

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA



**O dever de não concorrência dos administradores das sociedades
anónimas**

MESTRADO FORENSE

Orientadora: Professora Doutora Fátima Gomes

Bruno Filipe Alves Cardoso

7 de Julho de 2014

Índice

Abreviaturas	Pág. 2
Introdução	pág. 3
A Concorrência	pág. 5
O artigo 64.º do CSC	pág. 9
O dever de cuidado.	pág. 13
O dever de lealdade	pág. 15
O dever de não apropriação de negócios da sociedade	pág. 19
A observância do dever de lealdade na celebração de negócios com a sociedade.	pág. 20
O dever de não concorrência	pág. 21
A obrigação de não concorrência dos administradores após o mandato	pág. 25
Os deveres estatutários	pág. 30
A destituição dos administradores	pág. 32
A Responsabilidade Civil	pág. 34
Conclusão	Pág. 43
Bibliografia	Pág. 46

Abreviaturas

AdC – Autoridade da Concorrência

CC – Código Civil

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CPI – Código da Propriedade Industrial

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CT – Código do Trabalho

DL –Decreto-Lei

LSQ – Lei das Sociedades por Quotas

p. - Página

pp. - Páginas

Prof. - Professor

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

ss. - Seguintes

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TUE – Tratado da União Europeia

Introdução

Tendo em conta o âmbito do presente trabalho, importa ao longo do seu desenvolvimento, realizar, em primeiro lugar, uma breve referência ao conceito de concorrência e aos contornos que reveste sob o ponto de vista do Direito. Como figura jurídica de extrema complexidade e definição, embora não sendo o tema central do presente trabalho, importa fazer-lhe uma breve referência, enquanto ponto essencial na dinamização das actividades comerciais. Para tal, teremos em consideração o vasto leque de legislação a este respeito existente, nomeadamente o diploma que estabelece o seu regime específico, a Lei 19/2012 de 8 de Maio que veio aprovar o novo regime da concorrência, revogando as Leis n.ºs 18/2003 de 11 de Junho e 39/2006 de 25 de Agosto, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 2/99 de 13 de Junho. Configura esta breve análise ao conceito de concorrência um ponto importante no que reporta ao presente trabalho, uma vez que a delimitação desta figura jurídica será relevante para a explicação do dever de não concorrência, atentando especificamente ao âmbito que este conceito representa ao nível do dever de não concorrência dos administradores, ou seja, fixaremos o âmbito de aplicação desta figura jurídica no que reporta ao tema central em estudo.

Em segundo lugar, trataremos da matéria acerca do artigo 64.º do CSC, no seu âmbito de aplicação geral, ou seja, analisaremos este preceito nos seus termos gerais, enquanto disposição delimitadora dos deveres fundamentais dos administradores, fazendo referência, na sequência deste artigo, aos deveres de cuidado e aos deveres de lealdade, assim como às especificidades e outros deveres que estes englobam.

No que reporta ao dever de lealdade, por referência ao artigo 64.º do CSC, deteremos a nossa atenção sobre este preceito, uma vez que é neste dever que se consubstancia o tema central em estudo do presente trabalho, o dever de não concorrência dos administradores, não esquecendo os restantes deveres que naquele se englobam e aos quais também será feita referência.

Nesta sequência e, tendo em consideração a prática da vida societária, será também objecto de estudo, uma outra vertente do dever de não concorrência, ou seja, a verificação e aplicação deste após o mandato do administrador, com base tanto no direito societário como no direito laboral e todas as especificidades e características que este reveste, nomeadamente a protecção de direitos constitucionalmente consagrados.

Como explicaremos ao longo do desenvolvimento, o dever de não concorrência não decorrerá só da lei, do CSC, mas também poderá decorrer, com determinadas especificidades e características, do pacto social. Assim sendo, importa analisar a matéria dos deveres estatutários, à qual dedicaremos um capítulo do presente trabalho.

Dedicaremos um capítulo do presente trabalho ao tema da destituição dos administradores, possível consequência, tal como veremos, da violação do dever de não concorrência, assim como pela violação de outros deveres fundamentais.

Por último, abordaremos o tema da responsabilidade civil dos administradores com base na violação dos deveres supra referidos, enquadrando-o no CSC ao caso concreto, explicando em que consistem e a sua forma de aplicação.

A título introdutório importa ainda referir que o presente trabalho tem como principal objectivo o estudo do dever de não concorrência dos administradores das sociedades anónimas, não deixando de fazer referência às sociedades por quotas, como sequência lógica da exposição das matérias. Visa estudar um dever cujo desenvolvimento no ordenamento jurídico português, já possui diversas correntes Doutrinárias e jurisprudenciais, embora e, fruto dos recentes desenvolvimentos verificados ao nível desta matéria, ainda configurado como discutível e doutrinariamente divergente.

É objectivo da presente dissertação, contribuir para a explicação do dever de não concorrência e para o seu estudo, dever este, que tal como explicaremos é de difícil e ampla delimitação, por via da grande parte de critérios subjectivos que envolve na sua aplicação prática.

A Concorrência

Para analisar este conceito de difícil apreciação, partiremos do recente diploma publicado, a Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio que veio aprovar o novo regime jurídico da concorrência¹, assim como da definição do Professor Miguel Pupo Correia que nos diz que “*A concorrência constitui um fenómeno dinamizador das actividades comerciais (latu sensu), traduzindo-se na competição entre as empresas pela conquista das clientelas e mercados, através da qualidade e atractividade dos produtos, da propaganda e de outros meios de marketing (política empresarial de vendas). Como tal, ela é uma emanção directa da liberdade de iniciativa económica, ou seja, da possibilidade de, em princípio, quem, quer que seja ter acesso às diversas actividades económicas, que está na base da própria criação de riqueza e realização pessoal no ponto de vista económico.*”²

Começemos por analisar a definição transcrita. Através desta, facilmente concluímos que esta figura jurídica detém uma grande importância económica e no desenvolvimento do sector empresarial. Importância essa que pela sua amplitude merece protecção por parte da Ciência Jurídica, tendo por vista o objectivo de que todos os agentes económicos, competindo entre si e em sede dessa competição desenvolvam a sua actividade comercial, o façam nas mesmas condições, sem que existam benefícios alcançáveis a uns e inacessíveis a outros.

No que concerne à Lei supra referida, n.º 19/2012 de 8 de Maio, tendo em conta que importa realizar uma breve abordagem à figura que esta vem regular, vem exactamente permitir que as condições de mercado se baseiem mais numa concorrência sã e plena, ou seja, permitindo, e sendo mesmo esse o seu primordial objectivo, uma maior actuação por parte da entidade reguladora, a AdC.

A título justificativo da referida introdução de uma concorrência mais salutar e eficazmente regulada, daremos exemplo de algumas das alterações mais relevantes introduzidas neste diploma.

¹ Revoga as Leis n.ºs 18/2003 de 11 de Junho, e 39/2006 de 25 de Agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99 de 13 de Janeiro

² CORREIA, MIGUEL PUPO, *Direito Comercial- Direito da Empresa*, Editorial Minerva, Lisboa, 2007 p. 303

Com este novo diploma, fica a referida autoridade autorizada a realizar buscas domiciliárias com o respectivo mandado judicial, a quem com as empresas em causa colabore, desde trabalhadores a administradores e sócios. Com estas buscas poderão ser apreendidos documentos independentemente do suporte em que se encontrem, normalmente suporte papel e digital.

Também com este diploma vêm ser alterados os prazos de prescrição, que de acordo com o diploma anterior se concretizavam em 8 anos, passando actualmente a ser de 10 anos e meio.

