 373.º/3 prevê que os acionistas só podem deliberar a pedido do órgão de administração. Inexistindo tal pedido, essas deliberações não vinculam os administradores, tratando-se de meros pareceres não vinculantes, conforme afirma NOGUEIRA SERENS⁴⁰⁰. Assim sendo, excetuando as situações em que se prevê a vinculação dos administradores, mantem-se a sua responsabilidade ainda que tenham agido dando cumprimento a uma deliberação dos sócios⁴⁰¹.

A regra introduzida pela Reforma de 2006 no n.º 2 do art. 72.º é conhecida pelo nome de “*business judgment rule*”. Tem origem jurisprudencial nos EUA⁴⁰².

No ordenamento jurídico alemão, figura semelhante à *business judgment rule* foi introduzida no § 93 AktG. em 2005 que estabelece que “não há violação do dever quando o membro da Direcção, na base de informação adequada, devesse razoavelmente aceitar que, aquando da decisão empresarial, agia em prol da sociedade”⁴⁰³. O preceito legal em

³⁹⁹ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 49.

⁴⁰⁰ M. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, 2.ª edição, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, 1997, p. 98 *Apud* MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *A responsabilidade...*, cit., p. 79.

⁴⁰¹ Cfr. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIRA, *Sociedades Comerciais*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2006, p. 248. Após abordar esta questão conclui no sentido de que “esta disposição deverá, por conseguinte, ser interpretada restritivamente, no sentido de apenas ser aplicável aos casos em que o administrador deve obediência às deliberações dos sócios”. Todavia, segundo cremos, esta causa de exclusão não tem grande relevância em sede de prática de atividade concorrente, pois não é normal que essa resulte de deliberação dos sócios, mas sim da iniciativa do administrador.

⁴⁰² MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., p. 224.

⁴⁰³ “A introdução desta regra estaria justificada no direito alemão por se ter verificado, a partir de 1998, uma multiplicação das situações de responsabilidade resultantes do § 147 KontraG, abrangidas pelos seguros D & O (Directo and Officer Versicherung)”. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 24.

análise remete para o seu enquadramento como causa de exclusão da ilicitude⁴⁰⁴. Apesar do alargamento da responsabilidade constatado, para a doutrina alemã, a *business judgment rule* foi inserida como uma função de “limitação da responsabilidade dos administradores”⁴⁰⁵.

É patente a diversidade de opiniões relativamente à recondução desta regra a matéria de culpa ou de ilicitude. KRIEGER considera-a delimitação da ilicitude e não da culpa⁴⁰⁶. HANS-JOACHIM MERTENS atribui ao § 93 AktG uma dupla função – delimitação da ilicitude e delimitação do comportamento culposo⁴⁰⁷.

Relativamente ao tratamento jurisprudencial da figura, veja-se, a título exemplificativo, como a mesma é explicada pelo Ac. TRL 31/01/2013: “reconhece, designadamente, o nº 2 do artigo 72º do CSC, aos administradores, a faculdade de afastarem a sua responsabilidade, alegando e provando factualidade susceptível de demonstrar: a) que se informaram, de forma adequada, sobre os elementos que seriam necessários para a tomada de uma correcta decisão; b) que para o processo decisório não haja contribuído quaisquer interesses pessoais; c) que a relação entre as decisões tomadas e os elementos que estiveram na base dessas decisões se caracterizou pela valorização de critérios empresariais razoáveis”.

Alguns autores defendem a aplicabilidade do mesmo apenas relativamente aos deveres de cuidado⁴⁰⁸, enquanto que outros admitem essa possibilidade também no que

⁴⁰⁴ “Concorda-se com a posição de que no direito alemão o business judgement rule configura uma causa de exclusão da ilicitude, porquanto o legislador refere que não há violação do dever”. No entanto, “não obstante a opção legislativa alemã, para alguma doutrina alemã, o business judgment rule não parece acrescentar nada à bitola do gestor criterioso e ordenado, pelo que seria dogmaticamente melhor enquadrável em sede de culpa”. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 24.

⁴⁰⁵ Nesse sentido, veja-se “há, contudo, três áreas que permitiram, segundo alguma doutrina alemã, – não obstante o alargamento referido – alguma limitação da sua responsabilidade: o business judgment rule, o seguro D & O e as limitações estatutárias ou contratuais da responsabilidade nas relações entre os membros da direcção e a sociedade”. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 27.

⁴⁰⁶ Cfr. KRIEGER, *Organpflichten und Haftung in der AG*, §3, p. 45 *Apud* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 29. Segundo aquele autor: “não constituindo também uma pura regra relativa à prova, mas uma disposição com um conteúdo material-normativo próprio (...) que visa a protecção da discricionariedade empresarial do administrador”. *Idem*, p. 29.

⁴⁰⁷ HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2. A., Carl Heymanns Verlag, 1996, § 93 *Apud* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 30.

⁴⁰⁸ RICARDO COSTA, *Deveres gerais...*, cit., pp. 184 e 185.

toca aos deveres de lealdade⁴⁰⁹.

Seguindo este último entendimento, ADELAIDE MENEZES LEITÃO considera que o segmento do art. 772.º/2 – “livre de qualquer interesse pessoal” – aponta para a conexão desta figura também com os deveres de lealdade, porquanto são estes últimos aqueles aos quais cabe o tratamento da questão dos interesses a que o administrador deve, durante a sua atuação, atender e ponderar. Acrescenta “configura-se como o mínimo denominador comum do núcleo de comportamentos que tem concretizado a violação dos deveres de lealdade”⁴¹⁰. Também PEDRO PAIS DE VASCONCELOS defende a existência de pontos de contacto entre esta figura e os deveres de lealdade⁴¹¹. Em sentido semelhante, CARNEIRO DA FRADA refere que a *business judgment rule* “tem como referência essencial o dever de (boa) administração. Certo que as suas formulações costumam implicar alusões ao dever de lealdade”⁴¹².

A doutrina diverge, também, quanto à recondução desta figura ao âmbito da culpa ou, por outro lado, a uma questão de ilicitude. Para MENEZES CORDEIRO a verificação de uma situação reconduzível ao artigo 72.º/2 ilide a presunção de culpa. É, portanto, uma específica via de exclusão de culpa⁴¹³.

Por sua vez, PEDRO PAIS VASCONCELOS enquadra a questão em sede de ilicitude. Segundo este Autor o art. 72º/2 estatui uma presunção de ilicitude da conduta do administrador, pois cabe a este provar que atuou “em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”. Aponta a manifesta conexão com o art. 64.º/1. Se o administrador não conseguir, através deste mecanismo, demonstrar perante o Tribunal que a sua conduta foi lícita, restar-lhe-á, para não ser condenado, provar que agiu sem culpa, ilidindo a presunção de culpa do art.

⁴⁰⁹ À semelhança da nossa doutrina, no Direito alemão a doutrina divide-se quanto à possibilidade de aplicar esta regra apenas aos deveres de cuidado ou também aos deveres de lealdade. KRIEGER refere-se a uma delimitação negativa da violação de deveres de cuidado. Por sua vez HEFERMEHL/SPINDLER admitem a sua aplicação tanto aos deveres de cuidado como aos deveres de lealdade. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 29.

⁴¹⁰ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 43.

⁴¹¹ «(...) a actuação “livre de qualquer interesse pessoal” corresponde também exactamente ao dever de lealdade (...) a actuação “segundo critério de racionalidade empresarial” enquadra-se novamente no dever de lealdade». PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Business judgment rule...*, cit., p. 55.

⁴¹² MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., p. 227.

⁴¹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades, I...*, cit., p. 983.

72º/1⁴¹⁴ ⁴¹⁵. Também COUTINHO DE ABREU enquadra a questão na ilicitude, entendendo o art. 72.º/2 como causa de exclusão da mesma⁴¹⁶ ⁴¹⁷.

