



CATÓLICA PORTO

DIREITO

MESTRADO EM DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES

No âmbito das práticas restritivas da concorrência

AUTOR

Pedro Cid Ferreira Pinto e Lopes Barata

Dissertação de mestrado

Orientador: Mestre Fábio Castro Russo

Porto, 30 de junho, 2015

*À memória da minha mãe Isabel Barata,
que sempre acreditou em mim, com
eterna saudade. Sem ti, esta etapa da
minha vida não teria sido possível de se
realizar.*

*Aos meus avós José Pimenta e Serafim
Barata.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu irmão e pai especialmente por me proporcionar todas as condições necessárias para que pudesse concluir esta dissertação, por ser um pronto-socorro, e poder contar com ele em qualquer momento.

À minha avó Benilde pela preocupação, amor e carinho transmitido.

À Laura pela companhia, força, paciência que tantas vezes falta, por me fazer acreditar, pelos conselhos e por estar sempre ao meu lado.

Aos meus amigos pela amizade demonstrada ao longo de toda a minha formação acadêmica e, em particular, ao Alexandre pelo apoio incondicional e pela atitude irrepreensível.

Por último, ao meu orientador, Mestre Fábio Castro Russo, pelos conhecimentos partilhados, pela sua dedicação, simpatia, disponibilidade e pela constante aprendizagem que com ele levei a cabo.

ÍNDICE

SIGLAS E ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – OS DEVERES FUNDAMENTAIS DOS ADMINISTRADORES	13
1. Noções Gerais.....	13
2. Deveres de lealdade	14
3. Deveres de cuidado.....	19
3.1 Dever de vigilância.....	20
3.2 Dever de preparar adequadamente as decisões	22
3.3 Dever de tomar decisões razoáveis	23
4. <i>Business Judgment Rule</i>	24
5. Dever de legalidade	25
6. Responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade	28
CAPÍTULO II – AS PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA	31
1. Noções Gerais.....	31
2. Responsabilidade civil dos administradores no âmbito das práticas restritivas da concorrência.....	33
CONCLUSÃO.....	42
BIBLIOGRAFIA	43

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Acs. – Acórdãos

AdC – Autoridade da Concorrência

AG – Assembleia Geral

al. – alínea

als. – alíneas

art. – artigo

arts. – artigos

BJR – *Business Judgment Rule*

BMJ – Boletim do Ministério de Justiça

CA – Conselho de Administração

CC – Código Civil

CE – Conselho Europeu

Cf. – Confrontar

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

cit. – citado

ComE – Comissão Europeia

coord. – coordenação

CPen – Código Penal

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CT – Código do Trabalho

CVM – Código dos Valores Mobiliários

DdPE – Diretiva do *Private Enforcement*

disp. – disponível

DL – Decreto-Lei

DSR – Direito das Sociedades em Revista

ed. – edição

etc. – etcetera

ex. – exemplo

i.e. – isto é

IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho

JO – Jornal Oficial da União Europeia
LdC – Lei da Concorrência
LGT – Lei Geral Tributária
LSA – Ley de Sociedades Anónimas
LSRL – Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
n. – nota
n.º – número
n.ºs – números
p. – por
pág. – página
págs. – páginas
par. – parágrafo
pars. – parágrafos
PE – Parlamento Europeu
proc. – processo
RDS – Revista de Direito das Sociedades
rel. – relator
ROA – Revista da Ordem dos Advogados
SS. – Seguintes
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ – Tribunal de Justiça da União Europeia
TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
UE – União Europeia
v. – *vide*
vol. – volume

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objeto apurar se as infrações às normas jurídicas concorrenciais por parte de sociedades comerciais, em virtude de decisões empresariais tomadas pelos administradores, mormente as práticas restritivas da concorrência, constituem simultaneamente a violação dos deveres fundamentais que impendem sobre estes relativamente à sociedade. E se, por conseguinte, esses administradores poderão ser civilmente responsáveis perante a sociedade que administram na eventualidade de esta ser sujeita ao pagamento de uma coima, ou a sanções acessórias.

As práticas restritivas concorrenciais, nomeadamente os cartéis são de difícil investigação, uma vez que pela sua natureza secreta não são facilmente detetados e, por isso, prolongam-se durante anos.

O diminuto número de coimas aplicadas quer por parte da AdC, quer por parte da ComE acresce ao ainda mais reduzido número de decisões de condenação por parte dos tribunais nacionais às empresas participantes neste tipo de acordos lesando privados, sejam eles outras empresas, ou até mesmo consumidores.

Neste sentido, o CE e o PE aprovaram a nova DdPE que veio consagrar um conjunto de regras relativas às ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência a fim de proporcionar uma maior possibilidade de obtenção de reparação dos danos.

Com este trabalho pretendemos versar sobre as particularidades que a figura das práticas restritivas da concorrência comporta ao nível da responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade, nomeadamente no que à ilicitude e ao dano diz respeito.

Iniciaremos este estudo pelos deveres de lealdade e deveres de cuidado, deveres fundamentais que estão consagrados no art. 64.º, n.º 1, do CSC.

Nos deveres de cuidado trataremos da BJR como critério limitador da responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade na sua tomada de decisões societárias.

Abordaremos também o dever de legalidade como dever que incumbe sobre os administradores de respeitar, para este efeito, as normas imperativas do regime jurídico de concorrência.

De seguida, referiremos os pressupostos da responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade, bem como os tipos de ações de que a sociedade e os sócios dispõem para a acionar.

Sequencialmente é apresentado um breve enquadramento do ordenamento jurídico nacional e europeu do direito concorrencial, privilegiando-se as práticas restritivas da concorrência.

Estabeleceremos a relação entre essa figura e a responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade em virtude de algumas particularidades que ela apresenta.

Neste contexto, teceremos alguns comentários relativamente à infração das normas que proíbem os acordos restritivos da concorrência no âmbito dos deveres de cuidado.

Por último, aludiremos à DdPE face às escassas alternativas de que os privados lesados dispõem para ver ressarcidos os seus danos por infrações jusconcorrenciais.

Com as considerações que se seguem, esperamos dar o nosso pequeno contributo para uma melhor compreensão da responsabilidade civil dos administradores no âmbito das práticas restritivas da concorrência, matéria que não é frequentemente tratada na doutrina.

CAPÍTULO I – OS DEVERES FUNDAMENTAIS DOS ADMINISTRADORES

1. Noções Gerais

O art. 64.º, n.º 1, do CSC consagra os deveres fundamentais dos administradores¹ no panorama do direito societário, os deveres de lealdade e os deveres de cuidado.

A multiplicidade de situações com que os administradores podem ser confrontados no exercício das suas funções, bem como o facto de aquelas não poderem ser identificadas *a priori* em toda a sua extensão, leva a que os deveres fundamentais daqueles sejam comumente classificados como deveres legais gerais². O seu conteúdo é, por isso, abstrato ou indeterminado e só caso a caso poderá ser concretizado.

Adotamos, por isso, a classificação seguida por Coutinho de Abreu³, quando opera a distinção entre deveres gerais e deveres de conteúdo específico⁴, classificação esta que comporta uma junção de dois critérios: o da natureza jurídica dos deveres e o da concretização do seu conteúdo⁵.

Os deveres legais específicos são deveres que resultando igualmente da lei⁶, e estando nela especificados, impõem condutas concretas aos administradores, sejam atuações ou omissões. Ao não observarem estas regras, aqueles incorrem mais facilmente

¹ Termo que será utilizado indistintamente para referir, quer os gerentes, quer os administradores.

² Também no ordenamento jurídico espanhol, os arts. 127.º, n.º 1, da LSA e 61.º, n.º 1, da LSRL consagram os deveres de lealdade e os deveres de cuidado, v. JOSÉ ORIOL LLEBOT, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 3ª ed., 2009, Editorial Tirant lo Blanch, pág. 26.

³ v. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, IDET, n.º 5, 2.ª ed., janeiro, 2010, Almedina, págs. 9 a 18.

⁴ Operando a mesma classificação, v. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades: Parte Geral*, 5ª ed., fevereiro, 2015, págs. 330-332; NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, maio, 2011, Almedina, págs. 11-13; RICARDO COSTA, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 64.º», in JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, outubro, 2010, Almedina, págs. 726-730; SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «Os deveres fundamentais dos Administradores», in MANUEL PITA; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA (coord.), *Temas de Direito das Sociedades*, 1ª ed., maio, 2011, Coimbra Editora, págs. 529-535; TIAGO JOÃO ESTEVÃO MARQUES, *Responsabilidade Civil dos membros de Órgãos de Fiscalização das Sociedades Anónimas*, setembro, 2009, Almedina, pág. 72. No ordenamento jurídico italiano, v. FERRO-LUZZI, *La funzione dei sindaci (...)*, cit., pág. 40., *apud* TIAGO JOÃO ESTEVÃO MARQUES, *Responsabilidade Civil dos membros de órgãos de fiscalização (...)*, cit., pág. 72, n. de rodapé 134.

⁵ Em sentido diferente, Pedro Pais de Vasconcelos opera uma diferente sistematização, distinguindo duas áreas na atividade administrativa: uma vinculada e outra discricionária. A primeira seria sempre causa de responsabilidade civil dos administradores, desde que verificados os outros pressupostos. Na segunda, poderá vir a ser afastada a responsabilidade civil, desde que se prove que aqueles atuaram em conformidade com os deveres fundamentais de cuidado e de lealdade, v. 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 DSR, Ano I, vol. II, outubro, 2009, Almedina, pág. 65.

⁶ A título de ex., o art. 6.º, n.º 4 do CSC; arts. 18.º e 19.º do CIRE; arts. 16.º e 17.º do CVM, arts. 227.º a 229.º do CPen; art. 24.º da LGT; art. 335.º, n.º 2 do CT.

numa eventual responsabilização, uma vez que aqui não opera a BJR, precisamente por se conseguir identificar facilmente o ilícito.

Uma última nota para os deveres específicos não legais, que podem traduzir-se em deveres contratuais ou estatutários, em virtude de resultarem, quer dos contratos de administração ou gerência, quer dos estatutos da sociedade.

2. Deveres de lealdade

Os deveres de lealdade⁷ são normalmente entendidos como deveres fundamentais que os administradores devem observar no exercício das suas funções, tendo em vista a prossecução exclusiva do interesse social⁸ e, por conseguinte, a abstenção de adotar condutas em benefício pessoal, seja próprio ou alheio.

Devem assim, os administradores ser leais no cumprimento das suas funções fazendo prevalecer o interesse social, comparativamente aos demais⁹.

⁷ Sobre considerações acerca do próprio conceito de lealdade, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A lealdade no direito das sociedades*, in ROA, 2006, Ano 66, vol. III, págs. 1033-1035.

⁸ O art. 64.º, n.º 1, al. a. do CSC manda atender aos “*interesses de longo prazo dos sócios*” impondo, todavia, que sejam ponderados “*os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores*” (os chamados *stakeholders*). Está em causa, pois, o chamado *interesse social*, sendo discutido na doutrina a sua natureza, i.e., se a sociedade, como ente social é portadora de um interesse próprio que se autonomiza do interesse dos sócios que a constituem (seja de curto ou longo prazo). No fundo, as *teorias institucionalistas* vs as *teorias contratualistas*. Porém, esta é uma questão que não é consensual e que não cabe aqui tratar, quer pela dimensão do presente estudo, quer pelo objeto do mesmo que nada tem que ver com o assunto proposto, pelo que remetemos o problema para a seguinte bibliografia: v. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social, Reformas do Código das Sociedades*, in IDET, março, 2007, Almedina, págs. 31-47; MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in ROA, janeiro, 2007, págs. 222-224; PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos administradores de sociedades anónimas*, abril, 2012, Almedina, págs. 485-494; SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «*Os deveres fundamentais (...)*», cit., págs. 579-586; TIAGO JOÃO ESTEVÃO MARQUES, *Responsabilidade Civil (...)*, cit., págs. 82-84; VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social*, in RDS, Ano I, n.º 2, 2009, Almedina, págs. 403-414.