Outra característica que reveste este diploma, tem que ver com o facto de a própria AdC poder dar prioridade a uns processos face a outros, dando primazia a investigar processos que considere mais relevantes face a outros, de acordo com certos e determinados critérios, tais como a prossecução do interesse público e a prioridade que certa investigação encerrará quanto ao seu possível impacto face à concorrência.

Portanto, face à definição supra e ao actual panorama legislativo, mais criterioso e permissivo quanto à entidade reguladora, podemos concluir que a concorrência desempenha um papel fulcral no incentivo ao desenvolvimento dos mercados comerciais, colocando à disposição de todos, as “ferramentas” necessárias ao desenvolvimento das suas actividades, embora existam excepções.

Uma dessas excepções verifica-se exactamente no caso em estudo no presente trabalho, no dever de não concorrência dos administradores de determinada sociedade comercial. Excepção essa que vem fazer jus à citação supra invocada, quando é referido que a concorrência “é uma emanção directa da liberdade de iniciativa económica, ou seja, da possibilidade de, em princípio, quem quer que seja ter acesso às diversas actividades económicas...”. Ora, é exactamente na expressão “em princípio” que inserimos esta excepção, que reveste contornos especiais, tendo em conta situações muito concretas que ao longo do presente trabalho analisaremos.

A este respeito, tendo por base, tal como à frente explicaremos, o dever de não concorrer com a sociedade onde determinado administrador desempenha o desempenho a sua actividade profissional, levantam-se questões de índole laboral, ou seja, relativas aos direitos dos trabalhadores. Nesta perspectiva poderiam surgir

incompatibilidades entre o dever de não concorrência e o princípio que a seguir explicaremos.

A questão que nos parece suscitar maior interesse, tem que ver com a Liberdade de escolha de profissão, princípio primordial do ordenamento jurídico português e constitucionalmente previsto, no artigo 47.º da CRP, assim como no artigo 15.º da CDFUE.

O n.º 1 do artigo 47.º da CRP prevê que “Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade.” Ora, este princípio caracteriza-se como um *“direito fundamental complexo, comportando vários componentes.”*³

As várias componentes referidas dizem respeito ao direito de defesa, ou seja, ninguém pode ser forçado a escolher determinada profissão, nem poderá ser impedido de escolher qualquer profissão para a qual detenha os requisitos necessários, assim como também não poderá ser impedido de obter esses mesmos requisitos.

Outra das componentes, versa sobre a dimensão positiva e a dimensão negativa inerentes a este princípio. No que reporta à primeira, esta consubstancia o facto de qualquer pessoa, ter direito a obter os requisitos legalmente exigíveis para o exercício de determinada actividade laboral, assim como o acesso segundo o princípio da igualdade a qualquer profissão. No que respeita à segunda, à dimensão negativa, em algumas profissões, esta componente poderá exigir a protecção do segredo profissional.

Ora, será a este respeito que clarificamos a compatibilidade do dever de não concorrência, mais propriamente verificado nas situações após mandato do administrador, que à frente explicaremos, com o dever de não concorrência. Ou seja, em termos práticos, é suscitada a questão da possível violação deste princípio constitucional, mas tendo em conta a figura da concorrência, a importância que o segredo da indústria reveste na vida das sociedades comerciais, claramente se justifica a compatibilização do dever em estudo com o constitucionalmente previsto, aliás, o

³ CANOTILHO, J.J. GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 653

próprio princípio constitucional ressalva as restrições legais impostas pelo interesse colectivo.

O artigo 64.º do CSC

Fruto de influência anglo-americana, este preceito, é alterado com a Reforma de 2006 do CSC, introduzindo referências aos deveres de cuidado, os *duty of care* e, aos deveres de lealdade, os *duty of loyalty*. Ora, a Reforma, a par da introdução destes conceitos na definição dos deveres gerais dos administradores, também os concretiza, determinando em que se baseiam e a forma pela qual devem ser observados e interpretados. Para além disso, estes deveres traduzem-se e trazem forte contributo às linhas gerais que devem ser observadas por quem administra as sociedades comerciais, linhas essas de difícil e importantíssima determinação, uma vez que o seu âmbito de aplicação é vasto e aplicável a todas as actividades societárias.

Assim sendo, dada a sua especial particularidade e importância no desenrolar da actividade do administrador enquanto gestor de uma sociedade, este preceito veio trazer fortes bases de imputação da responsabilidade civil, quando algum dos preceitos é violado, uma vez que é lógico e doutrinamente aceite que aquando da violação de algum destes princípios, quando preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, se torna inequívoca a responsabilização do administrador e conseqüente obrigação de indemnizar pelo prejuízo causado. No que respeita a responsabilização, este tema, será abordado de forma detalhada mais à frente, tendo também em conta o artigo 71.º do CSC, também fulcral na determinação da responsabilidade civil inerente aos administradores.

Este preceito adquiriu grande importância no ordenamento jurídico português, tornando-se na base dos princípios que os administradores devem e têm de respeitar aquando da sua actividade societária e, embora a sua redacção não seja extensa nem tão pouco exaustiva, não apresentando situações exemplificativas, ou casos passíveis de análise análoga, a doutrina define-o como um preceito fundamental, do qual decorrem e ao qual estão inerentes todos os outros deveres a observar na actividade de uma sociedade comercial.

O CSC dispõe no seu artigo 64.º alterado na Reforma do CSC de 2006, no capítulo relativo à administração e fiscalização das sociedades comerciais, quais os deveres fundamentais que ao longo do desempenho da sua actividade comercial, devem ser observados por parte dos administradores – figura que para o âmbito do presente trabalho importa analisar – devem ser observados.

Prevê este preceito que:

“Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

- a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e*
- b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.”*

Ora, a alínea a) deste artigo reporta aos deveres de cuidado, dever esse que impõe aos administradores, que apliquem às actividades de organização, decisão e controlo societários, o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções que desempenham, tendo sempre por base as suas competências e atendendo sempre às circunstâncias específicas com que se deparam.⁴

A par deste dever, a alínea b) deste preceito refere-se aos deveres de lealdade, que se traduzem no facto de os administradores terem única e exclusivamente em vista os interesses da sociedade e procurarem satisfazê-los, abstendo-se sempre de promover o seu interesse próprio ou interesse alheio.

No que respeita aos deveres enunciados, realizaremos uma breve análise ao dever de cuidado e uma análise mais detalhada ao dever de lealdade, uma vez que é neste que se traduz a concretização do dever objecto do presente estudo.

A título comparativo e, como forma de explicitar a alteração que a Reforma trouxe a este nível, alteração essa que se traduziu numa alteração estrutural do preceito e mesmo na forma pela qual este se aplica e à determinação dos deveres que envolve, tal como atrás referido, importa fazer menção à sua redacção anterior. Na redacção anterior dizia-nos este preceito que,

⁴ FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, «A Business Judgement Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores», in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, Vol. I, Lisboa, 2007, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=59032&ida=59045

“Os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.”

Ora, analisando a anterior redacção, facilmente se verifica que este preceito era muito mais genérico e abrangente e não tão específico como o preceito actual. Nos termos da anterior redacção, não eram distinguidos os deveres de cuidado dos deveres de lealdade, limitando-se a fazer referência a um dever de diligência que impunha ao administrador uma conduta diligente, criteriosa e ordenada. É claro que a delimitação e concretização do conceito de “gestor criterioso e ordenado” revestia uma grande dificuldade, face à imprecisão jurídica e prática do conceito, o que obstava muitas das vezes à sua aplicação.