Na jurisprudência, o Ac. TRP 12/04/2012 refere que o n.º 1 do artigo 72º consagra uma presunção de culpa, enquanto que no n.º 2 constata a existência de uma presunção de ilicitude⁴¹⁸.

Salvo melhor entendimento, não nos parece correto conceber o art. 72.º/2 como uma presunção de ilicitude. A prova da ilicitude cabe ao lesado (sociedade), o que se presume é a culpa (72.º/1). A *business judgment rule* é uma espécie de “brecha” que permite ao administrador eximir-se de responsabilidade quando, apesar de a sua conduta ter violado uma obrigação e ser, portanto, ilícita, à responsabilização do mesmo obsta a verificação cumulativa dos três elementos daquela regra. É, em rigor, uma causa de exclusão da responsabilidade, porque a conduta continua a ser ilícita, mas a constatação de que o administrador agiu em conformidade com aqueles ditames “desculpa” a sua conduta, justificando-a, apresentando-a como uma situação de inexistência de responsabilidade.

Também CARNEIRO DA FRADA⁴¹⁹ e ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE⁴²⁰ se referem à figura em análise como causa de exclusão da responsabilidade. Se, por um lado, a conceção da *business judgment rule* como causa de exclusão da responsabilidade se afasta da fórmula cunhada no *Delaware*, por outro,

⁴¹⁴ PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade Civil...*, cit., p. 24.

⁴¹⁵ Este Autor defende que “no n.º 2 do artigo 72.º do CSC a desresponsabilização do gestor ocorre por falta de ilicitude e não por falta de culpa”, fundamentando que: “o artigo 64.º e o n.º 2 do artigo 72º contêm os critérios da definição do comportamento devido pelo gestor, do seu dever-agir, o que, como bem se compreende constitui matéria de ilicitude e não matéria de culpa”. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Business judgment rule...*, cit., p. 58.

⁴¹⁶ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 13.

⁴¹⁷ No Ac. TRL 11/11/2014 podemos ler, por referência aos ensinamentos de COUTINHO DE ABREU, que “deste modo, se o administrador provar que cumpriu as três condições mencionadas no art.72º, nº2, demonstrará a licitude da sua conduta, na medida em que aí se concretiza uma causa de exclusão da responsabilidade”.

⁴¹⁸ “Assim, contendo o citado n.ºs 1 e 2 do art.72º, uma presunção de culpa e de ilicitude, respectivamente”, in Ac. TRP 12/04/2012.

⁴¹⁹ Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., pp. 224 e 229 ss. Este Autor refere-se à *business judgment rule* como uma circunstância “que exime os administradores de responsabilidade”.

⁴²⁰ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, in *Código das Sociedades...*, cit., pp. 75 e 76.

apresenta-se semelhante à sua configuração no Direito alemão⁴²¹.

Importa ainda referir que a exclusão de responsabilidade só se efectiva com a verificação de todos os elementos integrantes do conteúdo do art. 72.º/2⁴²².

Esta causa de exclusão da responsabilidade é de intervenção eventual uma vez que “apenas intervém se o administrador dela se quiser prevalecer”⁴²³.

A virtualidade da figura reside, assim, no equilíbrio que proporciona entre, por um lado, a necessidade de respeitar as características típicas da atividade do administrador (discricionariedade, necessidade de correr riscos, entre outras) e, por outro lado, a não subtração completa, nesse âmbito, da atividade do administrador à responsabilidade⁴²⁴.

No entanto, a projeção da *business judgment rule* no sistema jurídico português gera discordância. Se para uns, esta figura teria como objetivo primordial “aliviar” a responsabilização dos administradores, para outros, traduz-se, na prática, num aumento de situações de efetiva responsabilização daqueles⁴²⁵.

Segundo PEDRO PAIS VASCONCELOS, a *business judgment rule* foi invertida, pois em vez de concretizar o objetivo de alívio de pressão sobre os administradores que presidiu à sua adoção, aumentou essa mesma pressão. A CMVM explica que esta inversão foi levada a cabo com o argumento de que “a consagração de uma norma presuntiva da actuação lícita dos administradores correria o risco de agravar o já existente défice de sentenças condenatórias nesta matéria”⁴²⁶.

No Ac. TRL 11/11/2014 refere-se que, no nosso ordenamento, uma das funções

⁴²¹ “Mas a redacção actual do § 93, I, 2, *in fine*, da *Aktiengesetz* parece conduzir a resultados semelhantes”. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., p. 231.

⁴²² MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., p. 239.

⁴²³ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., p. 237.

⁴²⁴ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., p. 226.

⁴²⁵ A opção do legislador português visou “facilitar a responsabilização dos administradores”. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., p. 230. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA também refere o papel desta figura nos Estados Unidos como “*standard* de avaliação que protegeu os administradores”, contrapondo o seu papel em Portugal enquanto fator de “mais ampla responsabilização”. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais...*, cit., p. 242. Merece ainda menção o tratamento da *business judgment rule* por JOÃO SOARES DA SILVA, *in Responsabilidade Civil dos Administradores...*, cit., pp. 624 ss.. Este Autor refere o “alto grau de protecção” que tal regra visa representar em sede de responsabilidade dos administradores. Trata-se de um “*safe harbour* à responsabilidade civil do administrador” do qual resulta que só as decisões de todo irracionais darão origem à dita responsabilidade; um padrão de diligência menos exigente.

⁴²⁶ PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade Civil...*, cit., p. 31.

desta figura é limitar a sindicabilidade judicial do mérito das decisões de gestão.

Questão duvidosa é, ainda, se esta figura produz efeitos relativamente às situações de violação da obrigação de que nos ocupamos – a proibição de concorrência. A resposta a parece ser, tendencialmente negativa. Senão vejamos: a doutrina configura-a como um dever legal específico. MENEZES CORDEIRO explica que “o dever específico prevalece sobre o genérico”. Acresce, no seguimento disso, que “admitir, em geral, que o administrador, posicionado dentro do artigo 64.º, ficasse isento de cumprir quaisquer outros deveres para com a sociedade (pois só assim se poderá afastar um juízo de ilicitude) é passo que não podemos acompanhar”⁴²⁷. A *business judgment rule* não pode ser aplicada relativamente a qualquer dever que incide sobre o administrador, não pode servir para eximir de responsabilidade administradores quando o dever por estes violado se traduz numa conduta específica⁴²⁸.

É esta, aliás, a orientação acolhida pelo Ac. TRL 11/11/2014 no qual se lê: “no entanto, a regra da decisão empresarial não é aplicável quando as decisões contrariam o dever de lealdade ou deveres específicos legais, estatutários ou contratuais dos administradores, pois aí não há discricionariedade, antes se tratando de decisões vinculadas”.

Com efeito, escapa ao seu âmbito, aquele dever ou, neste caso, em rigor, a obrigação, que seja dotado(a) de um grau de concretização demasiado elevado para admitir a larga margem de ponderação e discricionariedade implícita à aplicação da dita figura. Propugna-se, assim, uma interpretação restritiva do art. 72.º/2. Naqueles casos “ocorrida a sua falta de cumprimento apenas vale aos administradores a desculpação genericamente admitida pelo art. 72, n.º1. O art. 72, n.º2, não cobre adequadamente o universo da desculpação admitido pelo n.º1”⁴²⁹.

Refletidos os pressupostos de responsabilidade civil e o papel da *business judgment rule* no âmbito dessa temática, estamos em condições de concluir que a questão

⁴²⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 984.

⁴²⁸ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., p. 228. No mesmo sentido, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, exclui a aplicação deste princípio no caso de “deveres concretos”. Cfr. do Autor, *Sociedades Comerciais...*, cit., p. 243.