⁹ Entre nós, v. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil (Após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, novembro, 2006, Coimbra Editora, pág. 49; PAULO CÂMARA, et al., *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, janeiro, 2008, Almedina, pág. 36; SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «*Os deveres fundamentais (...)*», pág. 577; VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas (...)*, cit., pág. 399. No ordenamento jurídico francês assim interpretamos M. COZIAN, A. VIANDIER E FL. DEBOISSY que entendem que o dever de lealdade se concretiza na prevalência do interesse social e que este não se estende a terceiros, nomeadamente às partes contratantes, v. M.COZIAN, A.VIANDER, FL. DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, Éditions Litec, 13ª ed., 2000, pág. 135. No ordenamento jurídico espanhol, v. JOSÉ ORIOL LLEBOT, *La responsabilidad de los (...)*, cit., págs. 26 e 27. Em sentido diferente, Pedro Caetano Nunes afirma que nem sempre os administradores têm o dever de fazer prevalecer o interesse social ao seu próprio interesse, p.ex., o interesse pessoal de um administrador em ver a sua remuneração aumentada, ou até mesmo o interesse por parte deste em “*assistir os familiares na doença ou o interesse em gozar férias*”, v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão (...)*, cit., págs. 527 e 528.

Por conseguinte, os administradores violarão os deveres de lealdade se promoverem ou potenciarem, de forma direta ou indireta, situações de proveito próprio ou alheio, com prejuízo para o interesse social, ou sem consideração por este.

No âmbito dos deveres de lealdade, duas importantes questões têm sido discutidas: a relevância que é reconhecida ao seu conteúdo negativo em detrimento do seu conteúdo positivo e o seu fundamento jurídico.

Assim, há um conjunto alargado de autores que defende que os deveres de lealdade se traduzem essencialmente em condutas omissivas, enquanto condutas de *non facere*, sem no entanto deixar de lhes ser reconhecido uma vertente positiva¹⁰.

Ora, há quem entenda que a dimensão positiva dos deveres de lealdade que se traduz essencialmente em fazer prevalecer o interesse social sobre os restantes interesses (próprios ou de terceiros) não se limita apenas a operar como um “mediador de conflito de interesses¹¹”, uma vez que gera igualmente condutas de *facere*.

Neste sentido, Marisa Larguinho sustenta que os deveres de lealdade geram deveres de informação sobre variados assuntos, p.ex., sobre a existência de situações de conflitos de interesses e sobre a existência de oportunidades negociais societárias,

¹⁰ v. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades (...)*, cit. págs. 49-52; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Deveres de cuidado e de lealdade (...)*, cit., pág. 22, n. de rodapé 13. O autor volta a defender a mesma ideia em «*Responsabilidade civil (...)*», cit., pág. 25, n. de rodapé 38; PAULO CÂMARA, *Código das Sociedades Comerciais (...)*, cit., págs. 35 e 36; SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «*Os deveres fundamentais (...)*», cit., pág. 577; VÂNIA MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas (...)*, cit., pág. 399; Cf. Menezes Cordeiro define apenas deveres de lealdade como “*deveres fiduciários que recordam estar em causa a gestão de bens alheios*”, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades - Das Sociedades em Geral*, vol. I, 2ª ed., abril, 2007, Almedina, pág. 838. O autor volta a defender a mesma ideia em «*A lealdade no direito (...)*», cit., pág. 1065; Cf. Fátima Gomes afirma que “*os deveres de lealdade surgem quando o fiduciário se envolve em transações que potencialmente podem colidir/entrar em conflito com os interesses societários*”, p.ex., quando o administrador negocia com ele mesmo (*self-dealing*) v. FÁTIMA GOMES, «*Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redacção do artigo 64.º do CSC*», in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – vol. II, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, 2008, Coimbra Editora, pág. 555; Cf. Engrácia Antunes define pela negativa (proibição dos administradores atuarem quando haja conflito de interesses) e pela positiva (a prossecução por parte destes do interesse social) os deveres de lealdade, v. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades (...)*, cit., pág. 332; Cf. Carneiro da Frada limita-se a definir os deveres de lealdade como um “*dever de comportamento,*” em virtude do facto deste fazer brotar outras relações jurídicas, especialmente em todas aquelas em que alguém está confiado para gerir um património alheio, em nome e por conta de outrem, v. MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment (...)*, cit., pág. 215; Marisa Larguinho fala igualmente num “*dever comportamental, que exige, conforme as circunstâncias, condutas positivas ou negativas concretas... (...)*” e num “*dever de conteúdo ético-jurídico inserto numa determinada relação jurídica, in casu, na relação de administração*”, v. MARISA LARGUINHO, *O dever de lealdade: concretizações e situações de conflito resultantes da cumulação de funções de administração*, in *RDS*, Ano V, vol. IX, março, 2013, Almedina, pág. 193.

¹¹ A expressão é de Marisa Larguinho, v. MARISA LARGUINHO, *O dever de lealdade: concretizações (...)*, cit., pág. 199.

conduzindo a uma maior transparência e confiança na relação entre sociedade e administradores¹².

Quanto ao seu fundamento jurídico tem sido apontado essencialmente duas categorias: a regra da boa-fé¹³ e a relação fiduciária¹⁴.

Neste sentido, Pedro Caetano Nunes defende que os deveres de lealdade se reconduzem à regra da boa-fé, indicando dois argumentos.

O primeiro diz respeito à estrutura normativa do art. 64.º, n.º 1, al. b., do CSC e do art. 762.º, n.º 2, do CC em que ambos são semelhantes¹⁵.

O segundo prende-se com o facto de, quer um, quer o outro art. possibilitarem a incorporação de normas éticas no direito, no âmbito de relações obrigacionais¹⁶.

Deste modo, o dever de lealdade teria o seu fundamento na ética, no âmbito de uma relação obrigacional, e não na existência de uma relação de confiança¹⁷.

Os autores que defendem a recondução dos deveres de lealdade a uma relação de *fiducia* salientam que o conceito da boa-fé é um padrão de comportamento que acaba por se estabelecer, quer nas relações contratuais, quer nas relações extracontratuais com

¹² v. MARISA LARGUINHO, *O dever de lealdade: concretizações (...)*, cit., págs. 198 e 199.

¹³ Entre nós, v. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção*, in RDS, Ano I (2009), n.º 3, Almedina, págs. 664-667; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?*, in RDS, Ano I (2009), n.º 1, Almedina, págs. 119-122; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A lealdade no direito (...)*, cit., págs. 1038-1039, 1056-1058 e 1061-1063. Mais à frente, o mesmo autor salienta que a relação entre a sociedade e o administrador é uma relação jurídica de natureza fiduciária, uma vez que está em causa uma gestão de bens alheios, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual (...)*, cit., págs. 829-831; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades (...)*, cit. págs. 43, 50 e 53. Além-fronteiras, no ordenamento jurídico espanhol, JESUS QUIJANO GONZALÉS configura o dever de lealdade como “*mínimo ético*” *apud* VÂNIA MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas (...)*, cit., pág. 396, n. de rodapé 68. Mais recentemente, reconduzindo os deveres de lealdade à regra da boa-fé, o Ac. do STJ de 30-09-2014, rel. Fonseca Ramos, proc. 1195/08.0TYLSB,L1.S1, disp. em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁴ Entre nós, v. FÁTIMA GOMES, *Reflexões em torno dos deveres fundamentais (...)*, cit., págs. 555 e 568; MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment (...)*, cit., págs. 215-221; MARISA LARGUINHO, *O dever de lealdade: concretizações (...)*, cit., págs. 193 e 196; RICARDO COSTA, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 64.º», pág. 743; SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «*Os deveres fundamentais (...)*», cit., pág. 575; v. TIAGO JOÃO ESTEVÃO MARQUES, *Responsabilidade Civil (...)*, cit., pág. 82; VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas (...)*, cit., pág. 398.

¹⁵ A este propósito, Pedro Caetano Nunes refere que a previsão de ambos os arts. *supra* indicados tem como elemento comum a existência de uma relação obrigacional, ao passo que a sua estatuição contempla conceitos indeterminados (a lealdade e a boa-fé), v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão (...)*, cit., págs. 524 e 525.

¹⁶ v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão (...)*, cit., pág. 525.

¹⁷ O autor aponta essencialmente duas razões: i) dúvida da frequente ocorrência de relações pessoais de confiança no âmbito das sociedades anónimas; ii) dificuldades gerais de fundamentação da lealdade na confiança (para mais desenvolvimentos desta segunda razão, consultar as págs. 525 e 526) v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão (...)*, cit., pág. 527.

terceiros, ou seja, com todos os sujeitos o princípio da boa-fé deve ser aplicado¹⁸. Numa frase, a regra da boa-fé é universal e, como tal, não serve devidamente para caracterizar uma relação contratual, como é a que se estabelece entre o administrador e a sociedade, em que aquele é designado para promover o interesse desta através da gestão do seu património.

Carneiro da Frada invoca uma especial qualificação da lealdade do administrador para com a sociedade¹⁹, i.e., uma lealdade qualificada em detrimento da lealdade comum que seria mantida em todo o tipo de relações.

Assim, mais do que a regra da boa-fé estaria em causa uma “*especial relação de confiança*” que justifica os deveres de lealdade e, concretamente a relação *supra*²⁰.

Pode-se enumerar algumas concretizações dos deveres de lealdade que têm sido apontadas de uma forma mais geral na doutrina²¹, mas também na jurisprudência nacional²²: i. o comportamento correto por parte dos administradores (*fairness*) quando celebram contratos com a sociedade (arts. 397.º, n.º 1 e 2 e 428.º do CSC); ii. o não exercício por parte destes de exercer uma atividade concorrente com a da sociedade (arts. 254.º, n.º 1, 398.º, n.º 3 e 428.º do CSC); iii. o não aproveitamento em benefício próprio ou alheio, de oportunidades de negócio da sociedade, de meios ou de informação privilegiada, e bem assim do estatuto ou da sua posição.

¹⁸ Destacamos Carneiro da Frada que assume que a regra da boa-fé plasmada no art. 762.º, n.º 2 do CC “*visa promover apenas uma forma de concordância prática de interesses contrapostos das partes numa relação de troca*” e “*não proíbe que se prossigam interesses próprios (...) apenas impõe padrões e limites de razoabilidade, atenta a existência concomitante de interesses de outrem*”, v. MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment (...)*, cit., pág. 216.

¹⁹ Esta lealdade qualificada não obstará, todavia, a que os administradores não manifestassem lealdade para com os restantes sujeitos societários, uma vez que “*uma lealdade qualificada não exige da lealdade comum*”, até porque se o fizessem já estariam a ser desleais, na medida em que “*Os administradores devem portanto ser leais a todos: à sociedade, aos sócios, aos credores, aos trabalhadores e aos clientes*”. v. MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment (...)*, cit., págs. 215 e 219.

²⁰ Carneiro da Frada sustenta que “*a relação de administração é uma daquelas relações que implica um especial dever de lealdade, decorrente de a curadoria do interesse de alguém estar atribuída a outrem, de este sujeito estar investido numa posição cujo exercício pode ser prejudicial ou para o qual não há prevenção ou controlo suficiente*”, v. MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment (...)*, cit., pág. 215. No mesmo sentido, v. SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «*Os deveres fundamentais (...)*», cit., págs. 575, 576 e 578.

²¹ No ordenamento jurídico espanhol, em sentido aproximado às concretizações dos deveres de lealdade, v. JOSÉ ORIOL LLEBOT, *La responsabilidad de los (...)*, cit., págs. 33-40. No ordenamento jurídico italiano, v. C. ANGELICI, G. B. FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, 8.ª ed., 1991, UTET, págs. 399 e 400; GIUSEPPE AULETTA, NICCOLÒ SALANITRO, *Diritto Commerciale*, 12.ª ed., 2000, Giuffrè Editore, pág. 173.