Inerente aos deveres referidos encontra-se o risco de administração e os deveres dos administradores e gerentes⁵. Ou seja, da violação deste preceito, decorre responsabilidade para os gerentes e administradores das sociedades comerciais, por gestão ilícita e culposa, previsto nos artigos 72.º a 79.º do CSC, que importa a este respeito referir, embora dedicamos mais adiante um capítulo à matéria da responsabilidade civil dos administradores.

Em traços gerais, como referem os Professores Ricardo Costa e Gabriela Figueiredo Dias, é objectivo dos preceitos referidos, a par com o artigo 64.º do CSC, “assegurar uma gestão tão escrupulosa e eficiente, tendo como baliza os deveres dos gerentes e administradores. É o próprio art. 72.º n.º 1, que estatui que «os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa». Por seu turno, o art. 79.º, n.º 1, determina que «os gerentes ou administradores respondem também, nos termos gerais, para com os sócios e terceiros pelos danos que directamente lhes causarem no exercício das suas funções», exercício esse que é necessariamente pautado pelo respeito pelos deveres que caracterizam o estatuto dos administradores. A responsabilidade dos administradores e gerentes, é por isso, uma responsabilidade «orgânica» decorrente do incumprimento de

⁵ Esta análise será baseada na seguinte obra: COSTA, RICARDO/ DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *in* AA. VV., *Código das sociedades comerciais em comentário*, Vol. I, IDET, Almedina, Coimbra, 2010

deveres observado durante e por causa da sua actividade de gestão e/ou representação, não respeitando à sua actuação enquanto não-administrador fora do exercício das suas funções.”⁶

Ora, é exactamente, tendo por base os objectivos que o artigo 64.º do CSC pretende alcançar, no fundo, a protecção da sociedade comercial, regendo a actividade dos seus administradores segundo deveres considerados fundamentais, que desenvolveremos o presente estudo.

Assim e, após comparação da redacção anterior à Reforma, com o preceito actual, baseando-nos na redacção actual, começemos por explicar sucintamente em que se traduz o dever de cuidado dos administradores.

⁶ COSTA, RICARDO/ DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, in AA. VV., *Código das sociedades comerciais em comentário*, Vol. I, IDET, Almedina, Coimbra, 2010 pp. 725 e 726

O dever de cuidado

Em termos gerais, “*O dever de cuidado consiste na obrigação de os administradores cumprirem com diligência as obrigações derivadas do seu ofício-função, de acordo com o máximo interesse da sociedade e com o cuidado que se espera de uma pessoa medianamente prudente em circunstâncias e situações similares.*”⁷

Tendo em conta o supra citado, é claro que o dever de cuidado começa por impor aos administradores, uma actuação cuidadosa aquando da sua gestão societária, ou seja, deverão empregar na sua actividade, toda a dedicação e conhecimento de que sejam detentores, prosseguindo sempre os objectivos da sociedade da melhor forma possível e da forma mais eficaz e pertinente, que de acordo com as suas capacidades de gestão, consigam realizar.

Este dever é de difícil determinação, uma vez que é de extrema dificuldade aferir quando é que a acção ou omissão por parte do administrador violou o cuidado considerado necessário a adoptar na referida circunstância. Aquando da análise do cuidado necessário, há que ter em atenção uma diversa panóplia de factores inerentes tanto à actividade societária como às características inerentes ao próprio administrador. Terão de ser tidos em conta, o objecto social, a forma de actuação da própria sociedade, assim como a sua dimensão. Enquanto que relativamente ao administrador deverá ser tida em conta a sua formação, tanto académica como empírica, assim como a função directa que usualmente desempenha na sociedade.

Estes factores, assim como muitos outros que devem ser atendidos, traduzem-se muitas das vezes em factores de senso comum, factores cuja avaliação será apenas qualitativa e não quantitativa. É praticamente impossível determinar níveis de cuidado, assim como quando deverá ser este empregado em certa e determinada medida. Esta avaliação das situações atinentes e susceptíveis de violação de um dever desta natureza, fazem com que a determinação se baseie na subjectividade e na sua aplicação concreta em cada caso, tal como referem os Professores Ricardo Costa e Gabriela Figueiredo, Dias, “É relativamente a este dever que a actuação dos administradores acaba por estar mais exposta à incerteza e à insegurança, já que é nele que se envolve por definição a autonomia de julgamento que assiste ao administrador. As decisões empresariais são

⁷ COSTA, RICARDO/ DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, in AA. VV., *Código das sociedades comerciais em comentário*, Vol. I, IDET, Almedina, Coimbra, 2010 p. 730

peculiares porque, quase sempre ou muitas vezes, são tomadas em situação de risco e debaixo de uma grande pressão temporal. Por isso, tornam-se frequentemente sem que seja possível ter em conta todos os factores que importavam para o sucesso da decisão. Ao contrário de outros sujeitos que desenvolvem uma actividade profissional ou técnica, os administradores não podem contar com modelos de comportamento consensualmente aceites pela colectividade”. É então um dever geral e de certa forma abstracto, cuja verificação engloba a análise de diversas e distintas situações e variantes.

A par da explicação acerca da delimitação do artigo 64.º do CSC importa, também fazer breve referência, à sua articulação com o n.º 2 do artigo 72.º do mesmo diploma relativo à responsabilidade de membros da administração para com a sociedade,⁸ embora o âmbito do presente trabalho se reporte especificamente à responsabilidade civil dos administradores nos casos de violação de um dever de lealdade.

Atendendo à grande abrangência que do previsto para o dever de cuidado, vem o n.º 2 do artigo 72.º do CSC, excluir a responsabilidade do administrador, nos casos em que este provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.

⁸ COSTA, RICARDO/ DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, in AA. VV., *Código das sociedades comerciais em comentário*, Vol. I, IDET, Almedina, Coimbra, 2010 pp. 737 e ss.

O dever de lealdade

“Actualmente, a ideia de lealdade conhece, para além de um tronco comum, três particulares áreas de especialização: nos campos civil, laboral e das sociedades.”⁹

Ora, a supra citação mostra-nos que a figura da “lealdade” tem vindo a adquirir importância em diversas áreas do Direito, mas importa-nos, no caso específico, analisá-la em concreto, no campo do direito das sociedades comerciais.

O conceito de lealdade, relaciona-se com a consideração pelos preceitos da honra, respeito, decência e honestidade, ou seja, age com lealdade aquele que honra os seus compromissos com rectidão e responsabilidade.

Assim, no campo do Direito Societário, o dever de lealdade reporta-se à gestão dos bens societários por parte dos administradores, exigindo-se, conseqüentemente, que os administradores sejam leais face à sociedade que administram, respeitando a confiança que em si foi depositada, ou seja, baseia-se este dever fundamentalmente em princípios de confiança e lealdade,

Esta figura jurídica adopta também diversas configurações, mormente e, segundo o autor acima citado, ela contempla a relação existente entre os accionistas entre si, dos accionistas para com a sociedade e dos administradores para com a sociedade.

É sobre esta última, sobre a lealdade dos administradores para com a sociedade que vamos deter a nossa atenção e desenvolver o nosso estudo.