⁴²⁹ ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais...*, cit., p. 235.

do ónus da prova se reparte, sucintamente, da seguinte forma: sobre a sociedade incide ónus de prova indiciária sobre conduta violadora de uma obrigação, a existência de danos, bem como de um nexo de causalidade; por sua vez, ao administrador cabe demonstrar a inexistência de ilicitude, ou, sendo caso disso, a inexistência de culpa, assim como, eventualmente, que os danos teriam ocorrido face ao comportamento lícito alternativo⁴³⁰.

1.7. Análise de jurisprudência: Comentários aos Acórdãos TRL 12/05/2009 e STJ 31/03/2011

A análise destes acórdãos visa ilustrar como se apura, na prática, a presença dos pressupostos da responsabilidade civil do administrador perante a sociedade por violação da proibição de concorrência.

Da leitura do Ac. TRL 12/05/2009 resulta que: G, Lda. e “Fade”⁴³¹ – sociedades familiares – intentaram ação contra F (seu sócio gerente) e respetiva mulher, M, porque aquele se serviu de conhecimentos que adquiriu por força da ocupação de tal cargo para criar sociedade concorrente com as autoras. Em suma, F utilizou informações da lista de clientes, convidou empregados das autoras para a nova sociedade que constituiu (P, Lda.), e dois trabalhadores aceitaram. Assim, desviou empregados, clientes e serviços. A ação foi julgada parcialmente procedente em 1ª instância, pelo que os réus foi condenados. Na sequência disto recorreram para o TRL.

A questão fulcral a decidir traduz-se em saber “se da matéria de facto dada como provada não resulta demonstrado o exercício de actividade concorrente”.

As autoras têm gerentes comuns. O réu F foi gerente daquelas até 1 Jan 1996⁴³². Em 14/06/1995 foi constituída a sociedade por quotas “P, Lda”⁴³³. O objeto das Apeladas

⁴³⁰ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 112.

⁴³¹ Ao longo do acórdão, a sociedade “Fade” aparece, também, designada como “T, Lda.” e “F, Lda.”. Optamos, aqui, pelo recurso à expressão “Fade”, para que não surja confusão relativamente ao réu, pois também este aparece representado pela letra F.

⁴³² “B) As AA têm como objecto social o exercício da actividade de transportes, incluindo o exercício, desde a sua constituição, da actividade de mudanças nacionais e internacionais de mobiliário e recheio de residências e escritórios e respectivo embalamento e armazenamento”.

⁴³³ «J) Por escritura de 14.06.1995, junta a fls. 60 e segs., foi constituída a sociedade por quotas denominada “P, Lda”, com sede em ..., tendo como objecto social, além do mais, o transporte e armazenamento de bens e mercadorias, e como sócias, a ora ré, com a quota de 40.000\$00, nomeada gerente, e a sociedade D, com uma quota de 360.000\$00».

e da P, Lda. – exercício da atividade de transportes - é semelhante. Refere-se que o réu levou a cabo a preparação e organização da criação de sociedade concorrente, enquanto ocupava ainda a gerência das autoras. É apontada a proximidade do armazém e estabelecimento da sociedade P, Lda. em relação às instalações industriais e comerciais das autoras. As sociedades situam-se a 10 km uma da outra. A ré (mulher do réu) era sócia da sociedade concorrente desde a sua constituição, motivo pelo qual se pode considerar que, a partir dessa data, o réu exercia atividade concorrente através da modalidade de exercício “por conta própria”, por interposta pessoa.

Dos factos provados resultam, ainda, danos causados às sociedades.

Diversos excertos remetem para o desvio de clientela: “V) Por carta do dia 30.12.1995, um cliente da autora G comunica-lhe que, devido às relações de amizade existentes com o réu, de futuro, passaria a colaborar com a empresa do mesmo”; “11º - Houve clientes das autoras, incluindo clientes tradicionais, que passaram a contratar também os serviços da P”; “34º- Vários clientes das AA. passaram a trabalhar com a P e alguns funcionários daquelas (pelo menos 2) mudaram de emprego, indo trabalhar também para a P”⁴³⁴.

Aponta-se, ainda, o aproveitamento de informações a que o réu havia acedido apenas por força do cargo que ocupava, que teriam sido posteriormente usadas em benefício da sociedade concorrente: «5º - Essas informações foram utilizadas por empresa concorrente com actividade no mesmo ramo das autoras, a “P, Lda.”, criada e gerida pelos RR». Referindo-se a informações relativas aos empregados, preços e clientes da sociedade protegida G,Lda., este trecho demonstra a utilização de informação privilegiada em benefício de sociedade concorrente. Apesar de o não aproveitamento ilegítimo dos conhecimentos e das informações obtidas no exercício da gerência ser um dever autónomo⁴³⁵, surge aqui como um sub-dever da obrigação de não concorrência, tendo sido violado.

⁴³⁴ Lê-se ainda, nas considerações do TRL: “e do depoimento da referida testemunha J resulta que foi contactado pelo R. em Outubro ou Novembro de 1995 para trabalhar para a P como contabilista, tendo tratado, em Novembro, da inscrição na segurança social, esclarecendo que nessa altura a P já tinha as instalações no L, situando, de facto, as primeiras vendas, apenas em Abril, Maio de 1996 [15]”.

⁴³⁵ Cfr. *Supra* II. 6.

Acontece, ainda, que o recorrente desviou trabalhadores das sociedades concorridas para a sociedade concorrente. O prejuízo decorrente da sua conduta traduziu-se, essencialmente, na impossibilidade de proceder à substituição dos mesmos tão cedo quanto desejável: “6º - O R. convidou empregados da autora G para deixarem o serviço desta e passarem a prestar serviço a esta nova empresa, o que acabou por acontecer em relação a, pelo menos, dois desses trabalhadores”; “7º - Não tendo sido possível, em curto prazo, prover à substituição desses 2 trabalhadores”. Esta situação teve como consequência a perturbação do funcionamento da sociedade protegida: “13º - As autoras tiveram o seu funcionamento perturbado pela saída de funcionários”.

A saída do réu deu origem a instabilidade na imagem das sociedades concorridas⁴³⁶.

Por último, mas não menos importante, refere-se que de todo o circunstancialismo exarado resultou para as autoras um prejuízo patrimonial: “22º - Na altura dos factos antes descritos, as autoras tiveram uma diminuição de facturação, o que lhes causou prejuízo patrimonial”. Prova-se mais do que a mera coincidência temporal, uma vez que se descreve as circunstâncias em que isto ocorreu.

Os recorrentes alegam nas suas conclusões que a expressão utilizada nos factos provados “perturbou o funcionamento” é conclusiva, pelo que não devia ser considerada. No entanto, o TRL entendeu, e bem, que nas circunstâncias em que foi usada está correta. Essa perturbação decorre da restante matéria de facto assente, pelo que está devidamente contextualizada e justificada, sendo consequência direta da saída dos trabalhadores⁴³⁷.

Quanto ao recurso à expressão “instabilidade” que se provou causada pela saída do réu, tal é também impugnado pelos recorrentes. Mas o TRL considerou, bem, mais uma vez, que tal instabilidade resulta da restante matéria dada como provada que precede

⁴³⁶ O réu, durante a gerência das autoras ausentou-se diversas vezes das respetivas instalações, para preparar a atividade que viria a ser desenvolvida por P. Foi, efetivamente, visto, naquele período, nas instalações da sociedade concorrente.

⁴³⁷ «Quesito 15º- “As autoras tiveram o seu funcionamento perturbado pela saída de funcionários”. Contudo, resultou, ainda, provado, na sequência do constante dos quesitos 7º e 8º que não foi “possível, em curto prazo, prover à substituição desses 2 trabalhadores” (resposta ao quesito 8ºA). Assim se entendendo porque a saída dos funcionários perturbou o funcionamento das autoras [3]. Acresce que resultou provado que outros trabalhadores das AA. foram trabalhar para a P, para além dos 2 referidos (resposta ao quesito 34º)».

tal conclusão. Parece-nos, de facto, poder concluir-se da apreciação do conjunto de circunstâncias provadas que a conduta do réu causou, efetivamente, instabilidade.