²² Reconduzindo o dever de lealdade a alguns deveres específicos *supra* elencados, v. Acs. do STJ de 31-03-2011, rel. Serra Baptista, proc. 242/09.3YRLSB.S1; 28-02-2013, rel. Granja da Fonseca, proc. 189/11.3TBCBR.C1.S1; 30-09-2014, rel. Fonseca Ramos, proc. 1195/08.0TYLSB.L1.S1. Todos os Acs. estão disp. em <http://www.dgsi.pt>.

Do exposto, cremos também que os deveres de lealdade comportam um sentido positivo e um sentido negativo.

No pensamento do administrador que exerce funções de gestão e representação deve estar sempre presente a prossecução do interesse social, deve tomar as suas decisões naquilo que entende que é o melhor para o interesse da sociedade.

Encaramos a vertente positiva como um fim em si mesma. Prosseguir o interesse social deve orientar permanentemente a atividade dos titulares do órgão de administração.

Pergunta-se: como é que este pode prosseguir o interesse da sociedade observando deveres de lealdade?

A vertente negativa vem dar parte da resposta, uma vez que exige que os administradores se abstenham para não criarem situações de conflito de interesses. Aquela seria encarada como um meio para atingir esse fim.

Considera-se que há conflito de interesses, quando de uma tomada de decisão possa resultar um benefício para o administrador e um dano para a sociedade.

A outra parte da resposta é dada pela prevalência do interesse social que o administrador tem que atender, em caso de não poder ter sido evitado o conflito de interesses.

Admitimos também que a dimensão positiva dos deveres de lealdade não se reconduz apenas à prossecução do interesse social²³. Basta pensar na situação de um administrador que toma conhecimento de uma oportunidade de negócio²⁴ em função do cargo que desempenha, (e não em nome pessoal) e das consequências que daí podem decorrer, nomeadamente os deveres de informação que têm que ser prestados por parte daquele, quer ao CA (como órgão competente para decidir se essa oportunidade societária é vantajosa para o interesse da sociedade), quer à AG a fim de obter a autorização tendo em vista a apropriação dessa oportunidade, nos termos do art. 398.º, n.º 3, do CSC²⁵.

Não obstante estes deveres *supra* mencionados, reconduzimos os deveres de lealdade a um dever de resolução de conflito de interesses. É certo que aqueles geram deveres de informação, mas não nos parece todavia suficiente para considerarmos que os

²³ À semelhança do que foi dito por Marisa Larguinho.

²⁴ Sobre considerações acerca de oportunidades de negócio societárias v. Maria de Fátima Ribeiro, *O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias*, in Luís Couto Gonçalves [et al.] (coord.) – Estudos de homenagem ao professor doutor Heinrich Ewald Hörster, 2012, Almedina, págs. 30-38; PAULO CÂMARA, *Conflito de Interesses no Direito Societário e Financeiro – Um Balanço a partir da Crise Financeira*, janeiro, 2010, Almedina, págs. 10-74.

²⁵ A este ainda são aplicáveis os arts. 254.º e 428.º, n.º 3, do CSC. Também no ordenamento jurídico do país vizinho, os deveres de comunicação estão consagrados no art. 127.º *ter* da LSA.

deveres de lealdade não se reconduzam a um “simples mediador de conflito de interesses”.

Até porque e para este efeito, os deveres de informação não relevam autonomamente num contexto isolado. Eles estão sempre dependentes daquilo que é a maximização do interesse social, na medida em que existem precisamente para acautelar e prevenir possíveis situações de conflito de interesses.

Quanto ao fundamento jurídico dos deveres de lealdade inclinamo-nos para a especial relação de *fiducia* assente nos argumentos já descritos por Carneiro da Frada.

3. Deveres de cuidado

Querelas terminológicas à parte²⁶, os deveres de cuidado²⁷ (*duty of care*) pressupõem que os administradores, sejam diligentes no cumprimento de todas as obrigações decorrentes do exercício das suas funções, de acordo com o interesse da sociedade e da diligência de um gestor criterioso e ordenado (art. 64.º, n.º 1, al. a).

É ao nível destes deveres, que o poder de representação²⁸ releva, uma vez que grande parte do futuro da sociedade depende das decisões tomadas pelos seus administradores.

Tendo presente que os administradores devem prosseguir o interesse social da empresa que administram, que se traduz na maximização do lucro através de uma gestão eficiente, que passa também por rentabilizar os recursos disponíveis, pede-se alguma

²⁶ Defendendo o termo consagrado na lei “*deveres de cuidado*”, v. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores para com a sociedade (...)*, págs. 664-667; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Deveres de cuidado e de lealdade (...)*, cit., pág. 16; MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores, Entre a Exposição ao Risco e a Delimitação da Cobertura*, 2010, Almedina, págs. 103-111; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 4ª ed., maio, 2010, Almedina, pág. 41. Na defesa do termo “*dever de gestão*”, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os deveres (...)*, cit., págs. 484-485; PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão (...)*, cit., pág. 472; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Business Judgment Rule (...)*, cit., págs. 56-57 e 61-63; VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas (...)*, cit., pág. 381. Optando por “*dever de administração*”, v. BRUNO FERREIRA, *Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes (Análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário)*, in RDS, Ano I, vol. III, 2009, págs. 707-709; MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment (...)*, cit., pág. 206; ORLANDO VOGLER GUINÉ, *Da conduta (Defensiva) da Administração “Opada”*, 2009, Almedina, págs. 59-60; RICARDO COSTA, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 64.º», págs. 727-728.

²⁷ No ordenamento jurídico italiano é consagrado no art. 2392.º do CC italiano, o dever de diligência como cláusula geral, de onde se pode extrair as suas diversas concretizações, v. C. ANGELICI, G. B. FERRI, *Manuale di (...)*, cit., pág. 399; GIUSEPPE AULETTA, NICCOLÒ SALANITRO, *Diritto (...)*, cit., pág. 173.

²⁸ Entendido como uma atuação orgânica perante terceiros, v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão (...)*, cit., pág. 200. Sobre os poderes de administração e representação, v. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2010, Almedina, págs. 39-44.

prudência, ou “contenção judicial²⁹” na materialização dos deveres de cuidado, por forma a não inibir a iniciativa daqueles.

Com um elenco de condutas discriminadas, facilmente os administradores poderiam ser responsabilizados pela violação dos deveres legais (art. 72.º, n.º 1 do CSC), já que estaríamos perante deveres específicos.

O art. 64.º, n.º 1, al. a. do CSC refere que no exercício dos deveres de cuidado, os administradores devem revelar “*disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções*”.

É discutível se os elementos integrantes do art. 64.º, n.º 1, al. a. constituem concretizações do dever de cuidado³⁰, ou simplesmente modos do exercício desses deveres³¹. Inclina-mo-nos para esta última.

Relativamente às concretizações dos deveres de cuidado distinguiremos: i. o dever de vigilância; ii. o dever de preparar adequadamente as decisões; iii. o dever de tomar decisões razoáveis.

3.1 Dever de vigilância

O dever de vigilância compreende, se quisermos, o dever de vigilância propriamente dito (*duty to monitor*³²) e o dever de investigação (*duty to inquiry*).

O primeiro consiste no dever de os administradores prestarem atenção, quer à evolução económico-financeira da sociedade, quer ao desempenho de quem gere ou conduz os destinos da sociedade, i.e., sobre administradores executivos³³ por parte de

²⁹ A expressão é de Pedro Caetano Nunes, v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão* (...), cit., pág. 476.

³⁰ Nesta posição, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual* (...), cit., págs. 835, 838 e 931; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil* (...), cit., pág. 19; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades* (...), cit., pág. 333; MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment* (...), cit., pág. 214; NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração* (...), cit., págs. 16 e 34; TIAGO JOÃO ESTEVÃO MARQUES, *Responsabilidade Civil* (...), cit., pág. 74; v. VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas* (...), cit., págs. 387, 389 e 390.

³¹ Nesta posição, v. FÁTIMA GOMES, «*Reflexões em torno dos deveres fundamentais* (...)», cit., págs. 554 e 555; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Business Judgment Rule* (...), cit., pág. 63; RICARDO COSTA, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 64.º», pág. 731; SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «*Os deveres fundamentais* (...)», cit., págs. 533, 536 e 537. Assim interpretamos PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão* (...), cit., pág. 482.

³² Dever que está expressamente consagrado no ordenamento jurídico espanhol no art. 127.º, n.º 2, da LSA.

³³ Entendido enquanto administrador pertencente a uma comissão executiva com competência, ou para gerir determinadas matérias de administração, ou para exercer a gestão corrente da sociedade, previsto nos arts. 407.º, n.º 1 e 3 do CSC. Sobre considerações acerca da delegação neste âmbito, v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão* (...), cit., págs. 510-514.

administradores não executivos, sobre os administradores delegados³⁴ por parte daqueles que não o são e, bem assim sobre os trabalhadores com funções de gestão³⁵. Este dever resulta do art. 407.º, n.º 8 do CSC, ao qual é aplicado nos mesmos termos o art. 423.º-F do CSC.

Deste modo, deve o administrador manter um controlo e conhecimento efetivo³⁶ sobre a atividade da sociedade, as suas políticas, bem como as suas práticas³⁷.

Assim, grande parte do sucesso do cumprimento deste dever passa por obter informação³⁸. Apontam-se dois mecanismos de obtenção de informação: a própria produção (designadamente as reuniões do CA, no caso de o órgão administrativo ser colegial³⁹) e a solicitação a terceiros.

Em princípio, o administrador não violará este dever, mormente o dever de investigação se a informação obtida ou que lhe tiver sido prestada for falsa e ele não desconfiar da sua veracidade. Neste caso, a responsabilidade caberá à pessoa que forneceu essa informação⁴⁰.

O dever de investigação surge na sequência do dever de vigiar (propriamente dito) e consiste na obrigação de instaurar procedimentos de investigação por parte do administrador sempre que este detetar algo anómalo na informação obtida, mormente a nível financeiro e que possa ser causadora de danos.

Aliás, o art. 407.º, n.º 8, do CSC estabelece a possibilidade de provocar a intervenção do CA por parte dos administradores não executivos, a fim de tomar as medidas adequadas sempre que estes tenham conhecimento de atos ou omissões, ou da intenção de virem a ser praticados pelos administradores executivos, causando eventuais danos à sociedade.

Resta acrescentar que se responsabilizam os administradores por uma falha continuada e não por uma falha isolada no âmbito deste dever⁴¹.

³⁴ Nos termos do art. 407.º, n.º 3, quando haja delegação a um ou mais administradores, sem haver comissão executiva.

³⁵ v. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil* (...), cit., pág. 20.

³⁶ Não obstante, esse nível de conhecimento deve ser proporcional às funções exercidas por cada administrador, pois dependendo da dimensão da sociedade em causa, quanto maior for, mais difícil será manter esse nível de conhecimento, v. SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «*Os deveres fundamentais* (...)», cit., págs. 537 e 538.

³⁷ v. RICARDO COSTA, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 64.º» (...), cit., pág. 732.

³⁸ Na expressão de Pedro Caetano Nunes “*vigiar é obter informação*”. Mais desenvolvimentos relativos à organização empresarial e vigilância, v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão* (...), cit., págs. 506-510. No mesmo sentido, v. JOSÉ ORIOL LLEBOT, *La responsabilidad de los* (...), cit., pág. 29.

³⁹ v. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil* (...), cit., pág. 20.

⁴⁰ v. NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração* (...), cit., pág. 19.

⁴¹ v. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Business Judgment Rule* (...), cit., pág. 73.

3.2 Dever de preparar adequadamente as decisões

De um ponto de vista cronológico, este dever surge antes do dever da tomada de decisão, uma vez que os administradores devem respeitar determinados procedimentos para que venha a ser produzida uma decisão racional e razoável⁴².