Este dever impõe aos administradores, aquando do desenvolvimento da sua actividade profissional na sociedade que administram, que o façam atendendo única e exclusivamente aos interesses da pessoa colectiva, ou seja, tendo por base este dever, especificamente e tal como referimos a lealdade para com a sociedade, acaba o administrador por respeitar e ter em atenção também os atrás referidos interesses, como os interesses dos sócios e dos trabalhadores, que à partida e naturalmente serão consonantes com os interesses da sociedade. A este respeito importa referir que o

⁹ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, –«Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades», in Revista da Ordem dos Advogados, Vol. II, Ano 66, Setembro, Lisboa, 2006 – disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=50879&ida=50925, sem página

respeito pelo dever de lealdade envolve não somente a lealdade para com a sociedade, mas também a lealdade para com os sócios e trabalhadores, devendo ser sempre observado e realizado o contrabalanço por parte dos administrador, devendo ser leal para com todos estes intervenientes.

Damos como exemplo a expressão de Filipe Barreiros, que expressa de forma clara a ideia referida, *“Deve haver uma ponderação entre os interesses da sociedade e outros interesses, ou seja, pode justificar-se que a administração não actue de forma a obter o máximo lucro possível, por exemplo quando decida melhorar as condições de trabalho dos seus empregados; mas já não será justificável se as opções da administração puderem em perigo a situação financeira da sociedade”*.¹⁰

Ou seja, este autor transmite de forma bastante perceptível o contrabalanço que deve ser efectuado aquando da observância do dever de lealdade. O lucro, objectivo primordial para a sociedade comercial, deve ser sempre prosseguido, embora possa ser “prejudicado” de certa forma em benefício de outros interesses sociais, tal como os interesses dos trabalhadores. Já não é aceitável, quando para prosseguir qualquer outro interesse societário, que seja colocada em causa a sua estabilidade financeira, de certa forma que afecte a sua estrutura económica e se traduza num perigo para a sociedade.¹¹

Este autor continua ao longo da sua obra a referir situações que devem ser tidas em atenção por parte do administrador, desta vez em relação aos sócios e accionistas,

*“Deve assim existir uma justa ponderação entre o interesse social e os legítimos interesses dos sócios, embora com vista sempre à melhor prossecução do objecto social e do interesse da sociedade.”*¹²

Ora, também nesta expressão nos é referido o contrabalanço entre o interesse efectivo da sociedade e o interesse dos sócios. Contrabalanço esse que deverá mais uma vez ser realizado tendo em conta certas e determinadas medidas, tendo em conta o principio fundamental de que o interesse da sociedade, será naturalmente consonante

¹⁰ BARREIROS, FILIPE, *Responsabilidade Civil dos Administradores e a Corporate Governance*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 53

¹¹ BARREIROS, FILIPE, *Responsabilidade Civil dos Administradores e a Corporate Governance*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 55

¹² BARREIROS, FILIPE, *Responsabilidade Civil dos Administradores e a Corporate Governance*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 53

com o interesse dos sócios, podendo a título de exemplo referir o lucro, objectivo primordial da sociedade e dos sócios, a aquisição de vantagens patrimoniais.

Assim, tendo em conta as características que este dever encerra, considera a Doutrina que este abrange três grandes deveres gerais ao nível do Direito Societário, de conotação mais específica, sendo eles o dever de não concorrência dos administradores, o dever de o administrador não se aproveitar de oportunidades de negócio da sociedade e ainda a dever de lealdade que deverá ser sempre observado nos negócios celebrados pelo administrador com a sociedade.

Mas, a observância do dever de lealdade, não deverá ser somente garantida relativamente à sociedade em concreto, mas também no que concerne a outros intervenientes da vida societária, tal como passamos a explicar.

A al. b) do n.º1 do artigo 64.º do CSC, faz referência, no que reporta à observância do dever de lealdade, aos interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade. Ora, estes sujeitos são designados como “stakeholders” e traduzem-se em “pessoas, grupos, organizações ou instituições que têm um especial interesse na sociedade porque podem afectar ou ser afectados pelos seus actos, comportamentos ou estratégias. Incluem normalmente empregadores, credores, clientes, fornecedores, sindicatos, organizações não governamentais, comunidades locais onde estão inseridos os estabelecimentos, o próprio Estado e organizações estatais e os próprios accionistas. Não há regras para o reconhecimento da qualidade de “stakeholders”, pois varia muito entre eles a legitimidade do interesse, e a intensidade do mesmo”¹³

Portanto, são considerados como outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade comercial, todos aqueles que se insiram na definição de “stakeholders”, que se definem basicamente como uma parte interessada e ao mesmo tempo essencial no planeamento e prossecução de determinada actividade.

Assim, expostos todos os casos em que o dever de lealdade ganha concretização, enaltecendo o carácter completamente inovador da figura dos stakeholders, e que o

13 BARREIROS, FILIPE, *Responsabilidade Civil dos Administradores e a Corporate Governance*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 68 - O autor indica diversas obras acerca desta figura, nomeadamente R. Edward Freeman, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Pitman, Boston, 1984, e R. Edward Freeman, Jeffrey S. Harrison and Andrew C. Wicks, *Managing for Stakeholders*, Yale University Press, NewHaven and London 2007.

administrador deve respeitar, concluímos que este se traduz basicamente num dever autónomo que deve ser observado em todos os actos empresariais, na actuação dos administradores, como forma de basear a vida societária na confiança e lealdade que tendo em conta a natureza negocial que estes actos revestem, a susceptibilidade da sua violação, devida ao carácter de avultado património que muitas vezes encerram, está presente em toda a actividade empresarial e é difícil de combater.

Ao nível jurisprudencial também este dever surge referenciado, no contexto laboral, que nos remete, naturalmente, ao contexto empresarial. Nesta senda, façamos referência ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23 de Maio de 2011.¹⁴

Nos termos deste Acórdão, o dever de lealdade, previsto no artigo 128.º n.º 1 do Código do Trabalho, doravante designado como CT, está também associado ao dever de não concorrência, tal como à frente veremos, uma vez que se trata do tema central do presente trabalho. Ou seja, o trabalhador não se poderá aproveitar em benefício próprio de eventuais oportunidades de negócio, entendendo este Acórdão como actividade concorrente com a actividade da sociedade, qualquer uma que se encontre abrangida no objecto daquela, desde que por parte da sociedade esteja a ser exercida.

Portanto, vem também este Acórdão assim como a Doutrina dominante, tal como supra referido, concretizar ao nível do direito laboral a figura do dever de lealdade, inserindo no seu cômputo o dever de não concorrência.

Assim sendo, atendendo ao âmbito do presente trabalho, começaremos por realizar uma análise ao dever de lealdade no que reporta ao Direito Societário, nomeadamente ao dever de não apropriação de negócios da sociedade e à observância do dever de lealdade na celebração de negócios com a sociedade, realizando de seguida uma análise mais aprofundada ao dever de não concorrência dos administradores.

¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23 de Maio de 2011, disponível para consulta em www.dgsi.pt

O dever de não apropriação de negócios da sociedade¹⁵

O dever ora em análise, inserindo-se no âmbito dos deveres de lealdade, proíbe ao administrador o recurso a meios e informações consideradas privilegiadas pela condição que detém no seio da sociedade, para celebrar negócios cujo proveito se verifique na sua esfera particular, ou na esfera de terceiros. Ou seja, dada a condição que o administrador detém, assim como face à informação que está ao seu alcance, tendo em conta a actividade económica que a sociedade comercial desenvolve, tem o administrador uma posição privilegiada no que toca à celebração de negócios que tenham como ponto de vista o lucro. Seria tentador por parte deste, face à obtenção de lucro que se aproveitasse dos negócios em questão, não com vista a prejudicar a sociedade, mas com vista a obter para si o lucro em causa. Obviamente, que a sociedade sairia prejudicada pela não celebração do negócio e seria beneficiado o administrador.