Os recorrentes pretendem que se considere que a gerência e atividade da P apenas se iniciou depois de 1 de Janeiro de 1996. No entanto, tal pretensão não pode proceder, uma vez que o Tribunal relembra que foi considerada provada a preparação daquela sociedade concorrente que se viria a constituir.

Quanto ao facto de os recorrentes argumentarem que existem contradições quanto à forma como se alega terem sido obtidas as informações privilegiadas por parte do réu, o Tribunal entendeu que tal se encontra bem clarificado.

Não se refere que tenha sido prestado consentimento para a prática daquela atividade.

A concorrência foi levada a cabo “utilizando conhecimentos, relativos a clientes e preços, que lhe adivinham da sua função de gerente naquelas”, bem como informações relativas aos empregados.

Releva o facto de ainda em Dezembro de 1995, um cliente da autora G lhe ter comunicado que passara a colaborar com a empresa do recorrente. Está, portanto, verificado o pressuposto da ilicitude. A mera preparação referida é abrangida pelo conceito de “atividade concorrente” previsto no art. 254º. E, como bem se compreende, o desrespeito pelo conteúdo daquele artigo traduz-se na desconformidade entre a conduta praticada pelo réu e aquela que lhe era exigível.

Refere-se, igualmente, a responsabilidade acrescida do sócio gerente que decorre da cumulação dessas duas funções.

O Tribunal considerou, então, que estavam verificados os pressupostos de responsabilidade civil do administrador perante as sociedades por violação da proibição de concorrência, pelo que decidiu confirmar a decisão recorrida.

Decidiu bem, segundo cremos. Mas, ainda assim, a fundamentação de tal decisão merece algumas considerações da nossa parte:

– No que diz respeito ao desvio de clientela: resulta de diversos excertos dos factos provados que vários clientes das autoras passaram a contratar com a sociedade

concorrente criada pelo réu. No entanto, não foi feita referência ao prévio processo de aliciamento de clientes e era imprescindível tal menção, porque é ténue a fronteira entre o desvio de clientela e o ato voluntário de passar a contratar com a sociedade concorrente;

– A fundamentação do TRL quanto ao facto de a preparação de atividade concorrente integrar já o conceito de “prática de atividade concorrente” não se nos afigura como suficiente. Por este motivo, salvo melhor opinião, deveria ter sido mais claro nessa classificação da conduta do gerente;

– Ao negar as contradições que os recorrentes entendiam existir quanto à questão da forma de obtenção da informação usada em benefício da sociedade concorrente, o Tribunal devia ter sublinhado a circunstância de que o que aqui releva é que, independentemente da forma como o réu obteve conhecimento daquela informação privilegiada, a mesma foi utilizada pela sociedade concorrente, o que não podia ocorrer;

– O Tribunal, na parte da apreciação da matéria de direito, abordou a questão da ilicitude, mas não logrou concluir o motivo pelo qual estão verificados os restantes pressupostos. Embora eles resultem da matéria provada, teria sido importante a recondução desses factos à matéria de direito de forma a intensificar a improcedência das pretensões do recorrente.

Acontece que, mais uma vez, insatisfeitos com a decisão do Tribunal, os réus interpuseram recurso de revista. Vejamos o que decidiu o STJ no seu Ac. de 31/03/2011.

Nesta sede, os réus advogam que a constatação de que alguns clientes passaram a contratar com as sociedades concorridas, desacompanhada da demonstração da perda efetiva de mercado provocada, não pode ser considerado um dano. Mas já vimos que o desvio de clientes, ainda que não se tenha refletido em prejuízos patrimoniais, é, por si só, um dano decorrente da violação da proibição de concorrência.

Entendem que não se provou o nexo de causalidade entre os comportamentos do recorrente e os prejuízos patrimoniais resultantes da diminuição de faturação das autoras.

O réu alega que quando foi nomeado gerente da sociedade concorrente já não era gerente das sociedades protegidas, pelo que nada o impedia de desempenhar aquele cargo. No entanto, antes do exercício da gerência na sociedade concorrente, o réu já detinha uma

participação na mesma através de interposta pessoa (a sua mulher era sócia da sociedade concorrente), pelo que já exercia atividade concorrente por conta própria.

Na apreciação da matéria de direito, o STJ aponta a insuficiência das alegações de recurso dos recorrentes. Limitam-se a repetir aquelas que usaram para recorrer da decisão da 1ª instância, o que não basta, uma vez que o TRL introduziu novos argumentos. Os recorrentes não enunciam, satisfatoriamente, as concretas razões de discordância com a decisão do TRL.

O STJ entende que os prejuízos invocados resultam da matéria dada como provada, concordando assim com o já defendido pelo TRL.

Aborda a ilicitude, realçando que se apura não em relação ao resultado, mas pela análise da conduta do administrador. Encontra-se, então, verificado este pressuposto ainda que não se viesse a provar danos. Refere como ilícito o “acto (ou omissão) que se traduza na inexecução (...) de uma obrigação”. Inclui-se, portanto, nesta conceção a violação da obrigação de não concorrer.

Quanto ao nexo de causalidade refere a doutrina da causalidade adequada, avançando que ao STJ compete apenas averiguar se a conduta apontada como causa dos danos verificados se apresenta como adequada a tal classificação.

Conclui que “e, assim, dada a factualidade assente e tida em conta pelas instâncias, a ilícita actuação do réu, quer em concreto, quer em abstracto, mostra-se como uma das possíveis condições do dano”. Acrescentando que não é “de censurar o encontrado nexo causal entre as referidas condutas e os comprovados danos”.

Refere que o réu não provou, tal como lhe competia, que tivesse agido sem culpa.

O STJ afirma expressamente a presença dos pressupostos de responsabilidade civil do gerente perante as sociedades, concluindo pela responsabilização do réu. Não obsta à consideração da verificação de prejuízos a inexistência, naquele momento, de elementos que permitam fixar a quantidade para efeitos de indemnização.

Decide, então, negar a revista, e confirmar o acórdão recorrido.

Mais uma vez, concordamos com a decisão, e louvamos que o STJ tenha feito uma análise mais pormenorizada da presença dos pressupostos da responsabilidade civil dos

administradores, aspecto este que havia sido negligenciado na fundamentação do TRL.

No entanto, permanece parca a recondução dos factos provados aos danos que se considera verificados. Não abdicamos da pertinência que tal referência teria, porquanto já vimos que o papel do dano, relativamente à violação da proibição de concorrência, se apresenta repleto de especificidades que justificam o seu aprofundamento. O STJ deveria, então, ter clarificado o motivo pelo qual das condutas do réu resulta um desvio de clientela (especificando que houve um prévio aliciamento dos mesmos, e não se limitando a referir que alguns clientes das sociedades protegidas passaram a contratar com a sociedade concorrente, pois aqui importa alegar o que motivou a mudança de comportamento dos clientes). Carecia, ainda, de menção do motivo pelo qual tal conduta, independentemente da prova de prejuízos patrimoniais, constitui, por si só, um dano relevante.

2. Consequência – Indemnização

O artigo 72.º/1 determina que nos casos de responsabilidade dos administradores, estes “respondem para com a sociedade”. Mas como se efetiva esta responsabilidade?

Vejamos que consequências o CSC especificamente prevê para a violação da proibição de concorrência. Quanto às sociedades por quotas o artigo 254.º/5 determina a obrigação de indemnizar a sociedade pelos danos resultantes⁴³⁸. No caso das sociedades anónimas a consequência é semelhante. Assim determina o dito art. 254.º/5, por remissão do artigo 398.º/5⁴³⁹.

⁴³⁸ “(...) permite à sociedade ser indemnizada, pelo gerente, quanto aos prejuízos que sofra”. Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 254.º, p. 742.