Não raras vezes se fala da procedimentalização do dever de tomar decisões razoáveis⁴³, i.e., mais importante do que tomar uma decisão empresarial adequada, exige-se da parte daqueles um adequado procedimento, nomeadamente no que diga respeito à recolha, tratamento e ponderação de informação razoavelmente disponível em que assentará a sua tomada⁴⁴.

A obtenção de informação relevante que não esteja imediatamente disponível está também dependente de um conjunto de fatores: a complexidade da decisão, o tempo que o administrador tem para decidir, o custo da informação a obter, a sua experiência, etc⁴⁵.

Assim, o administrador deverá desenvolver esforços concretos com o objetivo de se dotar de toda a informação e documentação relevante acerca do assunto em causa para que o resultado seja conforme à razoabilidade exigida⁴⁶.

Por conseguinte, os administradores serão responsáveis para com a sociedade pelos danos provocados decorrentes da tomada das suas decisões que, se houvessem sido preparadas com informação razoavelmente disponível não teriam sido (ou não deviam ter sido) tomadas⁴⁷.

Estamos, portanto, perante uma obrigação de resultado e não de meios⁴⁸.

A violação deste dever poderá não se reconduzir apenas à responsabilidade civil, mas também ao nível dos fundamentos para a destituição do administrador com justa causa⁴⁹.

⁴² v. SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «*Os deveres fundamentais (...)*», cit., pág. 542.

⁴³ v. BRUNO FERREIRA, *Os deveres de cuidado (...)*, cit., pág. 697; PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão (...)*, cit., pág. 502; Pedro Pais de Vasconcelos dá o ex. de o administrador ter que recorrer ao “*auxílio de especialistas internos ou externos*” v. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Business Judgment Rule (...)*, cit., pág. 63.

⁴⁴ v. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil (...)*, cit., pág. 21.

⁴⁵ v. NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração (...)*, cit., pág. 19; SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «*Os deveres fundamentais (...)*», cit., pág. 542.

⁴⁶ v. SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «*Os deveres fundamentais (...)*», cit., págs. 542 e 543.

⁴⁷ v. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil (...)*, cit., pág. 21.

⁴⁸ v. NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração (...)*, cit., pág. 19.

⁴⁹ v. SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «*Os deveres fundamentais (...)*», cit., pág. 543.

Uma última nota para salientar que paralelamente ao dever de vigiar propriamente dito, também aqui a obtenção de informação assume grande relevo, só que ao contrário daquela esta destina-se a fundamentar decisões empresariais ativas e não prevenir riscos⁵⁰.

3.3 Dever de tomar decisões razoáveis

O dever de tomar decisões razoáveis⁵¹ é entendido como o principal dever dos deveres de cuidado, já que é aqui que radica o mérito das decisões tomadas, i.e., se elas foram proveitosas em termos de rentabilidade para a empresa, ou se foram prejudiciais e causadoras de danos. É nesta vertente que a função de administrar ganha maior expressividade.

Precisamente pelo facto do dever de tomar decisões razoáveis ser por vezes tão complexo, é que se concede um espaço de discricionariedade empresarial⁵², i.e., uma margem de escolha na tomada de decisões societárias em que o administrador terá que optar por aquela que considera mais apta à realização do interesse social. Todavia, esta opção mais apta de que se fala deve fazer parte de um conjunto de alternativas de decisão que seja razoável à prossecução do interesse da sociedade.

Neste sentido, o administrador não é responsável para com a sociedade, se não tomar a melhor decisão possível dentro das existentes. Ele só violará o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis se ultrapassar o âmbito de discricionariedade que lhe é conferido e optar por uma decisão, por uma alternativa que não integre o conjunto das decisões razoáveis⁵³.

Estamos, assim, perante uma obrigação de meios e não de resultado, i.e., do modo como devem ser desempenhadas as funções.

Neste contexto, há quem estabeleça critérios ou obrigações a que os administradores estão inerentes⁵⁴: i. não dissipar o património social; ii. evitar riscos desmedidos⁵⁵.

⁵⁰ v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão (...)*, cit., pág. 508.

⁵¹ No ordenamento jurídico espanhol, este dever resulta do art. 127.º *bis* da LSA.

⁵² A não ser assim, seria até “*contraproducente*”, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro (...)*, cit., pág. 105.

⁵³ v. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil (...)*, cit., pág. 22; NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração (...)*, cit., pág. 21.

⁵⁴ v. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil (...)*, cit., pág. 22.

⁵⁵ Em sentido diferente, Pedro Caetano Nunes quando afirma que numa situação de crise financeira já está em jogo a própria sobrevivência da empresa e que nesta situação forçosamente os administradores terão

No primeiro grupo, p.ex., a obrigação de o administrador não adquirir onerosamente para a sociedade um bem ou serviço que se revele sem qualquer valor patrimonial e inútil ao escopo da atividade da empresa⁵⁶. Está aqui em causa o dever de não esbanjar o património social.

No segundo grupo, a sociedade não deve poder perecer por causa de uma só decisão falhada⁵⁷.

A este dever vem acoplado o dever de tomar decisões racionais. Decisões racionais são aquelas que pressupõem coerência, lógica, sensatez. São aquelas que se conseguem explicar e fundamentar com argumentos lógicos, cujo sentido é compreensível e justificado com recurso a critérios de racionalidade empresarial.

Assim, uma decisão irracional será sempre uma decisão irrazoável. O contrário pode já não ser verdade.

4. *Business Judgment Rule*

O DL n.º 76-A/2006, de 29 de março veio consagrar no nosso ordenamento jurídico, nomeadamente no domínio da responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade, a regra jurisprudencial estadunidense⁵⁸ da BJR prevista no art. 72.º, n.º 2 do CSC.

Em termos sucintos, a BJR é uma regra que confere aos administradores um espaço de imunidade jurídica⁵⁹ no exercício do seu dever de cuidado, impossibilitando por via judicial que as suas decisões societárias sejam apreciadas quanto ao seu mérito,

que continuar a tomar riscos medidos, até porque quando se cria uma empresa já se está a tomar um risco, v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão (...)*, cit., págs. 505 e 506.

⁵⁶ v. NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração (...)*, cit., pág. 21.

⁵⁷ A esta luz, poder-se-á perguntar se os administradores de uma sociedade que aplique cerca de 90% das suas disponibilidades de tesouraria numa outra sociedade, mediante a concessão de crédito a esta (incapaz de se financiar por outra via), não violarão os deveres de cuidado a que se acham adstritos. Como se sabe, hipótese similar à aqui colocada verificou-se recentemente na «praça portuguesa», v. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil (...)*, cit., págs. 22 e 23.

⁵⁸ v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual (...)*, cit., pág. 807; BRUNO FERREIRA, *Os deveres de cuidado (...)*, cit., pág. 695; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil (...)*, cit., pág. 37; MANUEL COUTINHO DE ABREU, *A business judgment (...)*, cit., pág. 225; PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão (...)*, cit., pág. 515; SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «*Os deveres fundamentais (...)*», cit., págs. 542 e 543; VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas (...)*, cit., pág. 394.

⁵⁹ Apesar de não garantir uma imunidade jurídica total, i.e., a BJR pode excluir a responsabilidade civil que caberia aos administradores perante a sociedade. Todavia, e como já foi referido ao longo da dissertação, aquela não é a única consequência que pode advir da violação dos deveres de cuidado, p.ex., a destituição por justa causa, v. MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment (...)*, cit., pág. 237; NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração (...)*, cit., pág. 48.

quando estas tenham sido realizadas em termos informados, sem qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial, nos termos do art. 72.º, n.º 2, do CSC⁶⁰.

Assim, os administradores que tomem uma decisão societária que não se venha revelar a melhor para o interesse da sociedade⁶¹, mas que preencha os requisitos cumulativos *supra* referidos ficam protegidos de uma possível responsabilização⁶².

E, se assim é, então a BJR consagra, ao nível dos deveres de tomar uma decisão razoável, uma obrigação de meios e não de resultado⁶³. Como se disse, uma conduta conforme com o dever de cuidado.

Subjetivamente, a BJR aplica-se às decisões dos administradores, individualmente considerados, ou em colégio⁶⁴.

Objetivamente, a BJR será aplicável apenas quando tenha por objeto decisões que comportem um amplo espaço de discricionariedade e autonomia⁶⁵, livre de interesses pessoais, informadas e racionais no âmbito da atuação dos administradores. Quer isto dizer que face a condutas ou a deveres legais específicos em que os administradores se encontrem vinculados a cumprir, a BJR não tem aplicação.

5. Dever de legalidade

Raúl Ventura e Brito Correia consideravam que o administrador teria um dever “funcional”. Mais do que uma obrigação pessoal por parte dos administradores, estes

⁶⁰ Nas palavras de Nuno Calaim Lourenço, a BJR serve um propósito fundamental: o de perdoar o gestor por um mau resultado obtido no exercício cuidadoso dos seus poderes discricionários, v. NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração* (...), cit., pág. 36.

⁶¹ Neste sentido, Vânia Patrícia Filipe Magalhães afirma que mesmo na tomada de uma decisão ponderada e razoável existem riscos que o administrador não pode controlar, operando uma injustiça porque aquele atuou conforme o dever de cuidado, v. VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas* (...), cit., pág. 393.

⁶² Possível porque o não preenchimento desses requisitos não constitui uma prova automática do comportamento ilícito e da violação dos deveres legais, pois esta é uma conclusão a que o tribunal só chegará após a análise de diferentes elementos de prova produzidos no decurso da audiência de julgamento, v. BRUNO FERREIRA, *Os deveres de cuidado* (...), cit., pág. 697; NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração* (...), cit., pág. 51.

⁶³ Até porque “*não há guide lines, cada decisão é única*”, v. RICARDO COSTA, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 64.º», pág. 738.

⁶⁴ Os titulares do órgão de fiscalização não estando sujeitos ao risco empresarial inerente à tomada de uma decisão societária, não gozam da aplicação da BJR, v. NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração* (...), cit., pág. 35.

⁶⁵ Neste sentido, Pedro Caetano Nunes entende que a BJR se deve aplicar essencialmente sobre decisões de risco empresarial, nomeadamente as de planificação, de investimento e desinvestimento, e de realização ou não de determinadas operações ou negócios, v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão* (...), cit., pág. 521.

teriam que cumprir todas as obrigações a que a sociedade se achava vinculada perante terceiros. Tal dever faria parte do já dever de gestão⁶⁶.

Em sentido contrário, Coutinho de Abreu defende que o administrador não teria sempre o dever perante a sociedade de cumprir as obrigações contratuais da sociedade para com terceiros⁶⁷.

Também no sentido do autor referido *supra* se encontra a doutrina alemã ao reconhecer que nas relações entre a sociedade e os seus administradores, estes não teriam o dever de cumprir as obrigações contratuais da sociedade para com os terceiros⁶⁸. Neste sentido, é-lhes reconhecido um espaço de discricionariedade empresarial, não se considerando que eles tenham atuado de forma ilícita, se tiverem em conta os riscos de a sociedade ter de indemnizar pelo seu incumprimento⁶⁹.

Já Pedro Caetano Nunes nega que o administrador tenha perante a sociedade um dever de legalidade externa, “*enquanto refracção automática sobre a esfera jurídica do administrador, na relação contratual com a sociedade, das normas jurídicas que impõem condutas à sociedade*”⁷⁰.

Distingue, por um lado, entre as normas jurídicas que impõem condutas à sociedade tendo em vista a prossecução do interesse público ou de terceiros, e por outro, a norma jurídica que impõe a obrigação de prestação de serviços do administrador, tendo como finalidade a prossecução do interesse social, bem como de outros sujeitos.

Considera que a relação contratual do administrador com a sociedade apenas é integrada pela imposição normativa de prestação de serviço, sendo que no cumprimento da sua prestação, o administrador deverá atender às normas jurídicas que impõem condutas à sociedade, de forma a prosseguir o interesse social.