Coloca-se então a questão de perceber quais os negócios considerados como sendo negócios próprios da sociedade ou *corporate opportunities* e aqueles que não se englobam nesta categoria, como forma de verificar o cumprimento deste dever de lealdade. A doutrina tem considerado tratarem-se de oportunidades de negócio societário, todos aqueles que chegam à sociedade por via do objecto social que esta pratica e da posição que detém no mercado. Ora, se um administrador obtém conhecimento de determinado negócio no exercício das suas funções, negócio esse interligado com o objecto social e susceptível de ser celebrado com a sociedade, no caso de o aproveitar para si, o administrador viola claramente este dever e conseqüentemente o dever de lealdade. Violação essa, que como à frente analisaremos, será danosa para a sociedade e portanto responsabilizará o administrador por tal conduta.

Portanto, em suma, este dever impõe ao administrador, que não se aproveite, nem para si nem para outrem os meios de que dispõe por força do exercício da sua função.

¹⁵ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, «A lealdade no direito das sociedades», *in* Revista da Ordem dos Advogados, ano 66, Dezembro, Lisboa, 2006, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=54103&ida=54129, sem página

A observância do dever de lealdade na celebração de negócios com a sociedade¹⁶

Prevê o nosso CSC, nomeadamente nos termos do n.º 1 do artigo 397.º, que existem negócios, que pela sua especialidade e particularidade, são insusceptíveis de ser admitidos entre o administrador e a sociedade que administra. No entanto, existem situações em que a celebração destes negócios é perfeitamente admissível. Por norma, previamente à celebração de qualquer negócio desta natureza, existe uma deliberação prévia por parte dos órgãos de administração.

Portanto, este dever impõe que o princípio da lealdade seja sempre respeitado aquando da celebração de negócio entre o administrador e a sociedade, tanto nos negócios que não exijam a prévia deliberação por parte dos órgãos de administração, que acabam por se traduzir na regra geral, assim como naqueles que pelas particularidades que lhes estejam atinentes, seja exigida deliberação prévia.

¹⁶ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, «A lealdade no direito das sociedades», *in* Revista da Ordem dos Advogados, ano 66, Dezembro, Lisboa, 2006, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=54103&ida=54129, sem página

O dever de não concorrência

Atendendo ao que referimos acerca da figura jurídica da concorrência e dos deveres atinentes à actividade do administrador aquando do exercício das suas funções, importa agora analisar o tema central do presente trabalho, o dever de não concorrência dos administradores, antes do termo do seu mandato, ou seja, durante a prossecução efectiva da sua actividade de administração.

Comecemos por ter em atenção os princípios que permitirão ao comum cidadão, concorrer com certa e determinada actividade comercial, como forma de à frente explicarmos o porquê da importância deste dever e da sua previsão legal e de que forma se concilia com estes princípios, constitucionalmente previstos.

Neste sentido, atentemos ao previsto no artigo 101.º do TUE, assim como aos princípios consagrados na al. f) do artigo 81.º e alínea a) do artigo 99.º ambos da CRP, que vêm exactamente consagrar o princípio da livre concorrência.

No mesmo sentido e, prevendo também a concorrência como um verdadeiro princípio, atentemos ao n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio, preceito este relativo à entidade reguladora a AdC

Neste sentido e prevendo também a concorrência como um verdadeiro princípio, surge também o recente e supra referido diploma, Lei 19/2012 de 8 de Maio que regula o regime jurídico da concorrência, que entre outras normas legais, prevê no n.º 1 do seu artigo 5.º, acerca da entidade reguladora, Autoridade da Concorrência que importa citar,

“1- O respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência que, para o efeito, dispõe dos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação estabelecidos na presente lei e nos seus estatutos.”

Ora, após esta breve enunciação de preceitos que caracterizam a figura da concorrência como um verdadeiro princípio que consubstancia um direito, atribuído a todos, importa colocar e reflectir sobre a forma e os casos pelos quais este direito, de vasta previsão legal, poderá ser limitado e mesmo vetado em certas e determinadas situações concretas.

Parece-nos que a resposta a esta questão, reside exactamente no princípio da proporcionalidade, que em termos práticos e aplicando-o ao caso concreto, permite realizar o contrabalanço entre um princípio previsto na legislação e constitucionalmente consagrado e a actividade que o seu detentor exerça. Parece-nos óbvio e do senso comum, que naturalmente surjam “obstáculos” ao exercício de determinada actividade profissional, mormente a profissão de um administrador que detém uma posição privilegiada numa sociedade comercial e que à partida detém algum controlo, ou mesmo controlo total sobre esta.

É neste prisma que surge a limitação ao princípio da livre concorrência e que permite a que esta limitação seja legalmente prevista no CSC, como um verdadeiro dever em detrimento de um direito. Referimo-nos ao dever de não concorrência dos administradores, que passamos a analisar aprofundadamente.

Face ao supra exposto e para analisarmos este dever em específico, partiremos do previsto no n.º 3 do artigo 398.º do CSC, cuja epígrafe é “Exercício de outras actividades” e que dispõe o seguinte:

“3 – Na falta de autorização da assembleia geral, os administradores não podem exercer por conta própria ou alheia actividade concorrente da sociedade nem exercer funções em sociedade concorrente ou ser designados por conta ou em representação desta.”

É neste número que directamente assume forma o dever de não concorrência dos administradores. O n.º 5 deste preceito refere ainda que:

“5 – Aplica-se o disposto nos n.ºs 2, 5 e 6 do artigo 254.º.

Os referidos preceitos legais, prevêm que:

“2 – Entende-se como concorrente com a da sociedade qualquer actividade abrangida no objecto desta, desde que esteja a ser exercida por ela ou o seu exercício tenha sido deliberado pelos sócios.

5 – A infracção do disposto no n.º 1, além de constituir justa causa de destituição, obriga o gerente a indemnizar a sociedade pelos prejuízos que esta sofra.

6 – *Os direitos da sociedade mencionados no número anterior prescrevem no prazo de 90 dias a contar do momento em que todos os sócios tenham conhecimento da actividade exercida pelo gerente ou, em qualquer caso, no prazo de cinco anos contados do início dessa actividade.*”

Ora, no que reporta à referência realizada no n.º 5 deste preceito, que se refere ao n.º 1 do artigo 254.º do CSC, importa fazer referência à sua génese, que de acordo com os autores do Anteprojecto da LSQ, de onde advém a redacção actual deste preceito, teve a sua origem inicial no *Codice Civile italiano*¹⁷ “*gli amministratori non possono assumere la qualità di soci illimitatamente responsabili in società concorrenti, né esercitare un’attività concorrente per conto próprio o di terzi, salvo autorizzazione dell’assemblea*”.

Referida a génese deste preceito, passemos a analisar o seu conteúdo jurídico, em consonância com o já referido artigo 398.º do CSC.

Nos termos do n.º 3 deste preceito 398.º, não poderão, salvo quando haja deliberação em sentido contrário em assembleia geral, os administradores, exercer por sua própria conta ou por interposta pessoa, qualquer actividade que seja considerada concorrente com a da sociedade onde desenvolvem a sua actividade profissional.

O n.º 2 do artigo 254.º, a estes casos aplicável, tal como refere o preceito, vem definir, de forma abrangente, tendo em conta a dificuldade que reveste esta definição, o que se considera actividade concorrente com a da sociedade, referindo basicamente que esta se traduz em actividade que esteja abrangida pelo mesmo objecto social.