⁴³⁹ Além da obrigação de indemnização, o art. 254º/5 prevê a possibilidade de destituição do administrador em situações que pela sua gravidade tornam impraticável a subsistência da relação fiduciária entre aquele e a sociedade. A violação da proibição de concorrência constitui uma das situações que a lei prevê de justa causa de destituição no artigo 254.º/5. Com efeito, a própria lei comina para certas hipóteses a possibilidade de destituição com justa causa enquanto consequência decorrente da inobservância dos deveres dos administradores por parte destes. É o caso dos artigos 254º/5 e 398º/5. *Vide* J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial...*, cit., p. 632. Este preceito determina que o exercício de atividade concorrente com a sociedade nos termos do n.º1 do mesmo artigo constitui justa causa de destituição. Nesse sentido: “a concorrência constitui justa causa de destituição dos administradores”. PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 112. Trata-se nesse caso de justa causa subjectiva. Cfr. Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO)..., cit., anot. art. 257.º, p. 747.

Também na jurisprudência é feita referência à imperatividade da indemnização como consequência da violação da citada proibição, senão vejamos, a título exemplificativo o Ac. TRL 16/05/2013⁴⁴⁰.

RAÚL VENTURA explica que a forma de cálculo desta responsabilidade é feita “nos termos gerais da responsabilidade contratual”⁴⁴¹.

Já foi referido que o Ac. TRL 12/05/2009 fala em responsabilidade acrescida do sócio gerente. Então também a indemnização devida por este se pressupõe de montante superior àquela que seria devida por um gerente não sócio ou por um administrador profissional.

CARNEIRO DA FRADA propõe uma solução que consideramos merecedora de referência. Este Autor conjectura a possibilidade de obrigar os administradores a restituir à sociedade os proveitos auferidos com a violação da obrigação de não concorrência⁴⁴². Se a lei é omissa quanto a esta possibilidade no caso dos administradores, prevê, no artigo 180.º/2, relativamente aos sócios das sociedades em nome coletivo, solução semelhante à preconizada pelo Autor: “em vez de indemnização [...], a sociedade pode exigir que os negócios efectuados pelo sócio, de conta própria, sejam considerados como efectuados por conta da sociedade e que o sócio lhe entregue os proventos próprios resultantes dos negócios efectuados por ele, de conta alheia, ou lhe ceda os seus direitos a tais proventos”⁴⁴³. O Autor defende a aplicação analógica daquele artigo aos administradores das restantes sociedades (sociedades de capitais). Argumenta, em prol dessa ideia, que “não é menor a lealdade devida pelo administrador de uma sociedade de capitais do que a de qualquer sócio de uma sociedade em nome colectivo”⁴⁴⁴.

Também RAÚL VENTURA refere a eventual utilidade de adoção daquela solução que vigora para os sócios das sociedades em nome coletivo (art. 180.º). Assim,

⁴⁴⁰ Referindo-se à proibição de concorrência, avança que «além de constituir justa causa de destituição, obriga o gerente a indemnizar a sociedade pelos prejuízos que esta sofrer», cfr. n.º 5, do mesmo art.º». In Ac. TRL 16/05/2013.

⁴⁴¹ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas...*, cit., p. 62.

⁴⁴² MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a obrigação de restituir dos administradores*, in I Congresso Direito das Sociedades em Revista (2010), Lisboa, org. Almedina - Coimbra: Almedina, 2011, p. 364.

⁴⁴³ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a obrigação de restituir...*, cit., p. 356.

⁴⁴⁴ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a obrigação de restituir...*, cit., pp. 356 e 357.

os negócios efetuados pelo administrador por conta própria seriam considerados efetuados por conta da sociedade, sendo o administrador obrigado a entregar àquela os proveitos auferidos por via da celebração de tal negócio. No entanto, o mesmo Autor mostra-se renitente à adoção de tal solução pois entende que “os proventos auferidos pelo gerente no exercício da actividade concorrente” não correspondem “aos prejuízos da sociedade”. Admite, ainda, “que o sócio em nome colectivo seja forçado a entregar à sociedade os resultados dessa actividade, pois só nessa qualidade poderia ter actuado, mas penso ser injusto aplicar o mesmo sistema a quem só está ligado à sociedade por um vínculo de gerência, não se tendo comprometido à dedicação exclusiva”⁴⁴⁵.

Parece-nos preferível, não obstante os argumentos invocados por RAÚL VENTURA, a posição de CARNEIRO DA FRADA, pois também nós vislumbramos a utilidade de aplicação analógica daquela solução (artigo 189º/2) à violação da obrigação de não concorrência pelo administrador.

Se é verdade, conforme aponta RAÚL VENTURA, que o proveito do gerente pode não corresponder ao prejuízo da sociedade, é igualmente acertada a constatação de CARNEIRO DA FRADA de que por vezes tal ganho é superior ao dano causado à sociedade. Esse dano pode até inexistir, mas ainda assim o administrador lucrar com a sua conduta. Assim, conforme defende este último Autor, deve prever-se, a par, ou para além, da responsabilidade civil pelos danos causados à sociedade, que o administrador seja obrigado a restituir os proveitos que obteve em consequência da sua conduta ilícita⁴⁴⁶. Mais acrescenta que “nas relações fiduciárias (como a que liga o administrador à sociedade) se justifica, em nome da (adequada) curadoria de interesses que interessa promover, assim como por causa da dependência que por via dela se cria em favor do administrador (com os inerentes perigos de abusos), uma intervenção cautelar/preventiva do ordenamento, a reclamar do administrador desleal a obrigação de restituição da totalidade do que recebeu”⁴⁴⁷.

A solução preconizada por CARNEIRO DA FRADA harmoniza-se com as considerações tecidas, referindo-se ao primado da restauração natural e da sua «primazia

⁴⁴⁵ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas...*, cit., pp. 62 e 63.

⁴⁴⁶ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a obrigação de restituir...*, cit., p. 355.

⁴⁴⁷ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a obrigação de restituir...*, cit., p. 357.

em relação a outras formas de reparação que, como a indemnizatória (por equivalente), não conduzem à restauração da “ordem natural” dos bens do sujeito»⁴⁴⁸.

Também PEDRO CAETANO NUNES se refere à possibilidade de adoção de tal consequência neste campo. A propósito disso escreve que “no direito português é admitido o arbitramento de indemnização em espécie. Tal regra poderá determinar a imposição ao administrador do dever de restituir à sociedade a oportunidade, o negócio ou a actividade em causa”⁴⁴⁹.

Acontece, porém, que o exercício de tal direito da sociedade a ser indemnizada não é ilimitado, sujeitando-se, portanto, a um prazo cuja decorrência determina a sua prescrição. São, aliás, dois prazos que correm, simultaneamente e de forma independente, que limitam tal exercício. Com efeito, determina o n.º 6 do artigo 254.º que “os direitos da sociedade no número anterior prescrevem no prazo de 90 dias a contar do momento em que todos os sócios tenham conhecimento da actividade exercida pelo gerente ou, em qualquer caso, no prazo de cinco anos do início dessa actividade”⁴⁵⁰.

RAÚL VENTURA refere a possibilidade de o contrato de sociedade complementar este regime, “por exemplo, facilitando o cálculo da indemnização eventualmente devida”⁴⁵¹.

Quanto à determinação do *quantum* indemnizatório, o Ac. STJ 18/04/2006 indica que este deve corresponder à “diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e na que teria, nessa data, se não existissem danos - art. 566, n.º2”. Aponta, além do mais, a possibilidade de relegar para liquidação em execução de sentença a indemnização relativa a danos provados, mas cujo valor patrimonial é, ainda, indeterminado.

⁴⁴⁸ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil...*, cit., p. 93.

⁴⁴⁹ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 110.