Nega, por isso, que exista uma norma jurídica que imponha que o administrador tenha um dever de legalidade externa perante a sociedade, que reproduzisse diretamente,

⁶⁶ v. RAÚL VENTURA, LUÍS BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas - Estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português – Nota explicativa do capítulo II do DL n.º 49 381 de 15 de Novembro de 1969*, Separata do BMJ, n.ºs 192, 193, 194 e 195, 1970, págs. 109-112.

⁶⁷ v. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores (...)*, cit., pág. 11, n. de rodapé 11.

⁶⁸ v. HOLGER FLEISCHER, *Aktienrechtliche Legalitätspflicht (...)*, cit., pág. 144 *apud* MARIA ELISABETE RAMOS, *Práticas restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades*, in RDS, Ano VI, vol. XI, março, 2014, pág. 135.

⁶⁹ A título de ex., pense-se numa sociedade que se encontra numa grave crise económico-financeira, v. HOLGER FLEISCHER, *Aktienrechtliche Legalitätspflicht (...)*, cit., pág. 144 *apud* MARIA ELISABETE RAMOS, *Práticas restritivas da concorrência (...)*, cit., pág. 135.

⁷⁰ v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão (...)*, cit., págs. 494 e 495.

na relação entre aquele e esta, apenas as finalidades de prossecução do interesse público ou de terceiros. Primeiro, porque tal norma não tem base legal e, segundo, por restringir o campo de aplicação da norma jurídica impositiva da prestação de serviço do administrador, negando a prossecução do interesse social.

No fundo, o dever de legalidade externa só se colocaria a partir da concretização do dever de gestão e não de forma independente dele.

Carneiro da Frada define o dever de legalidade como o conjunto de obrigações e proibições que têm como destinatários de tais normas, os administradores, seja através do cumprimento de normas prescritivas (p.ex., o art. 64.º do CSC), ou de normas proibitivas (p.ex., art. 101.º, n.º 1 do TFUE), de modo direto e imediato⁷¹.

Este dever comportaria uma dupla vertente⁷².

Num primeiro sentido, o dever de legalidade expressaria um conceito-quadro, ou um conceito-resumo, que abrangeria a multiplicidade de todos aqueles deveres que sujeitam os administradores. Nesta perspetiva mais geral estariam aqui os deveres de conduta propriamente ditos, i.e., os deveres impostos por normas impositivas, bem como as proibições de comportamento, resultantes de regras proibitivas.

Num segundo sentido, o dever de legalidade ganha autonomia, na medida em que representa uma adstrição fundamental, distinta, que decorre mediatamente, para os administradores, da sujeição da sociedade a regras proibitivas e impositivas.

Chegados até aqui, coloca-se a questão de saber, se os administradores respondem pela violação deste dever perante a sociedade, i.e., se são ou não responsáveis pelas infrações de normas que vinculam a sociedade⁷³. A resposta não poderá deixar de ser positiva.

O ponto de partida é reconhecermos a distinção entre a violação eficiente do contrato e a violação eficiente da lei.

⁷¹ v. MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores?*, in RDS, Ano IV, vol. VIII, outubro, 2012, págs. 65-67.

⁷² v. MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *O dever de legalidade (...)*, cit., págs. 67-70.

⁷³ Questão diferente é a de saber se os administradores respondem pessoalmente perante terceiros pela violação do dever de legalidade. Como se sabe, em princípio, é a sociedade que se apresenta externamente responsável perante terceiros, através do poder representativo daqueles. Contudo, o OLG Köln no Ac. de 9 de março de 2015 condenou pessoalmente o administrador de uma sociedade de responsabilidade limitada, nos mesmos termos que esta perante terceiros, por violação de direitos de autor. Ora, tal decisão veio “romper” com o entendimento do Supremo Tribunal alemão (I ZR 242/12) que entendia o dever organizacional do administrador como um dever interno, i.e., apenas perante a empresa e não perante terceiros. Este só admitia a sua exceção com base em dois critérios: i. que o administrador que violou o dever tenha sido parte ativa na tomada de decisão; ii. que o administrador tenha conhecimento dessa violação.

Quer no ordenamento jurídico nacional, quer no alemão, a atuação do administrador que viole uma norma proibitiva ou impositiva é uma conduta ilícita.

Relativamente ao incumprimento de obrigações da sociedade com terceiros, em virtude de decisões tomadas pelo administrador, a doutrina alemã reconhece um espaço de autonomia e, como tal, nesse âmbito não atua ilicitamente.

Neste particular, Pedro Caetano Nunes defende que, regra geral, a observância de normas jurídicas que impõem condutas à sociedade é do interesse dos sócios (e dos restantes sujeitos), uma vez que a sua inobservância pode conduzir ao pagamento de sanções pecuniárias, ou até mesmo colocar em causa a imagem e a atividade económica da sociedade⁷⁴.

Acrescenta ainda que nas situações em que o administrador observe as normas impositivas à sociedade, com finalidades de interesse público, ainda que haja prejuízo para o interesse social, este dificilmente violará o dever de gestão, concluindo que a infração às normas impositivas que vinculam a sociedade constitui uma violação desse dever⁷⁵.

6. Responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade

Não sendo desiderato desta dissertação discorrer acerca dos pressupostos de responsabilidade civil, vamos apenas fazer deles uma alusão com uma finalidade meramente expositiva.

O que releva, para este efeito, é a responsabilidade civil dos administradores face à sociedade por eventuais danos que eles possam ter causado.

O art. 72.º, no seu n.º 1 consagra que: “*os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa*”.

Como se pode aferir do art. *supra* indicado, os pressupostos exigidos para haver lugar a uma ação de responsabilidade civil contra os administradores são os mesmos que são exigidos para a responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos: i. facto voluntário (atos ou omissões); ii. ilicitude (violação de deveres legais ou contratuais); iii.

⁷⁴ v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão (...)*, cit., pág. 495. Veja-se, a título de exemplo, os arts. 71.º, n.º 1, als. a. e b. da LdC.

⁷⁵ v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão (...)*, cit., pág. 495.

culpa (juízo de censurabilidade do comportamento do sujeito); iv. nexos de causalidade; v. dano.

Por sua vez, a violação dos deveres legais ou contratuais remonta ao art. 64.º, n.º 1, do CSC.

A ilicitude, neste contexto, é entendida como uma desconformidade entre a conduta efetivamente praticada pelo administrador e aquela que deveria ter sido operada, imposta pela ordem jurídica. Neste sentido, assume-se como uma infração de deveres jurídicos que exibem contrariedade por parte do infrator em relação aos valores tutelados pela ordem jurídica.

Esta tem que ser devidamente conjugada com o art. 72.º, n.º 2, do CSC que estabelece a BJR. São os administradores que beneficiam desta regra que têm o ónus de provar os seus requisitos. Esta opera ao nível da ilicitude.

Todavia, se a BJR não se aplicar é a própria sociedade lesada que terá que provar os requisitos de responsabilidade civil.

Para além disso, o art. 72.º, n.º 1, do CSC consagra uma presunção de culpa que recai sobre o administrador. Em última instância, para afastar a responsabilidade, caber-lhe-á afastar a presunção de culpa, provando que o ato de gestão foi praticado com o cuidado e com a diligência de um gestor criterioso e ordenado (art. 64.º, n.º 1, al. a do CSC) e não o do “bom pai de família” (art. 487.º, n.º 2, do CC). Aqui a diligência opera ao nível da culpa⁷⁶.

Segundo os ensinamentos de Antunes Varela, dano é: “*a perda in natura que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar*”⁷⁷.

Neste sentido, dano patrimonial seria aquele dano que diminui o património do lesado, ao invés, o dano não patrimonial não diminuiria em si diretamente o património do lesado, mas afetaria outros bens jurídicos como a saúde, a vida, a honra, ou o bem-estar.

⁷⁶ Ainda que com uma posição um pouco mitigada de Carneiro da Frada, uma vez que defende que a diligência, não obstante o seu papel mais modesto no pós-reforma de 2006, continua a desempenhar “um critério especificador de conduta objetivamente exigível do administrador pelo art. 64.º, n.º 1, al. a.”, v. MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment (...)*, cit., págs. 210 e 211. No mesmo sentido, v. MANUEL BROSETA PONT, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, *Introducción y estatuto del empresario, Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, Derecho de Sociedades*, 11.ª ed., 2002, Editorial Tecnos. Em sentido contrário, v. SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «*Os deveres fundamentais (...)*» cit., págs. 518-528.

⁷⁷ v. JÓAO ANTUNES VARELA, *Das obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., julho, 2008, Almedina, pág. 598.

Tendo em conta a chamada teoria da diferença, acolhida nos arts. 562.º e 566.º do CC, o dano patrimonial traduzir-se-ia na diferença entre o estado atual do património do lesado e o estado em que ele se encontraria, no mesmo momento, não fosse o acontecimento que deu lugar à indemnização⁷⁸.

O dano patrimonial ainda se desdobra em dois tipos: os danos emergentes e os lucros cessantes (art. 564.º, n.º 1, do CC). Pelo primeiro entende-se uma diminuição no património existente, e pelo segundo o seu não aumento.

Finalmente, importa agora aludir aos meios que a sociedade tem ao seu dispor para responsabilizar civilmente os administradores: a ação social *ut universi* (ação da sociedade) e a ação social *ut singuli* (ação do sócio), previstas nos arts. 75.º e 77.º respetivamente do CSC.

A ação *ut universi* é proposta pela própria sociedade tendo que haver deliberação por parte da AG nesse sentido, num prazo de seis meses a contar da referida deliberação.

A ação social *ut singuli* pode ser proposta pelos sócios da sociedade que detenham, pelo menos, 5% do capital social, ou 2% na situação de uma sociedade emitente de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado.

Assim, face a uma eventual inércia por parte da sociedade em intentar uma ação contra os administradores infratores, existe a possibilidade de os sujeitos referidos *supra* se sub-rogarem à sociedade e intentarem eles próprios uma ação de responsabilidade contra aqueles sempre com vista a uma reparação integral dos danos sofridos por ela⁷⁹.

Todavia, atente-se no carácter subsidiário que resulta da parte final do art. 77.º, n.º 1, do CSC: “(...) *quando a mesma a não haja solicitado*”. Deste modo, será sempre necessário que a AG tenha deliberado não propor a ação social de responsabilidade ou então que tenha deliberado propor, só que não o tenha feito dentro do prazo consagrado⁸⁰, a fim de os sócios *supra* elencados poderem dispor de tal meio.

⁷⁸ v. JÓAO ANTUNES VARELA, *Das obrigações (...)*, cit., pág. 599; Cf. art. 3.º, n.º 2, da DdPE.

⁷⁹ Neste sentido, a ação social *ut singuli* não permite o ressarcimento de danos indiretos causados a sócios, não obstante poderem igualmente ser ressarcidos por essa via, v. MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, DIOGO COSTA GONÇALVES, *A acção ut singuli (de responsabilidade civil) e a relação do Direito Cooperativo com o Direito das Sociedades Comerciais*, in RDS, Ano I, n.º 4, 2009, págs. 904-906; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Função da acção social «ut singuli» e a sua subsidiariedade*, in DSR, vol. VI, 2011, págs. 164 e 165.

⁸⁰ v. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Função da acção social (...)*, cit., págs 175-178.

CAPÍTULO II – AS PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA

1. Noções Gerais

O regime jurídico da concorrência nacional é atualmente regulado pela LdC⁸¹ e pelos arts. 101.º SS. do TFUE.

A fim de garantir as finalidades do direito de concorrência⁸², a legislação deste ramo do direito assenta em quatro pilares: i. a proibição de acordos entre empresas restritivos da concorrência; ii. a proibição de abusos de posição dominante por parte das empresas; iii. o controlo das concentrações de empresas; iv. o controlo dos auxílios públicos que os Estados prestam às empresas.

A figura das práticas restritivas da concorrência insere-se no primeiro pilar, prevista nos arts. 101.º do TFUE e 9.º e 10.º da LdC.

Cabe-nos justificar a escolha desta figura.