O objecto social traduz de forma específica e clara as actividades desenvolvidas pela sociedade, nos termos do n.º 2 do artigo 11.º do CSC, “*Como objecto da sociedade devem ser indicadas no contrato as actividades que os sócios propõem que a sociedade venha a exercer*”.

Não é fundamental que a sociedade já se encontre a exercer a referida actividade, mas somente que esse exercício já tenha sido objecto de deliberação, ou seja, não é necessário que a sociedade já se encontre em prossecução plena da actividade em causa, mas sim que simplesmente esta prossecução já tenha sido deliberada.

¹⁷ MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Almedina, 2010, pp. 749 e ss.

Ora, tal como atrás referimos, a concorrência é um conceito de difícil apreciação, englobando diversas especificidades. Neste caso, é adoptado o conceito de concorrência societária¹⁸, que delimita de certa forma a abrangência deste conceito, o que não quer dizer que a letra do preceito em análise não abranja uma imensidão de casos, uma vez que o objecto social, tanto poderá abranger um vasto leque de situações como se poderá reportar a situações muito particulares e específicas.

Parece-nos então que o legislador, tentou neste caso, delimitar de forma abrangente, ou seja, sem ser extremamente limitador, mas ponderando e ressalvando a defesa do interesse social e da concorrência e tudo o que esta poderá envolver ao ser ofendida, criar uma norma que restringisse o exercício de actividades concorrentes, mas que deverá sempre ser apreciada caso a caso.

A este respeito, o Prof. Alexandre Soveral Martins vem esclarecer que *“No contrato de sociedade deve constar a cláusula relativa ao objecto social: a cláusula na qual são indicadas as actividades que os sócios propõem que a sociedade venha a exercer. A proibição de exercício de actividades concorrentes abrange todas as actividades contidas na cláusula do contrato de sociedade desde que estejam a ser exercidas pela sociedade por quotas ou cujo exercício tenha sido deliberado pelos sócios.”*¹⁹

A citação supra referida, vem exactamente comprovar o supra explicado, o dever de não concorrência, refere-se à concorrência directa com o objecto social, já em exercício ou somente deliberado, abrangendo e, assim tornando de certa forma complexa a concretização de actividade concorrente, todas as actividades contidas na cláusula do pacto social.

Nos termos do n.º 5 do artigo 254.º, o desrespeito deste dever, constitui justa causa de destituição do administrador, assim como o obriga a indemnizar a sociedade pelos prejuízos que causar, temas que à frente desenvolveremos.

¹⁸ CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 599 e 600

¹⁹ MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Almedina, 2010, pp. 749 e ss.

A obrigação de não concorrência dos administradores após o mandato²⁰

Cumprido no âmbito do presente trabalho, efectuar também uma breve explicação acerca da obrigação, e neste caso já não se caracterizando como um verdadeiro dever que se concretiza directamente com a sua previsão na lei, de não concorrência dos administradores das sociedades comerciais, com eficácia após o mandato, ou seja, depois de cessarem as suas funções de administração nas sociedades visadas.

Tal como supra explanámos, aquando do exercício das suas funções, os administradores encontram-se adstritos ao dever de não concorrência, principalmente por força do n.º 3 do artigo 398.º do CSC. No entanto, após cessar funções, por ausência de normas no ordenamento jurídico português a este respeito, o administrador não ficará vinculado, em princípio, a nenhuma obrigação de não concorrência para com a sociedade comercial onde desenvolvia a sua actividade. Neste caso, a sociedade ficará de certa forma desprotegida a nível concorrencial, só a protegendo, e de forma “leviana”, o artigo 317.º do CPI. A figura jurídica prevista nesta disposição legal, a concorrência desleal, ainda se torna de mais difícil apreciação e consequente verificação, tendo em conta a natureza dos conceitos que engloba, tal como veremos seguidamente.

O n.º 1 deste preceito, vem indicar taxativamente, quais as situações que se traduzem na existência de concorrência desleal. Tal como facilmente se verifica, tratam-se de conceitos gerais e de difícil apreciação, que somente caso a caso poderão ser preenchidos. É um preceito de aplicação geral, a todas as actividades económicas e

²⁰ A presente análise, baseia-se no texto publicado pela URÍA MENÉNDEZ – Sociedade de Advogados, do ano de 2011 da autoria de ADRIANO SQUILACCE E DANIEL BENTO ALVES., - SQUILACCE, ADRIANO e ALVES, DANIEL BENTO, «A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato: contornos e limites», *in* Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2011 – disponível para consulta em <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3233/documento/art15.pdf?id=3381>. É de ressaltar os poucos elementos de estudo existentes acerca da matéria em questão, uma vez que a nível Doutrinário e Jurisprudencial, existem poucas referências a este nível.

não somente aos administradores, o que faz com que determine conceitos gerais e abstractos e não concretos, relativamente às actividades praticadas pelas sociedades comerciais tendo em conta o objecto social que praticam e os administradores que nelas exercem funções.

No que respeita ao n.º 2 desta disposição, remete-nos para o artigo 338.º-I do mesmo diploma legal. Este preceito, prevê a susceptibilidade de o possível ofendido por via de concorrência desleal, se servir da providência cautelar afim de evitar o possível dano que daí advier. Estas medidas cautelares, tendo em conta o direito que visam proteger revestem algumas especificidades, que não importa aprofundar no âmbito do presente trabalho.

Portanto, sendo um preceito de aplicação geral, que se aplica a todas as actividades económicas e não somente à actividade do administrador enquanto tal, elaborando uma determinação taxativa de carácter geral e abstracto do que considera como concorrência desleal, é obviamente um preceito de difícil determinação e aplicação revelando-se, a nosso ver, insuficiente para proteger as sociedades comerciais, da eventual concorrência que o administrador que nelas cessou funções venha a criar.

Assim sendo, e como forma de proteger a sociedade não só da concorrência desleal, mas também da própria actividade concorrente em si, surge muitas vezes a necessidade de obrigar o administrador a não exercer actividades concorrentes mesmo após e, muitas vezes, principalmente após cessar as suas funções.

No panorama actual, e a título exemplificativo, visto que estamos em tempo de grande desenvolvimento ao nível das tecnologias de informação, que têm um impacto abismal em todas as outras actividades, em que o segredo é algo fulcral no desenvolvimento e competição pelo objectivo de ultrapassar o *state of the art*, é de extrema importância e mesmo necessário, que sejam criadas obrigações de não concorrência após a cessação de funções, não só por parte dos administradores, mas também por parte dos trabalhadores.

Assim, e tal como referido, por inexistência de legislação específica a este respeito e por todas as consequências que um pacto desta natureza poderá trazer aquando da sua celebração, tanto a nível constitucional como laboral, importa explicar, embora sucintamente, em que consiste e em que situações se poderá verificar, assim como da importância que reveste.

Tal como o dever de não concorrência durante o exercício das funções do administrador, o dever de não concorrência após cessação das suas funções, também poderá levantar questões ao nível do direito constitucional, nomeadamente no que respeita à escolha de uma nova profissão por parte do, até então, administrador da sociedade comercial. Isto porque existem determinadas profissões que, por se identificarem directamente com o objecto social da sociedade que este até então administrava, poderão constituir um obstáculo ao princípio da liberdade de escolha da profissão, previsto no n.º 1 do artigo 47.º da CRP,

Este preceito, tal como consagra a liberdade de escolha da profissão, também prevê que quanto a esta existam restrições. Restrições essas que se podem basear exactamente na anterior formulação de um contrato entre o trabalhador e o empregador, algo perfeitamente admissível ao abrigo do princípio da liberdade contratual previsto no artigo 405.º do Código Civil, doravante designado como CC. A génese deste preceito tem por base o princípio da proporcionalidade, assentando também esta norma legal no contrabalanço entre os direitos e deveres atinentes à esfera jurídica de determinado sujeito.