⁴⁵⁰ Note-se que, relativamente ao prazo de 90 dias, se os sócios estavam a par da atividade concorrente exercida pelo gerente, a demonstração deste facto não se basta com a mera referência a que “os sócios da autora há muito sabiam que era sócio gerente da empresa que veio a criar”. Para que veja reconhecida a sua pretensão o gerente que invoca tal prescrição deve alegar que todos os sócios tinham conhecimento que ele era gerente noutra sociedade, bem como a “localização concreta desse facto no tempo”. Nesse sentido dispõe o Ac. TRL 25/09/2012. Cfr. também o Ac. TRP 05/06/2003 no qual já se alertava para a ideia de que se exige o conhecimento da totalidade dos sócios, sendo insuficiente o conhecimento pela maioria.

⁴⁵¹ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas...*, cit., p. 63.

3. Natureza

MENEZES CORDEIRO⁴⁵² e PEDRO CAETANO NUNES⁴⁵³ referem que se trata de responsabilidade obrigacional.

Apresenta-se como uma responsabilidade contratual. Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, referindo-se aos administradores escreve: “eles são mandatários da sociedade e essa pessoa dá o seu assentimento”⁴⁵⁴. MANUEL BROSETA PONT também representa esta responsabilidade como derivação da natureza da relação estabelecida entre administrador e sociedade, entendendo ambas como contratuais. Segundo ele, «trata-se, pois, de uma acção de natureza especificamente contratual (“societária”), dada a vinculação existente entre os administradores e a sociedade»⁴⁵⁵. Identicamente, MARIA ELISABETE GOMES RAMOS refere-se à manifestação de responsabilidade contratual vertida no artigo 72.º/1⁴⁵⁶.

O Ac. STJ 08/05/2013 reporta-se, igualmente, a uma responsabilidade contratual que decorre da violação da proibição de concorrência dos administradores⁴⁵⁷.

Adicionalmente, é abordada pela jurisprudência como uma responsabilidade funcional⁴⁵⁸.

A responsabilidade do administrador perante a sociedade é subjetiva, por factos próprios⁴⁵⁹. Com efeito, o que determina a responsabilização de um administrador não é a mera pertença ao órgão de administração, exigindo-se, outrossim, a imputação ao mesmo da conduta violadora da proibição de concorrência. Nesse sentido veja-se PEDRO PAIS VASCONCELOS que expõe: “o gestor não é responsável se não tiver participado

⁴⁵² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 980.

⁴⁵³ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, cit., p. 110.

⁴⁵⁴ *Da Responsabilidade Civil dos administradores das Sociedades Comerciais* – 337 – 341 *Apud* Ac. TRL 28/06/2012.

⁴⁵⁵ Cfr. Manuel Broseta Pont – Fernando Martinez Sanz, *Manual de Derecho Mercantil*, p. 432 *Apud* Ac. STJ 08/05/2013.

⁴⁵⁶ MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *A responsabilidade...*, cit., p. 77.

⁴⁵⁷ Também no ordenamento jurídico italiano tal ação de responsabilidade tem natureza contratual. GASTONE COTTINO, *Le società...*, cit., p. 431.

⁴⁵⁸ “(...) a responsabilidade dos administradores ou gerentes é funcional”, *in* Ac. TRP 29/06/2009.

⁴⁵⁹ MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *A responsabilidade...*, cit., pp. 77 e 81. Quando alguns administradores violam a proibição concorrência, ainda que existam outros administradores – que não tenham violado –, a responsabilidade incidirá, naturalmente, apenas sobre os primeiros.

na conduta lesiva^{460 461}. A jurisprudência acompanha este entendimento^{462 463}.

O regime geral dos deveres que incidem sobre o administrador não implica responsabilidade sobre o resultado⁴⁶⁴, à semelhança do que se verifica no ordenamento jurídico alemão⁴⁶⁵. Em consonância com isto, lê-se no Ac. STJ 28/04/2009 “não interessará considerar o mérito da decisão, mas a observância dos deveres fundamentais no processo de decisão”.

Acresce, ainda, que o controlo das decisões dos administradores é, essencialmente, procedimental, não de mérito. A exigência de lealdade reconduz-se também a um requisito procedimental, determinando a “não prossecução de outros interesses além do social”⁴⁶⁶.

O cumprimento da obrigação de não concorrência legitima a atuação de um administrador, ainda que o resultado da sua administração não traga à sociedade os proveitos esperados. Ou seja, o administrador cumpriu a sua obrigação de meios – não concorrer com a sociedade que administra – ainda que o produto da sua administração não tenha trazido àquela sociedade o lucro almejado ou quaisquer outras exigências da concretização do interesse social respetivo.

O artigo 72.º/1 dispõe que esta responsabilidade assenta na violação de deveres legais ou contratuais. Poderá decorrer também da violação de deliberações da assembleia

⁴⁶⁰ PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade Civil...*, cit., p. 25.

⁴⁶¹ No mesmo sentido vide J. M. COUTINHO DE ABREU e ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores: notas sobre o art. 379.º do código do trabalho*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 13; bem como RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA, *Responsabilidade Civil...*, cit., N.º 193, pp. 35 ss. e N.º 195 p. 33.

⁴⁶² “A doutrina e a jurisprudência têm defendido que o citado artigo 72º do CSC consagra uma responsabilidade subjectiva. A lei tem em vista a responsabilidade por acto próprio, pelo que responsáveis são os titulares do órgão administrativo e não o próprio órgão”, in Ac. TRL 31/01/2013; no mesmo sentido cfr. Ac. TRP 10/10/2005; referindo-se também a “responsabilidade contratual e subjectiva” o Ac. TRL 28/06/2012 (embora não diga respeito à proibição de concorrência, mas sim à responsabilidade do administrador perante a sociedade em geral).

⁴⁶³ A responsabilidade dos administradores perante a sociedade em Itália apresenta-se igualmente como subjectiva. “In parole spicchiole si può affermare che ognuno dei soggetti incaricati dell’amministrazione degli atti compiuti nella própria sfera di competenza e di attribuzione: il singolo cioè, non l’organo né necessariamente tutti i componenti dell’organo”. GASTONE COTTINO, *Le società...*, cit., p. 420.

⁴⁶⁴ “(...) não pode, como regra, implicar responsabilidade pelo resultado”. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., pp. 226 e 227. “A actividade empresarial é arriscada e não implica responsabilidade pelo resultado”. Do mesmo Autor, *Direito Civil...*, cit., p. 121.

⁴⁶⁵ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 30.

⁴⁶⁶ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule...*, cit., p. 240.

geral? MARIA ELISABETE GOMES RAMOS afirma que várias normas do CSC sustentam essa possibilidade. Refere a esse propósito os arts. 6.º/4 e 103.º/2.

O art. 72.º/1 corresponde a uma manifestação comum de responsabilidade civil (obrigacional), uma vez que na sua ausência idêntico regime resultaria dos artigos 798.º e 799.º/1 do Código Civil^{467 468}. Ao referir-se, especificamente, à responsabilidade do administrador para com a sociedade MENEZES CORDEIRO afirma que “trata-se de uma simples concretização, porventura desnecessária, dos artigos 798.º e 799.º, do Código Civil. Com efeito: – estão em causa danos ilícitos;– provocados pela inobservância de deveres específicos;– com presunção de culpa”⁴⁶⁹.

Afastamo-nos deste entendimento. Não negamos a verosimilhança entre os artigos que regulam a responsabilidade civil em geral e aqueles que a preveem especificamente no âmbito societário. No entanto, cremos que o artigo 72º não se limita a reproduzir o conteúdo daqueles preceitos civilísticos. Já *supra* esclarecemos⁴⁷⁰ que a bitola que nos permite aferir o grau de culpa exigível para considerar esse pressuposto cumprido é diversa consoante apreciemos a responsabilidade civil em geral e a responsabilidade civil do administrador perante a sociedade. Além disso, a, já demonstrada, indeterminabilidade intrínseca à regulação dos deveres dos administradores torna imperativa a previsão de preceitos particularmente concebidos para regular a sua responsabilidade na hipótese de incumprimento.