Em primeiro lugar, porque nem todas as práticas restritivas da concorrência são proibidas. Assim, casos há em que estas são permitidas ou justificadas verificados determinados requisitos.

Em segundo lugar, as práticas restritivas da concorrência, nomeadamente os cartéis para além de poderem ser particularmente rentáveis para as empresas nelas participantes, constituem uma das práticas mais gravosas do direito de concorrência⁸³.

Por último, estas práticas beneficiam de regimes de resolução de litígios extrajudiciais, p.ex., o regime de clemência e o regime de transação.

⁸¹ Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

⁸² Quanto às suas finalidades, entre nós, MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência, Uma Introdução Jurisprudencial*, 2008, Almedina, págs. 7-32; Cf. v. SOFIA OLIVEIRA PAIS, *Entre Inovação e Concorrência – Em defesa de um modelo europeu*, outubro, 2011, Universidade Católica Editora, págs. 61-77. Além-fronteiras, v. ALISON JONES, BRENDA SUFRIN, *EC Competition Law – Text, Cases and Material*, 3ª ed., 2008, New York: Oxford University Press págs. 3-18; Cf. RICHARD WHISH, DAVID BAILEY, *Competition Law*, 7.ª ed., 2012, New York: Oxford University Press, págs. 19-24.

⁸³ Richard Wish e David Bailey disso mesmo dão conta: “*Horizontal agreements (...) are the most obvious target for any system of competition law*”. Voltando a sublinhar a mesma ideia: “*There is a very real sense today among the world’s competition authorities that, if competition law is about one thing above all, it is the detection and punishment of hard-core cartels*”, v. RICHARD WHISH, DAVID BAILEY, *Competition (...)*, cit., págs. 513 e 514; No mesmo sentido, Alison Jones e Brenda Sufrin sustentam que de todos os acordos, os cartéis são aqueles que mais violam os princípios de um mercado livre, na medida em que os operadores atentam especificamente em eliminar ou limitar a livre concorrência, sem qualquer contrapartida, ou objetivo que possa gerar benefícios, admitindo que: “*It is clear today that most competition authorities are agreed, that one of the, if not the, most important objective of the competition rules is to detect, punish, prevent, and eliminate the operation of hard-core cartels*”, v. ALISON JONES, BRENDA SUFRIN, *EC Competition (...)*, cit., pág. 866. Entre nós, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *Práticas restritivas da concorrência (...)*, cit., pág. 115.

No panorama do direito concorrencial vigora o chamado princípio da estratégia empresarial⁸⁴, princípio segundo o qual cada operador económico independente deve decidir de forma autónoma a sua política comercial⁸⁵. A não ser assim, existiria uma menor incerteza, o que conduziria a uma menor concorrência, e, como tal, a um menor bem-estar do consumidor.

É neste contexto que surge a proibição das práticas restritivas de concorrência, como regra geral, de acordo com os arts. 101.º, n.º 1, do TFUE e 9.º, n.º 1, da LdC.

O n.º 2 dos arts. *supra* vêm estabelecer a consequência jurídica para a infração das normas que proíbem este tipo de acordos: a nulidade⁸⁶.

As als. a. e b., do n.º 3, do art. 101.º do TFUE, bem como o art. 10.º, n.º 1, als. a., b., c., da LdC vêm permitir uma exceção à regra geral do n.º 1 consagrando a sua aplicação. Neste sentido, sempre que se verifique o preenchimento cumulativo de quatro requisitos⁸⁷ estaremos perante práticas restritivas concorrenciais permitidas.

De salientar que estas se podem reconduzir a três tipos: i. acordos em sentido estrito, onde teríamos os acordos verticais e horizontais, ii. as decisões de associação de empresas, iii. as práticas concertadas.

É, todavia, nos acordos horizontais que surge a figura dos cartéis que consiste em acordos entre duas ou mais empresas localizadas na mesma fase do processo produtivo⁸⁸ e que influenciam o funcionamento concorrencial do mercado, através de algumas das condutas tipificadas, tais como fixação de preços, partilha de mercados ou clientes, partilha de informação, limitação na produção ou nas vendas, imposição de quotas, bem como a troca de informações individualizada sobre intenções futuras em matéria de preços (ou quantidades).

⁸⁴ Princípio que é, aliás, referido no Ac. do TRL de 7-11-2007, proc. 7251/2007-3, rel. Carlos Almeida, disp. em <http://www.dgsi.pt>.

⁸⁵ No Ac. Viho, proc. C-73/95P, par. 18, disp. em <http://curia.europa.eu/> faz-se uma alusão daquilo que poderá ser considerado a autonomia comercial de uma empresa ou o seu poder de decisão no mercado, nomeadamente: a sua linha de ação, o momento que o bem poderá ser lançado, as marcas, a política deste, bem como as suas características.

⁸⁶ Ainda que no Ac. Consten Grundej de 13-07-1966, proc. 56/64 e 58/64, disp. em <http://curia.europa.eu/> seja afirmado que só são nulas as cláusulas restritivas da concorrência, não sendo, portanto, abrangido todo o acordo.

⁸⁷ A saber: i. o acordo tem que melhorar a produção ou distribuição, contribuindo para o progresso técnico e económico; ii. tem que ser um acordo produtor de vantagens, lucros ou benefícios para os consumidores; iii. indispensabilidade do acordo para a existência dos benefícios; iv. o acordo não pode eliminar a concorrência atual ou potencial.

⁸⁸ A título de ex.: dois produtores, ou dois distribuidores.

2. Responsabilidade civil dos administradores no âmbito das práticas restritivas da concorrência

Encerrados, quer o tema dos deveres fundamentais dos administradores, quer o tema das práticas restritivas de concorrência, temos agora condições para perceber as especificidades da responsabilidade daqueles perante a sociedade no âmbito destas.

O direito da concorrência nacional encontra-se adaptado ao direito da concorrência comunitário, sendo que se aplica subjetivamente às empresas, de forma direta e imediata.

O conceito de empresa⁸⁹ que entre nós é acolhido no art. 3.º da LdC é um conceito centrado na autonomia económica e não na autonomia jurídica, uma vez que empresa pode ser uma pessoa singular, coletiva, ou entidade desprovida de personalidade jurídica que prossiga uma atividade económica⁹⁰.

No panorama do direito societário são as empresas, enquanto entes dotados de personalidade jurídica, que são responsáveis por qualquer infração de normas jusconcorrenciais. Como se disse, são estas que se apresentam externamente responsáveis perante terceiros, em princípio.

Neste sentido, e para o que releva, o art. 73.º, n.º 1 da LdC prevê que: *“Pela prática de contraordenações previstas na presente lei podem ser responsabilizadas (...) pessoas colectivas (...)”*. O n.º 2, al. a. vem complementar o n.º anterior: *“As pessoas coletivas (...) respondem pelas contraordenações (...) quando cometidas em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança”*. Este conceito consta do n.º 3 do mesmo art.: *“Entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e os representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade”*.

Ora, os arts. 67.º e 68.º, n.º 1, al. a. da LdC configuram práticas restritivas de concorrência como uma contraordenação suscetível, por isso, de ser sancionada com a aplicação de uma coima e, bem assim, de sanções acessórias, como prevê o art. 71.º da

⁸⁹ Conceito que começou por ser definido pelo TJ num dos Acs. mais significativos, v. Ac. Höfner de 23-04-1991, proc. C-41/90, par. 21, disp. em <http://curia.europa.eu/> onde salienta que: *“...no âmbito do direito de concorrência o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento”*.

⁹⁰ Conceito também ele discutido no Ac. Wouters de 19-02-2002, proc. C-309/99, par. 47; Ac. Poucet et Pistre de 17-02-1993, proc. C-159/91 e C-160/91, par. 20; Ac. Albany de 21-09-1999, proc. C-67/96, pars. 71-87; Ac. Selex de 27-02-2007, proc. C-113/07, pars. 69-82. Todos os Acs. disp. em <http://curia.europa.eu/>. Entre nós, sobre o escopo da sociedade, v. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, vol. II, Das Sociedades*, 4ª ed., janeiro, 2014, Almedina, págs. 15-22.

mesma. Estas podem consistir ou na publicação da decisão de condenação dessa empresa infratora⁹¹ (art. 71.º, n.º 1, al. a.), ou na privação do direito de participação em procedimentos de formação de contratos (art. 71.º, n.º 1, al. b.) o que pode conduzir a eventuais perdas de oportunidades de negócio societárias⁹².

Por outro lado, sabe-se que os administradores de sociedades comerciais, no exercício das suas funções, devem observar deveres de lealdade e deveres de cuidado, deveres fundamentais consagrados nos arts. 64.º, n.º 1, al. a. e b. do CSC.

Posto isto, pergunta-se se os administradores na tomada das suas decisões, nomeadamente na participação da sociedade que administram em práticas restritivas concorrenciais estarão a violar os seus deveres fundamentais perante esta, de modo a que possamos afirmar que a mesma disponha de fundamento jurídico que lhe permita acionar uma ação de responsabilidade civil contratual. Ou seja, se os administradores serão civilmente responsáveis perante a sociedade, face aos danos que esta possa vir eventualmente a ter, nomeadamente os *supra* referidos.

Como vimos, as práticas restritivas concorrenciais, regra geral, constituem uma infração às regras jusconcorrenciais.

Também sabemos que os pressupostos de responsabilidade civil que têm que estar verificados para a sociedade poder ver ressarcidos os seus danos estão consagrados no art. 72.º, n.º 1 do CSC: i. facto voluntário, ii. facto ilícito, iii. culpa, iv. dano, v. nexo de causalidade.

Foi igualmente mencionado que os pressupostos de responsabilidade civil dos administradores no âmbito das práticas restritivas concorrenciais que ganham especial relevo são a ilicitude e o dano.

Importa agora tecermos algumas considerações à infração das normas concorrenciais que proíbem estas práticas.

Não restam dúvidas de que, se o órgão de administração tomar uma decisão de participação num cartel no interesse da sociedade, em princípio, tal ato constitui um facto voluntário e ilícito por parte desta. Tal constitui igualmente uma violação dos deveres de cuidado a que os administradores devem obedecer.

Assim, esta violação pode resultar de um ineficaz dever de vigilância ao desempenho de quem tomou essa decisão. Afinal, o dever de vigiar aplica-se nas relações

⁹¹ Os chamados custos reputacionais, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *Práticas restritivas da concorrência* (...), cit., pág. 134.

⁹² v. MARIA ELISABETE RAMOS, *Práticas restritivas da concorrência* (...), cit., pág. 108.

entre os administradores. Se algum dos administradores tomou uma decisão societária ilícita, caberá aos outros vigiar esse desempenho a fim de preveni-lo. Se não o fazem, então violam o referido dever.

Segundo, pode resultar num deficiente dever procedimental de preparar adequadamente a decisão. Assim, imaginemos que administradores de uma sociedade-mãe detentora em menos de metade do capital social de uma sociedade-filha celebravam acordos verticais no sentido de proibir a venda de bens comercializados num determinado território. Tal decisão, em princípio, consubstanciaria uma modalidade de prática restritiva concorrencial e, por isso, suscetível de se aplicar, quer o art. 101.º, n.º 1 do TFUE, quer o art. 9.º, n.º 1 da LdC daí decorrendo possíveis danos para a sociedade. Todavia, se os administradores tivessem atuado de modo informado saberiam que só na hipótese de a sociedade-mãe deter pelo menos metade do capital social da sociedade-filha é que conduziria a uma desaplicação dos arts. *supra* e, como tal, “fugiria” a uma eventual proibição de acordos restritivos da concorrência⁹³.

Com efeito, se os administradores que adotaram esta decisão a houvessem preparado melhor a mesma não seria (ou não deveria ser) tomada.

Também se pode dar o caso de os administradores conhecerem perfeitamente os seus limites legais, e simplesmente não adotarem uma conduta conforme a lei. Neste sentido, os administradores estão dotados de toda a informação disponível à tomada de uma decisão racional e razoável, mas decidem simplesmente ignorar. Parece-nos que há aqui uma clara violação do dever de legalidade, ou daquele que constitui o cerne dos deveres de cuidado, na sua vertente, o dever de tomar decisões razoáveis.