Ora, se um administrador celebrar um pacto de não concorrência com a sociedade que administra, no qual se obriga a não concorrer com esta após cessação das suas funções, este acordo será perfeitamente admissível, desde que celebrado por determinado período de tempo que respeite obviamente critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Embora, tal como referimos, nada o preveja na lei, nada obsta à sua celebração. Isto porque o administrador poderá obter vantagem para si com a celebração deste pacto, como por exemplo vantagem de carácter pecuniário, algo que na prática se observa com alguma frequência, ou seja, face a esta limitação, é o contraente ressarcido pecuniariamente por de certa forma renunciar ao direito de

concorrer com a sociedade e conseqüentemente à susceptibilidade de ver o seu direito de livre escolha da futura profissão “diminuído”.

Celebrado este pacto, urge analisar outras questões que acima já a outro respeito suscitámos, tendo em conta o que se entende por actividade concorrente e durante quanto tempo se considerará como actividade concorrente. Tal como acima referimos, são conceitos de difícil apreciação que se preencherão unicamente caso a caso, tendo em conta situações muito concretas.

Faremos então referência ao âmbito temporal durante o qual vigorarão os acordos referidos, uma vez que o que hoje se entende como actividade concorrente de determinada sociedade, poderá no futuro não se considerar como tal, assim como não se poderá celebrar um pacto desta natureza *ad eternum*, tendo isto tudo que ver com os desenvolvimentos da sociedade em questão, tanto em termos do objecto social que aquando da celebração do acordo pratica, como com os próprios conhecimentos que o administrador detém àquele momento. Tal como acima referimos, e dando o exemplo do desenvolvimento tecnológico, o estado da arte actual não será o mesmo que existirá daqui a um determinado período de tempo.

Assim sendo, e tendo em conta que o âmbito temporal de aplicação destes acordos encontra limites no que à ordem pública diz respeito e que a legislação prevê um limite máximo concernente à duração de situações análogas de não concorrência, nomeadamente no que respeita aos contratos de trabalho e aos contratos de agência. Aplicando as normas legais analogicamente, serão nestes conceitos que determinaremos a nossa explicação acerca deste ponto.

Determina o n.º 2 do artigo 136.º do CT, que é possível e lícita a limitação da futura actividade do trabalhador durante um período máximo de dois anos subsequentes à cessação do seu contrato de trabalho. Ora, esta norma existe, exactamente para precaver a susceptibilidade de o trabalhador vir a desempenhar actividade concorrente com a empresa para a qual trabalhava até então. Este preceito vai ainda mais longe e no seu n.º 5, prevê que nos casos em que o trabalhador efectue funções de certa especialidade que por si, envolvam altos índices de confiança, ou nos casos em que detenha um acesso privilegiado a informação particularmente sensível e

confidencial, esta limitação possa durar até três anos após a cessação das suas funções. É óbvio que estas limitações terão de estar previstas no contrato de trabalho celebrado entre o trabalhador e o empregador aquando do início da sua actividade laboral.

Já no que respeita ao contrato de agência, nos termos do n.º 2 do artigo 9.º do DL n.º 178/86, Regime Jurídico do Contrato de Agência, é prevista a possibilidade da celebração de uma convenção de não concorrência, pelo período máximo de dois anos, ressalvando este preceito que esta apenas se circunscreve à zona ou ao círculo de clientes confiado ao agente.

Portanto, dada a inexistência de normas relativas à celebração de um pacto de não concorrência no que concerne à actividade de um administrador de uma sociedade comercial, atendendo ao que o ordenamento jurídico noutros ramos do Direito prevê e, aplicando analogicamente estas normas à situação em estudo, tendo em conta que a actividade de um administrador trabalhador é em alguns aspectos e, em termos práticos, idêntica à de um trabalhador, embora juridicamente existam diferenças, poderemos afirmar e configurar o período de duração de dois anos como aceitável. Ou seja, poderá ser celebrado um pacto de não concorrência após mandato entre a pessoa colectiva e o administrador, com uma duração considerada pela legislação em geral como considerável, pelo período máximo de dois anos. Obviamente que existirão situações muito particulares e a análise não poderá ser realizada como uma avaliação global de todas as actividades, mas tal como referimos, aplicando a lei por analogia e por considerarmos ser um período razoável, terão estes pactos a duração máxima de dois anos após a cessação de funções por parte do administrador na pessoa colectiva que administra.

Os deveres estatutários

A par dos deveres impostos por lei aos administradores no desempenho da sua actividade societária, existem ainda os deveres impostos pela própria sociedade, estatuídos no pacto social. Pode o pacto social englobar inúmeros deveres que os administradores terão de observar, traduzindo-se assim, também numa fonte fulcral dos deveres dos administradores. No entanto, importa referir que o previsto no pacto social, não poderá nunca afastar, nem ser incompatível com os deveres imperativos que têm como fonte a lei. Portanto, também a violação destes deveres e consequente violação do pacto social farão o administrador incorrer em responsabilidade civil e em obrigação de indemnizar.

Posto isto, importa então fazer breve referência à forma pela qual são estipulados estes deveres, assim como à referida figura do contrato de sociedade.

Quando falamos em contrato de sociedade, referimo-nos à sociedade enquanto negócio jurídico. Nos termos do artigo 980.º do CC, este negócio é configurado como um contrato, contrato pelo qual surge a relação jurídica societária, ou seja, o acto pelo qual aparece a sociedade, gerando a partir daí os contornos pelos quais esta se irá reger, atribuindo direitos e deveres às pessoas que nele figuram e estipulando as regras primordiais segundo as quais a sociedade desenvolverá a sua actividade.

Não cumpre a este respeito realizar uma abordagem aprofundada a esta temática, embora seja importante referirmos em termos práticos, que os requisitos essenciais se encontram previstos no artigo 9.º do CSC, estabelecendo este quais os aspectos essenciais e exigíveis por via de lei, que deverão constar obrigatoriamente no pacto social.

Outros requisitos a cumprir, aos quais importa também fazer referência, são requisitos de forma, previstos no artigo 7.º do CSC, referindo este basicamente, que o contrato deverá ser celebrado por documento escrito.

Assim e, respeitados todos os requisitos legais de ordem prática, poderão, tal como supra referido, ser estipulados certos e determinados deveres impostos aos sócios e demais pessoas integrantes na vida societária, que desde que não contrários à lei, desde que não verificados vícios no pacto social, deverão ser sempre respeitados, tratam-se portanto de verdadeiros deveres.

A par do contrato de sociedade, poderão ser também celebrados acordos parassociais, que a nosso ver não se poderão considerar também como verdadeiros deveres estatutários, para além disso não integrem de todo no pacto social.

Estes acordos, nos termos do artigo 17.º do CSC, caracterizam-se como convenções celebradas entre os sócios, através das quais estes se obrigam reciprocamente a exercer em determinados termos os direitos às suas participações sociais. Estes acordos podem dizer respeito ao direito de voto, mas nunca à conduta de intervenientes ou de outras pessoas no exercício de funções de administração ou de fiscalização, daí a sua não caracterização como deveres impostos aos administradores.

A destituição dos administradores

Verificando-se que existiu violação do dever de não concorrência, o administrador em causa poderá ser destituído da administração da sociedade, nos termos do artigo 403.º do CSC. Este preceito prevê diversas modalidades de destituição, às quais prestaremos breve atenção.