⁴⁶⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 975.

⁴⁶⁸ Em sentido semelhante, pronuncia-se JOÃO JORGE VIEIRA: “o regime de responsabilidade civil dos administradores consagrado no CSC, ainda que aí não existisse, decorreria das normas do Código Civil”. Cfr. do Autor, *Responsabilidade dos administradores perante a sociedade*, Relatório de Mestrado, FDUL, 2004, p. 32.

⁴⁶⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I..., cit., p. 980.

⁴⁷⁰ Em III. 1. 3.

Síntese

Ao longo desta dissertação, começamos por abordar a questão da natureza da relação que se estabelece entre o administrador e a sociedade, ponto prévio à discussão que versa o estudo dos respetivos deveres. Expressámos a nossa preferência pela configuração daquela relação como de natureza contratual, sem embargo das especificidades em causa.

Enquadramos o dever de não concorrência no campo mais amplo dos deveres de lealdade. Na sequência disso apuramos que a Reforma de 2006 veio autonomizar dois deveres que na verdade já decorriam da redação anterior do art. 64.º CSC: o dever de cuidado e o dever de lealdade.

Centramo-nos ainda na questão do interesse societário, procurando defini-lo. Não se apresenta fácil a compreensão das condutas que, em cada caso, se espera do administrador no sentido de serem conformes ao interesse social.

Posteriormente, enveredámos, aí sim, pelos contornos específicos da proibição de concorrência do administrador. Ilustrámos a incidência prática desta figura através da análise das suas características fundamentais. Começamos por desmistificar o conceito de “atividade concorrente”. Esclarecemos sobre quem incide tal proibição, bem como o alcance da sua eficácia temporal e geográfica. Distinguimos as diversas formas de exercício dessa proibição. Aludimos a possibilidade de a sociedade consentir a prática concorrencial, o que a acontecer, a tornaria lícita, não se tratando de um dever absoluto. Procedemos, ainda, à sua distinção face a figuras próximas. Esmiuçado o regime desta proibição, concluímos tratar-se de uma verdadeira obrigação.

Mostrou-se imprescindível averiguar quais as consequências que advêm da violação daquela. Nesse sentido, começamos por enquadrar a questão da responsabilidade civil e apurar o papel dos respetivos pressupostos. Analisamos cada um deles, focando as especificidades que os caracterizam quando está em causa a proibição de concorrência. Compreendemos que particularmente sensível é a definição do núcleo de situações que devem integrar o conceito de dano.

Recorremos a algumas situações concretas, dado o papel fulcral que a jurisprudência desempenha nesta sede.

Abordámos a obrigação de indemnizar a sociedade pelos prejuízos causados. Sublinhamos a adequação da adoção da obrigação de restituição natural, sempre que se mostre possível, em vez da mera compensação monetária.

Por último, tecemos considerações relativas à natureza desta responsabilidade.

Verificamos, ao longo do estudo destas matérias, que existe um tendencial acompanhamento, por parte da jurisprudência, da doutrina societária.

Adotámos uma postura crítica, quer da doutrina quer da jurisprudência sobre o tema, tentando dar o nosso contributo para esta problemática, ainda repleta de questões que permanecem em aberto.

Bibliografia

ABREU, J. M. COUTINHO DE

– “Da empresarialidade: as empresas no direito” Coimbra: Almedina, 1996 - Dissertação para Doutoramento em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

– Curso de direito comercial – Vol. II – (das Sociedades) - 4ª ed. - Coimbra: Almedina, 2011;

– “Administradores e Trabalhadores de Sociedades (Cúmulos e Não)”, *in* Temas societários, organ. Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Conselho Distrital da Ordem dos Advogados, Colóquio Temas Societários, Coimbra, 2006;

– “Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social”, *in* Colóquio Reformas do Código das Sociedades, Coimbra, 2006, Reformas do código das sociedades, org. Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho - Coimbra: Almedina, 2007 - p. 15- 47;

– “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades”, 2010; [ed. lit.] Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho - 2ª ed. - Coimbra: Almedina, 2010 - (Cadernos do IDET; 5);

ABREU, J. M. COUTINHO DE, e RAMOS, ELISABETE, Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores: notas sobre o art. 379.º do código do trabalho, Coimbra: Almedina, 2004;

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, Sociedades Comerciais, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2006;

AURELIANO, NUNO, “A obrigação de não concorrência do trespassante de estabelecimento comercial no direito português”, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles / organ. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão, Januário da Costa Gomes - Coimbra: Almedina, 2002-2003 - Volume IV - Novos Estudos de Direito Privado;

BARREIROS, FILIPE, A responsabilidade civil dos administradores: os deveres gerais e a corporate governance, Coimbra E., 2010, 1.º ed.;

BRAVO, LUÍS VALDEMAR RODRIGUES VAZ, Sobre o dever de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas e a sua conexão com o dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias - Porto: FDUP, 2010 - Dissertação de mestrado. Relatório: Ciências jurídico-privatísticas, 2010. Universidade do Porto. Faculdade de Direito - Orientador: Manuel Carneiro da Frada;

Código das Sociedades Comerciais Anotado (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), Almedina, 2ª edição, 2012;

Código das sociedades comerciais em comentário (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU)/ [org.] Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho - Coimbra: Almedina, 2010 - vol. IV (2012) e VI (2013);

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

– Da boa fé no Direito Civil, vol. II, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1985

– Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo I, Almedina, 2000;

– “Do governo das sociedades: a flexibilização da dogmática continental”, *in* Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos: homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa / coord. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão, Januário da Costa Gomes - Coimbra: Almedina, 2007, pp. 91 ss.;

– “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades”, *in* Jornadas de homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, [Lisboa], 2006, A reforma do código das sociedades comerciais / coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PAULO CÂMARA ; Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários - Coimbra: Almedina, 2007;

– Tratado de Direito Civil Português, II Direito das Obrigações, TOMO I, Almedina, 2009;

– Direito das Sociedades, I – Parte Geral, Almedina, 3ª edição (ampliada e atualizada), 2011;

– Manual de Direito das Sociedades, II – Das Sociedades em Especial, Almedina, 2ª edição (revista e actualizada), 2007;

CORREIA, LUÍS BRITO, Os Administradores de Sociedades Anónimas, Livraria Almedina, Coimbra – 1993;

COSTA, RICARDO

– “Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto”, *in* Temas societários, organ. Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Conselho Distrital da Ordem dos Advogados, Colóquio Temas Societários, Coimbra, 2006;

– «Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”», *in* I Congresso Direito das Sociedades em Revista (2010), Lisboa, org. Almedina - Coimbra: Almedina, 2011;

COTTINO, GASTONE, *Le società, Diritto Commerciale – MANUALI DI SCIENZE GIURISDICHE*, volume primo, tomo secondo, quarta edizione, 1999;

FERNANDES, MANUEL DOMINGOS ALVES, “A responsabilidade civil dos administradores – em especial, a do sócio controlador enquanto gerente de facto” - Porto: FDUP, 2010. Dissertação de mestrado . Relatório: Ciências jurídico-privatísticas, 2010. Universidade do Porto. Faculdade de Direito - Orientadores: Paulo de Tarso Domingues;

FERREIRA, PAULA CRISTINA DOMINGUES PAZ DIAS, “Responsabilidade civil dos administradores e gestores perante a sociedade”, Porto: FDUP, 2011, Dissertação de mestrado em Direito. Ciências jurídico-privatísticas, 2011. Universidade do Porto. Faculdade de Direito - Orientador: Manuel A. Carneiro da Frada;

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA

– “A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, *in* Nos vinte anos do Código das Sociedades Comerciais, II, 2007, Coimbra Editora;