A este propósito já foi indicado no tema do dever de legalidade, que os administradores devem observar uma conduta que seja conforme a lei, uma conduta que a não contrarie. Tal dever é entendido também como um dever perante a sociedade que os administradores devem observar, como um dever que no fundo decorre também dos deveres de cuidado.

⁹³ Como se sabe, o exemplo proposto reconduz à teoria da doutrina da unidade económica, segundo o qual um acordo não cairá no âmbito de aplicação do art. 101.º, n.º 1 do TFUE, se a relação entre uma e outra empresa for tão próxima que economicamente elas constituam uma unidade económica (p.ex., a maioria do capital social), relevando aqui o elemento da autonomia económica. No ex. *supra*, no caso de a sociedade-mãe deter menos de metade do capital social da sociedade-filha, entende-se que há aplicação do art. 101.º, n.º 1 do TFUE, uma vez que há um acordo entre empresas, e não apenas uma conduta unilateral. v. Ac. Viho de 24-10-1996, proc. C-73/95P, pars. 16-18, disp. em <http://curia.europa.eu/>. Não obstante o que foi dito poderá haver uma eventual aplicação do art. 102.º do TFUE, observados os seus requisitos, v. SOFIA OLIVEIRA PAIS, *Entre Inovação e Concorrência* (...), cit., págs. 449-518.

Semelhante opinião é seguida no ordenamento jurídico alemão de que nas “*relações externas*”, ou seja, nas relações entre a sociedade e terceiros, os administradores devem respeitar as normas prescritivas que se dirigem à empresa, nomeadamente as que decorrem do regime jurídico de concorrência⁹⁴.

Entendemos que o dever de legalidade faça mais sentido nestes últimos casos quando os administradores agem com dolo na tomada das suas decisões, violando explicitamente a lei. Em primeiro, porque não retiraria espaço de atuação ao dever de preparar adequadamente as decisões. Neste, os administradores simplesmente desconheciam, em virtude de não se terem dotado de toda a informação disponível, caso contrário não teriam tomado a decisão. Em segundo, aqueles que tivessem agido com dolo não beneficiariam da proteção da BJR ao nível dos deveres de cuidado, pois esta não reconhece discricionariedade empresarial daqueles no incumprimento da lei. Entendemos que os administradores atuando com dolo e violando a lei não são merecedores do “manto protetor” da BJR.

Contudo, o n.º 3 do art. 101.º do TFUE, bem como o art. 10.º, n.º 1 da LdC vêm permitir a sua aplicação, vindo a consagrar uma exceção a essa proibição, sempre que estiverem preenchidos os quatro requisitos cumulativos já referidos.

Assim, tais acordos restritivos de concorrência não serão nulos ao abrigo do art. 101.º, n.º 2 do TFUE, ou do art. 9.º, n.º 2 da LdC, mas sim justificados.

Aliás, esta exceção é motivada pelo facto de se reconhecer que a figura das práticas restritivas concorrenciais pode ter efeitos a favor da eficiência económica⁹⁵.

De uma maneira geral, os efeitos positivos do acordo restritivo da concorrência têm que ser superiores aos negativos.

Neste caso, podemos afirmar que não há ilicitude resultante da conduta da sociedade e, por consequência, da conduta do administrador. Não há uma desconformidade da conduta praticada e da conduta normativamente imposta. Pelo contrário, tais acordos são justificados e permitidos.

Não existindo ilicitude, também inexistente culpa. Vale isto por dizer que a sociedade não pode fundamentar uma ação social de responsabilidade contra os administradores, uma vez que desde logo, esses dois requisitos não se verificam.

⁹⁴ v. HOLGER FLEISCHER, *Aktienrechtliche Legalitätspflicht* (...), cit., pág. 144, *apud* MARIA ELISABETE RAMOS, *Práticas restritivas da concorrência* (...), cit., pág. 134.

⁹⁵ v. Comunicação da Comissão das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do art. 81.º do Tratado, JO C 101 de 29-04-2004, ou do Regulamento (EU) n.º 330/2010 relativo à aplicação do art. 101.º, n.º 3 do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

Com efeito, aqueles ao participarem num acordo restritivo da concorrência, mas justificados ao abrigo dos arts. *supra* referidos não violam os seus deveres legais.

É de realçar, contudo, que cartéis, ou acordos horizontais muito dificilmente conseguirão preencher os requisitos necessários à justificação de um acordo restritivo, e, por conseguinte, à sua aplicação, nomeadamente os de fixação de preços, partilha de mercados, e restrição na produção⁹⁶. Pensamos que esta informação será especialmente importante de obter, tratar e ponderar para depois os administradores estarem em melhores condições de tomar uma decisão.

Acompanhamos aqui o entendimento da procedimentalização do dever de tomar decisões razoáveis. Mais do que este, é importante que os administradores estejam dotados de toda a informação que conduza à tomada de uma decisão adequada.

Posto isto, sabemos que pelo DL 76-A/2006, de 29 de março, foi introduzida a BJR, regra que vem limitar de forma significativa a responsabilidade daqueles no aos deveres de cuidado diz respeito.

Como se disse, esta regra só opera no espaço da discricionariedade empresarial, ou seja não opera ao nível dos deveres de lealdade, ou deveres específicos legais, mas opera ao nível dos deveres de cuidado.

No regime jurídico concorrencial vigoram normas imperativas e proibitivas, como são os casos dos arts. 9.º e 10.º da LdC, bem como o art. 101.º do TFUE.

Ora acontece que aqui não existe discricionariedade. Se não existe discricionariedade, mas sim condutas vinculativas que as empresas estão diretamente adstritas a seguir, e por consequência mas de forma indireta os administradores que têm de atuar no interesse destas, a BJR não tem aqui aplicação.

Também no ordenamento jurídico alemão é referido que no espaço de discricionariedade empresarial dos administradores não há lugar à violação de normas legais imperativas⁹⁷.

Concluído um dos pressupostos de responsabilidade civil dos administradores resta debruçarmo-nos sobre o outro: o dano.

Assim, se não houver dano, também não há responsabilidade civil, mesmo que esteja em causa um ilícito concorrencial e culposo. Afinal de contas, a sociedade quer ser ressarcida dos danos de que foi alvo.

⁹⁶ v. RICHARD WHISH, DAVID BAILEY, *Competition* (...), cit., págs. 512-533.

⁹⁷ v. HOLGER FLEISCHER, *Aktienrechtliche Legalitätspflicht* (...), cit., pág. 149, *apud* MARIA ELISABETE RAMOS, *Práticas restritivas da concorrência* (...), cit., pág. 142.

Tal como afirma Maria Elisabete Ramos “*não se pode negar que pode haver casos em que as rendas resultantes da infração anti concorrencial são superiores às diminuições causadas pela coima e sanções acessórias*”⁹⁸.

No caso em que as empresas participantes de práticas restritivas concorrenciais acabam ainda assim, por obter mais lucros do que prejuízos, contabilizado a eventual aplicação da coima e de outras sanções, não há razão para se falar em responsabilidade civil.

Assim, os administradores da sociedade podem não ter atuado conforme a lei, e por isso haver preterição dos seus deveres, nomeadamente o de cuidado, contudo, isso não justifica uma ação social de responsabilidade por parte da sociedade contra aqueles.

Mais uma vez se alerta para o facto de que não ser motivado uma ação no âmbito da responsabilidade civil, não significa que os administradores estejam escudados de toda e qualquer sanção que vá para além da fixação de indemnização, p.ex., a destituição por justa causa.

Situações diferentes são aquelas em que existe dano para a sociedade, mas em que o seu montante é alterado pela consideração de outros regimes, como o da clemência e o da transação.

O programa de clemência é, portanto, “*um instrumento relevante na aplicação pública das regras da concorrência, designadamente no combate aos cartéis*”⁹⁹.

Este programa que surge em vários diplomas legais¹⁰⁰, foi introduzido muito principalmente para combater os cartéis, que pela sua natureza secreta são de difícil deteção e, por isso, tendem a prolongar-se ao longo dos anos¹⁰¹⁻¹⁰².

Através deste programa, a ComE e as AdC têm o poder de conceder imunidade à primeira empresa que denunciar o acordo restritivo de concorrência em causa (art. 77.º

⁹⁸ v. MARIA ELISABETE RAMOS, *Práticas restritivas da concorrência (...)*, cit., pág. 143. A nível jurisprudencial v. Ac. do TRL de 07-11-2007, rel. Carlos Almeida, proc. 7251/2007-3, que confirma a decisão da AdC relativo ao pagamento da coima no valor de quase 1 milhão de euros, pela participação num cartel de sal de duas empresas. À semelhança do exemplo jurisprudencial dado atrás, v. Ac. do TRL de 29-01-2014, rel. Maria da Graça Santos Silva, proc. 18/12.0YUSTR.E1.L1-3. Todos os Acs. estão disp. em <http://www.dgsi.pt>.

⁹⁹ v. MARIA ELISABETE RAMOS, *Práticas restritivas da concorrência (...)*, cit., pág. 115.

¹⁰⁰ Desde a LdC nos arts. 70.º e 75.º SS, mas também no Regulamento 1/2013 que prevê o procedimento relativo à tramitação para a obtenção de dispensa ou redução da coima nos termos da LdC, e ainda na DdPE, nomeadamente no art. 2.º, pontos 15 e 16.

¹⁰¹ Aliás, o art. 75.º da LdC menciona que o âmbito objetivo deste regime é o das práticas restritivas da concorrência.

¹⁰² Como exemplo mais recente no panorama nacional, o cartel da banca, onde o Montepio entregou um pedido de clemência para ver reduzida uma eventual aplicação da coima, na sequência de uma investigação aberta pela AdC em dezembro de 2012.

da LdC). As restantes empresas que se seguirem e que fornecerem informação relevante terão uma atenuação especial no montante da coima a pagar (art. 78.º da LdC).

O art. 77.º da LdC vem referir quem são os sujeitos que podem beneficiar da dispensa de coima: i. as empresas; ii. os titulares do órgão de administração das pessoas coletivas e entidades equiparadas; iii. os responsáveis pela direção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada alguma contraordenação, responsáveis nos termos do disposto no n.º 6 do art. 73.º.

Temos aqui um caso em que a lei admite que a sociedade violadora de normas concorrenciais mantenha consigo, ou seja, na sua esfera jurídica os lucros advindos dessa infração¹⁰³, quando ocorra um pedido de dispensa da coima a pagar, decorrente ou não de uma investigação, seja da parte da ComE, seja da parte das AdC.

Nesta situação, continuamos a ter um facto voluntário, ilícito e presumivelmente culposo. Nas palavras de Maria Elisabete Ramos, “*o regime de clemência não constitui uma causa de exclusão ou de limitação da responsabilidade civil*”¹⁰⁴. É pelo facto de poder não haver dano, que pode não existir responsabilidade civil.

Não há responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade pelas decisões tomadas.

Tudo aquilo que foi dito acerca do programa de clemência se passa nos mesmos termos no regime de transação¹⁰⁵, que também constitui outro meio alternativo de resolução de litígios que permite uma redução da coima a pagar, com a possibilidade desta redução ser cumulada com o da clemência (art. 27.º, n.º 9 da LdC). Normalmente este regime de transação distingue-se da clemência, em virtude de no primeiro já se ter encetado uma investigação, sendo a empresa visada “convidada” a apresentar a proposta de transação.

Ambos são, portanto, instrumentos de aplicação pública do direito de concorrência que zelam por um melhor funcionamento da concorrência, sem distorções.

Todavia, quer um, quer outro constituem sérios obstáculos à aplicação privada do direito de concorrência, como nota o ponto 26 da DdPE.

Assim, quer a empresa que beneficie do regime de clemência, quer outra que beneficie do regime de transação vão admitir que incorreram num ilícito concorrencial, passando a haver uma decisão condenatória com a respetiva sanção.