– “Sobre a obrigação de restituir dos administradores”, *in* I Congresso Direito das Sociedades em Revista (2010), Lisboa, org. Almedina - Coimbra: Almedina, 2011;

– Direito Civil - Responsabilidade Civil - O Método do Caso, Almedina, 2011;

GONÇALVES, ALEXANDRA MARINA, O dever de não concorrência do sócio nas sociedades civil – Relatório de mestrado em direito civil, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 1995;

GUEDES, INÊS ERMIDA DE SOUSA, “A remuneração dos administradores, perspectiva a partir da crise de 2008”, Trabalho realizado para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Privatísticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra: Almedina, 2011;

LARGUINHO, MARISA, “O dever de lealdade: concretizações e situações de conflito resultantes da cumulação de funções de administração”, *in* Direito das Sociedades em Revista - Ano 5 (Março 2013) Volume 9;

LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, “Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção”, *in* Estudos dedicados ao Professor Doutor Luis Alberto Carvalho Fernandes, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, I, p. 19-53;

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, Pressupostos da exclusão de sócio nas sociedades comerciais, 2.^a reimpressão, Lisboa : AAFDL, 2004;

LÓPEZ, CARLOS GÓRRIZ, “Los deberes de lealtad de los administradores del art. 127 ter LSA”, *in* Direito das Sociedades em Revista, Ano 2 (Março 2010) Volume 3;

LOURENÇO, NUNO CALAIM, Os deveres de administração e a business judgment rule, Coimbra, Almedina, 2011;

MAGALHÃES, VÂNIA PATRÍCIA FILIPE, “A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social”, *in* Revista de direito das sociedades / propr. Instituto de Direito das Sociedades, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; dir. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Ano I (2009) - Número 2;

NUNES, PEDRO CAETANO,

– Corporate Governance, Lisboa: Almedina, 2006;

– Dever de Gestão dos Administradores de Sociedade Anónimas, Almedina, 2012;

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, “Grupos de sociedades e deveres de lealdade: por um critério unitário de solução do "conflito do grupo"” - Coimbra: Almedina, 2012 - Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2010;

PRATA, ANA, Dicionário Jurídico, Volume I, 5.º ed., Almedina, 2008;

RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES, “A responsabilidade de membros da administração”, *in* Problemas do Direito das Sociedades (N.º 1 da Coleção), Editora: Almedina, Coleção: Série Colóquios do IDET, Tema: Direito Comercial, 2008 , 2.^a Reimpressão;

REIS, NUNO T.T. DOS, Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades anónimas, Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Comercial II apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Orientador: Prof. Doutor Menezes Cordeiro - Orientador: Prof. Doutor Eduardo dos Santos Júnior, 2007;

SERRA, CATARINA, “Entre corporate governance e corporate responsibility: deveres fiduciários e ‘interesse social iluminado’”, *in* I Congresso Direito das Sociedades em Revista (2010), Lisboa, org. Almedina - Coimbra: Almedina, 2011;

SILVA, JOÃO SOARES DA, “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedade: Os Deveres Gerais e a Corporate Governance”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 57, Lisboa, Abril 1997, p. 605 ss.;

SIMÃO, JORGE ANDRÉ CARITA, “A remuneração dos administradores das sociedades no contexto da crise financeira mundial”, *Relatório de estágio de mestrado*, FDUL, 2011;

SOUSA, SOFIA SILVA E, «Obrigação de não concorrência com efeito “post contractum finitum”», *Universidade Católica Editora*, 2012;

TORRES, ANTÓNIO PINHEIRO, *Noções Fundamentais de Direito das Obrigações*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010;

TRIUNFANTE, ARMANDO MANUEL, “Código das Sociedades Comerciais Anotado”, Coimbra Editora, 2007;

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE

– A participação social nas sociedades comerciais, 2ª ed. - Coimbra: Almedina, 2006;

– “Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais”, *in* *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1 (Março 2009) Volume 1;

– “Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais”, *in* *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1 (Outubro 2009) Volume 2;

VENTURA, RAÚL, *Sociedades por Quotas, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, vol. III, Livraria Almedina, Coimbra 1991;

VENTURA, RAÚL E BRITO CORREIA, “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas”, Suplemento aos BMJ nºs 192, 193 e 195, 1970;

VIEIRA, JOÃO JORGE, “Responsabilidade dos administradores perante a sociedade”, Relatório de Mestrado, FDUL, 2004.

Jurisprudência

(todos disponíveis em www.dgsi.pt)

Supremo Tribunal de Justiça

Ac. STJ 23/05/2002 (FERREIRA DE ALMEIDA)

Ac. STJ 23/05/2002 (ABEL FREIRE)

Ac. STJ 18/04/2006 (AZEVEDO RAMOS)

Ac. STJ 03/02/2009 (PAULO SÁ)

Ac. STJ 28/04/2009 (MOREIRA ALVES)

Ac. STJ 10/12/2009 (VASQUES DINIS)

Ac. STJ 25/03/2010 (SERRA BAPTISTA)

Ac. STJ 16/03/2011 (TÁVORA VÍCTOR)

Ac. STJ 31/03/2011 (SERRA BAPTISTA)

Ac. STJ 12/09/2012 (PINTO HESPANHOL)

Ac. STJ 28/02/2013 (GRANJA DA FONSECA)

Ac. STJ 08/05/2013 (FERNANDO BENTO)

Ac. STJ 01/04/2014 (FONSECA RAMOS)

Ac. STJ 30/09/2014 (FONSECA RAMOS)

Relação de Coimbra

Ac. TRC 20/10/2005 (SERRA LEITÃO)

Ac. TRC 13/10/2009 (FALCÃO DE MAGALHÃES)

Relação de Évora

Ac. TRE 18/12/2007 (PIRES ROBALO)

Ac. TRE 18/10/2012 (ANTÓNIO MANUEL RIBEIRO CARDOSO)

Relação de Guimarães

Ac. TRG 11/07/2005 (VIEIRA E CUNHA)

Ac. TRG 30/05/2013 (ISABEL ROCHA)

Relação de Lisboa

Ac. TRL 17/04/2007 (CARLOS MOREIRA)

Ac. TRL 10/02/2009 (RUI VOUGA)

Ac. TRL 26/03/2009 (OLINDO GERALDES)

Ac. TRL 12/05/2009 (CRISTINA COELHO)

Ac. TRL 20/10/2009 (EURICO REIS)

Ac. TRL 28/06/2012 (CARLA MENDES)

Ac. TRL 25/09/2012 (ROSA RIBEIRO COELHO)

Ac. TRL 06/12/2012 (CARLA MENDES)

Ac. TRL 31/01/2013 (ONDINA CARMO ALVES)

Ac. TRL 16/05/2013 (EZAGÜY MARTINS)

Ac. TRL 01/04/2014 (FONSECA RAMOS)

Ac. TRL 17/04/2007 (CARLOS MOREIRA)

Ac. TRL 11/11/2014 (ROQUE NOGUEIRA)

Relação do Porto

Ac. TRP 05/06/2003 (OLIVEIRA VASCONCELOS)

Ac. TRP 30/11/2004 (ALZIRO CARDOSO)

Ac. TRP 10/10/2005 (CUNHA BARBOSA)

Ac. TRP 05/02/2009 (PINTO DE ALMEIDA)

Ac. TRP 29/06/2009 (MARIA JOSÉ SIMÕES)

Ac. TRP 23/11/2009 (PAULA LEAL DE CARVALHO)

Ac. TRP 12/04/2012 (LEONEL SERÔDIO)

Ac. TRP 30/10/2012 (M. PINTO DOS SANTOS)

Ac. TRP 01/07/2013 (EDUARDO PETERSEN SILVA)

Ac. TRP 23/09/2013 (MARIA JOSÉ SIMÕES)

Ac. TRP 24/03/2014 (RITA ROMEIRA)