¹⁰³ v. MARIA ELISABETE RAMOS, *Práticas restritivas da concorrência* (...), cit., pág. 143.

¹⁰⁴ v. MARIA ELISABETE RAMOS, *Práticas restritivas da concorrência* (...), cit., pág. 143.

¹⁰⁵ Previsto nos arts. 22.º e 27.º da LdC, bem como no art 2.º da Diretiva 2014/104/UE, pontos 18 e 22.

Ora, decorrente da ação condenatória imposta, quer pela ComE, quer pelas AdC, outros lesados poderão “aproveitar a oportunidade” de ver os seus danos ressarcidos, com base na decisão imposta¹⁰⁶.

Acontece que, se por um lado essas empresas assistiriam a uma redução da coima, ou até mesmo à sua dispensa, por outro lado iriam ser responsáveis no âmbito de ações indemnizatórias intentadas pelos sujeitos lesados.

Deste modo, tem que haver um certo cuidado do *private enforcement* para não colidir com os objetivos da aplicação pública do direito de concorrência. Este zela pelo bom funcionamento do mercado interno. Aquele zela pela tutela de eventuais lesados no âmbito concorrencial, em que estes pretendem ver ressarcidos os seus danos, através de ações indemnizatórias¹⁰⁷.

É neste contexto que surge a DdPE, que no art. 1.º, n.º 1 vem estabelecer “*certas regras necessárias para assegurar que quem sofra danos causados por uma infração ao direito da concorrência por uma empresa ou associação de empresas possa exercer efetivamente o direito a pedir a reparação integral desses danos por essa empresa ou associação*”.

O n.º 2 do mesmo art. vem apelar a uma articulação entre o âmbito de aplicação privado e público do direito de concorrência.

Um dos exemplos em que mais se nota esse aspeto é precisamente no regime de clemência e de transação segundo o ponto 6 da DdPE.

Por um lado é reconhecido o direito à reparação integral do dano¹⁰⁸ (art. 3.º) às pessoas singulares e coletivas, por outro, são-lhes negado o acesso às “*declarações incriminatórias, como sejam as declarações de clemência e propostas de transação*” (...) “*para assegurar que as empresas continuem dispostas a apresentar voluntariamente às AdC declarações de clemência ou propostas de transação*”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ As chamadas *follow on actions*.

¹⁰⁷ v. MIGUEL SOUSA FERRO, *A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da concorrência*, 2015, Almedina.

¹⁰⁸ É o próprio direito de concorrência europeu que reconhece, através dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, direitos e obrigações aos particulares, sejam eles empresas ou consumidores. Neste sentido, v. Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos arts. 101.º e 102.º do TFUE (2013/C 167/07), ponto 4, bem como a DdPE de 26-11-2014, ponto 3. A nível jurisprudencial, os Acs. *Courage v Crehan* de 22-03-2001, proc. C-453/99, par. 24, SS. e *Manfredi* de 13-07-2006, proc. C-295/04 a C-298/04, pars. 17, 39, 54, SS., afirmam que as pessoas lesadas com as infrações decorrentes dos arts. 101.º e 102.º do TFUE têm o direito de pedir a reparação do dano sofrido. Todos os Acs. estão disp. em <http://curia.europa.eu/>.

¹⁰⁹ Ponto 26 da DdPE.

De facto, um dos aspetos que veio a ser regulado na DdPE foi a divulgação dos elementos de prova e as condições em que esta é realizada.

A Diretiva atribui extensos poderes aos tribunais nacionais para ordenar a entrega e a divulgação de prova (art. 5.º) com exceção dos documentos *supra* identificados a fim de que “os lesados continuem a dispor de alternativas suficientes para obter acesso aos elementos de prova relevantes de que necessitam para instruir as suas ações de indemnização¹¹⁰” (ponto 27).

A nova DdPE veio auxiliar de certa forma os privados a verem ressarcidos os seus danos, uma vez que ao nível do âmbito de aplicação privado do direito de concorrência, apenas a nulidade é que teria vocação ressarcitória.

Todavia, à nulidade consagrada nos arts. 101.º, n.º 2 do TFUE e no art. 9.º, n.º 2 da LdC acresce o duvidoso efeito reparador nos acordos restritivos de concorrência, uma vez que com aquela há restituição de tudo aquilo que foi prestado. Ora os benefícios obtidos através destes são conseguidos sem haver lugar a qualquer prestação, de modo que a nulidade dificilmente poderia restituir e reparar.

Ainda no âmbito de aplicação privada do direito de concorrência podemos destacar a arbitragem¹¹¹, como meio de resolução alternativo de litígios.

¹¹⁰ Neste sentido, o Ac. Pfeiderer de 14-06-2011, proc. C-360/09, pars. 19-32, disp. em <http://curia.europa.eu/> constitui uma séria ameaça, uma vez que sustenta que as pessoas lesadas devem ter acesso aos documentos relativos a um procedimento de clemência respeitante ao autor da referida infração.

¹¹¹ Aprovado pela Lei 63/2011, de 14 de dezembro.

CONCLUSÃO

1.º O art. 64.º, n.º 1, do CSC consagra os deveres fundamentais dos administradores no panorama do direito societário, os deveres de lealdade e os deveres de cuidado.

2.º É através da observação destes dois deveres, que os administradores prosseguem o interesse social, i.e., não adotando condutas que beneficiem o interesse pessoal (próprio ou alheio) e exercendo as suas funções atendendo ao padrão do gestor criterioso e ordenado (art. 64.º, n.º 1, a., do CSC).

3.º O regime jurídico concorrencial, quer nacional, quer europeu, proíbe as práticas restritivas concorrenciais, que tem como destinatários de forma direta e imediata as empresas.

4.º A violação dessas normas proibitivas consubstancia, em princípio, contraordenações suscetíveis de conduzir ao pagamento de uma coima por parte da sociedade, bem como à aplicação de sanções acessórias.

5.º Paralelamente, a infração destas normas representa uma violação ao nível dos deveres de cuidado nas suas principais concretizações e, como tal, uma conduta voluntária e ilícita por parte dos administradores.

6.º Os pressupostos de responsabilidade civil destes perante a sociedade estão consagrados no art. 72.º, n.º 1, do CSC: i. facto voluntário; ii. facto ilícito; iii. culpa; iv. dano; v. nexo de causalidade.

7.º No âmbito das práticas restritivas da concorrência, quer a ilicitude, quer o dano assumem contornos específicos no que à responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade diz respeito.

8.º A especificidade do pressuposto do ilícito concorrencial decorre dos arts. 101.º, n.º 3 do TFUE e do art. 10.º da LdC que consagra uma exceção à proibição dos acordos restritivos da concorrência, conduzindo-os a acordos restritivos permitidos ou justificados e, por conseguinte, aplicáveis.

9.º Não basta estarmos perante uma conduta ilícita. É necessário que a sociedade tenha sofrido danos, uma vez que não raras vezes os cartéis em que esta participa proporciona-lhe ganhos superiores aos prejuízos sofridos, ou permite-lhe manter na sua esfera jurídica ganhos ilegalmente obtidos, em virtude de instrumentos públicos concorrenciais, como o regime de clemência e de transação ao dispensarem ou reduzirem o montante da coima a indemnizar.

BIBLIOGRAFIA

ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção*, in RDS, Ano I, n.º 3, 2009, Almedina.

ALISON JONES, BRENDA SUFRIN, *EC Competition Law – Text, Cases and Material*, 3.ª ed., New York: Oxford University Press, 2008.

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?*, in RDS, Ano I, n.º 1, 2009, Almedina.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A lealdade no direito das sociedades*, in ROA, 2006, Ano 66, vol. III.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades – Das Sociedades em Geral*, vol. I, 2.ª ed., abril, 2007, Almedina.

BRUNO FERREIRA, *Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes (Análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário)*, in RDS, Ano I, vol. III, 2009.

C. ANGELICI, G.B. FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, 8.ª ed., 1991, UTET.

FÁTIMA GOMES, *Reflexões em tornos dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redacção do artigo 64.º do CSC*, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – vol. II, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, 2008, Coimbra Editora.

GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil (Após a reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, novembro, 2006, Coimbra Editora.

GIUSEPPE AULETTA, NICCOLÒ SALANITRO, *Diritto Commerciale*, 12.^a ed., 2000, Giuffrè Editore.

JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.^a ed., julho, 2008, Almedina.

JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, *Das Sociedades*, 4.^a ed., janeiro, 2014, Almedina.

JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social, Reformas do Código das Sociedades*, in IDET, março, 2007, Almedina.

JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governação das Sociedades Comerciais*, in IDET, n.º 6, 2010, Almedina.

JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2.^a ed., janeiro, 2010, Almedina.

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades: Parte Geral*, 5.^a ed., fevereiro, 2015.

JOSÉ ORIOL LLEBOT, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 3.^a ed., 2009, Editorial Tirant lo Blanch.

M. COZIAN, A. VIANDER, FL. DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, 13.^a ed., 2000, Éditions Litec.

MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *A Business Judgment Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in ROA, janeiro, 2007.

MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, DIOGO COSTA GONÇALVES, *A acção ut singuli (de responsabilidade civil) e a relação do Direito Cooperativo com o Direito das Sociedades Comerciais*, in RDS, Ano I, n.º 4, 2009.

MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores?*, in RDS, Ano IV, vol. VIII, outubro, 2012.

MANUEL BROSETA PONT, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, *Introducción y estatuto del empresario, Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, Derecho de sociedades*, 11.^a ed., 2002, Editorial Tecnos.

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A função da acção social «ut singuli» e a sua subsidiariedade*, in DSR, vol. VI, 2011.

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias*, in Luís Couto Gonçalves [et. al.] (coord.) - Estudos de homenagem ao professor doutor Heinrich Ewald Hörster, 2012, Almedina.

MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, 2010, Almedina.

MARIA ELISABETE RAMOS, *Práticas restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades*, in RDS, Ano VI, vol. XI, março, 2014.

MARISA LARGUINHO, *O dever de lealdade: concretizações e situações de conflito resultantes da cumulação de funções de administração*, in RDS, Ano V, vol. IX, março, 2013, Almedina.

MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência, Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, 2008.

MIGUEL SOUSA FERRO, *A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência*, 2015, Almedina.

NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, maio, 2011, Almedina.

ORLANDO VOGLER GUINÉ, *Da conduta (Defensiva) da Administração “Opada”*, 2009, Almedina.

PAULO CÂMARA, *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, 2009, Almedina.

PAULO CÂMARA [et. al.], *Conflito de Interesses no Direito Societário e Financeiro – Um Balanço a Partir da Crise Financeira*, 2010, Almedina.

PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 4.^a ed., maio, 2010, Almedina.

PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, abril, 2012, Almedina.

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 DSR, Ano I, vol. II, outubro, 2009.

RAÚL VENTURA, LUÍS BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas – Estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português – Nota explicativa do capítulo II do DL n.º 49 381 de 15 de Novembro de 1969*, in Separata do BMJ, n.ºs 192, 193, 194 e 195, 1970.

RICARDO COSTA, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Artigo 64.º*, in Coutinho de Abreu (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário – vol. I*, outubro, 2010, Almedina.

RICHARD WHISH, DAVID BAILEY, *Competition Law*, 7.^a ed., New York: Oxford University Press.

SOFIA OLIVEIRA PAIS, *Entre Inovação e Concorrência – Em defesa de um modelo europeu*, outubro, 2011, Universidade Católica Editora.

SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, *Os deveres fundamentais dos administradores: o dever de cuidado, a business judgment rule e o dever de lealdade*, in *Temas de Direito das Sociedades*, 1.ª ed., maio, 2011, Coimbra Editora.

TIAGO JOÃO ESTEVÃO MARQUES, *Responsabilidade Civil dos membros de Órgãos de Fiscalização das Sociedades Anónimas*, setembro, 2009, Almedina.

VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social*, in *RDS*, Ano I, n.º 2, 2009, Almedina.