Começa este artigo a sua redacção, com uma abordagem ampla ao conceito da destituição, referindo que qualquer membro do conselho de administração pode ser destituído por deliberação da assembleia geral, em qualquer momento. Ora, o n.º 1 deste preceito tem na sua génese o carácter de urgência inerente ao desenvolvimento salutar da actividade social, tendo em conta que em muitos casos esta destituição, deverá ser feita no mínimo lapso de tempo possível, como forma de proteger a sociedade.

Atendendo à abrangência geral do n.º 1 desta disposição legal, os números que se seguem e o integram, vêm clarificar situações específicas e delimitar o seu cômputo de aplicação.

O n.º 2 deste preceito vem ressaltar que, nos casos de deliberação sem justa causa do administrador eleito ao abrigo das regras especiais previstas no artigo 392.º do CSC, ou seja, as regras especiais de eleição, não produzirá qualquer efeito se contra esta deliberação tiverem votado accionistas que representem, pelo menos, 25% do capital social. Esta norma, visa sobretudo, proteger os administradores eleitos ao abrigo de regras especiais de eleição, nas situações em que tal como referimos, não existe justa causa de destituição.

No que reporta ao n.º 3 deste preceito legal, prevê este que um ou mais accionistas, desde que titulares de, pelo menos, 10% do capital social, podem, enquanto não tiver sido convocada assembleia geral para o efeito, deliberar acerca da destituição, requerendo a destituição judicial de um administrador, desde que com fundamento em justa causa.

Este número é complementado pelo n.º 4 do preceito ora em estudo, que delimita as situações que consubstanciam a justa causa, referindo que há lugar a esta sempre que se verifique a violação grave dos deveres do administrador e a sua inaptidão para o exercício normal das suas funções.

Ora, será exactamente neste número que detemos a nossa atenção, verificada a violação do dever de não concorrência, atendendo ao seu carácter e especialidade, atrás estudados, esta fará com que estejamos perante uma situação de justa causa de destituição e consequente inaptidão para o desenvolvimento das funções de administrador da sociedade.

Tal como refere o Prof. Paulo Olavo Cunha, “*se a destituição ocorrer com justa causa, a sociedade não apenas não terá de indemnizar o destituído, como, sendo o caso, poderá ressarcir-se de eventuais danos que tenha sofrido pela actuação (ou inacção) do mesmo.*”²¹

Da referida citação, partimos para o estudo da indemnização a prestar pelo administrador à sociedade lesada, ou seja, à responsabilidade civil dos administradores.

²¹ CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 790

A Responsabilidade Civil

Começamos por explicar em que se baseia o conceito concreto da responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais. Esta poderá dividir-se em dois momentos distintos, a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal. No entanto, tendo em conta o tema do presente trabalho, iremos centrar o nosso estudo somente na responsabilidade civil dos administradores, o que não invalida que seja feita breve referência à responsabilidade no âmbito do direito penal, relativamente a situações concretas.

Da violação dos deveres dos administradores supra referidos e analisados, designadamente os previstos no artigo 64.º do CSC, assim como os restantes, surge a responsabilização dos administradores e a consequente obrigação de indemnizar pelo prejuízo causado. Este princípio decorre directamente do artigo 72.º do CSC, cuja epígrafe é exactamente “*Responsabilidade de membros da administração para com a sociedade*”.

Segundo esta previsão, sempre que os administradores da sociedade desrespeitarem aquilo que lhes for legalmente ou contratualmente imposto, sempre que a conduta adoptada no exercício da sua actividade societária não for consonante com a conduta exigível, incorrerão na obrigação de indemnizar, ressalvando o preceito analisado, as situações em que os administradores provem que agiram sem culpa, culpa essa, requisito necessário à existência da obrigação de indemnizar como a frente veremos.

A referência aos deveres legais, corresponde tanto aos deveres específicos dos administradores, como aos deveres gerais, nos quais se enquadram os deveres fundamentais previstos no artigo 64.º, já atrás analisados, os deveres de cuidado e os deveres de lealdade, sendo exactamente sobre estes que iremos deter o nosso estudo, mais detalhadamente quanto ao dever de lealdade e ao dever de não concorrência que neste se insere. A par do estudo realizado, tal como vimos, existem outros deveres dos administradores cuja violação gera obrigação de indemnizar e aos quais também se aplicarão os mesmos mecanismos, aquando da responsabilização por violação do dever de não concorrência.

Comecemos então, por fazer referência aos pressupostos da responsabilidade civil, cuja verificação é essencial.²²

Como primeiro requisito da responsabilidade civil, temos a prática de um acto ou de uma omissão. Acto esse ou omissão que sejam praticados com preterição dos deveres legais, contratuais ou acordados entre o administrador e a sociedade. Ora, em termos práticos, para que exista obrigação de indemnizar por parte do administrador, este terá de praticar um acto ou cometer uma omissão que viole o previsto na lei, que não respeite o legalmente exigível aquando do desempenho da sua actividade. Esse acto ou omissão será gerador de responsabilidade civil, também no caso de ser desconforme com o previsto no pacto social. Também consubstanciará acto ilícito, o que desrespeite, dando como exemplo o caso concreto, do pacto celebrado entre o administrador e a pessoa colectiva após a cessação do exercício das suas funções.

Portanto, desde que praticado em desrespeito por alguma destas situações, o acto ou omissão serão ilícitos e portanto, encontrar-se-á preenchido o primeiro requisito necessário à verificação da responsabilidade civil, um acto ou omissão ilícitos.

Como segundo requisito, surge a culpa. A culpa traduz-se num juízo de censurabilidade, ou seja, traduz-se na censurabilidade de determinada conduta ou omissão por parte do administrador, pela forma como actue indevidamente ou deveria ter actuado e não o fez. Como refere o Professor Doutor José Alberto González, “O juízo de culpa assenta, pois, no dogma do livre arbítrio individual”.²³ Ora, partindo desta expressão, poderemos concluir, que atendendo à liberdade pessoal de cada um e à possibilidade de adoptar escolhas livremente aquando do desempenho da sua função, pode o administrador agir de forma culposa e ter o seu comportamento influência directa em determinado facto, sendo então culpado por tal conduta.

Esta afere-se, regra geral, de acordo com os critérios previstos nos artigos 487.º e 799.º ambos do CC, de acordo com critérios de diligência de um bom pai de família. Mas no caso de actividade desempenhada por administrador aquando do exercício de funções tendo em conta a sua particularidade específica nestes casos, a culpa é presumida, admite-se sempre que o administrador agiu com culpa, uma vez que estamos

²² A este respeito e como complemento à Doutrina, poderemos referir o Acórdão do STJ de 31-03-2011, que determina de forma clara e precisa quais os pressupostos necessários à verificação de Responsabilidade Civil, disponível para consulta em www.dgsi.pt

²³ GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO, *Responsabilidade Civil*, Quid Juris, Lisboa, 2007, pp. 15 e ss.

a considerar pessoas com conhecimentos específicos acerca da matéria em causa e não de alguém com os conhecimentos médios exposto a uma situação geral do quotidiano.

Portanto, como segundo pressuposto da responsabilização civil de um administrador surge a culpa, culpa essa que tal como referimos se presume, existindo sempre a possibilidade de o administrador provar, que agiu sem culpa.

O terceiro pressuposto da responsabilidade é o nexo de causalidade existente entre a acção ou omissão do administrador e o dano que se caracteriza como um outro pressuposto que adiante analisaremos.

Ora, o nexo de causalidade caracteriza-se como a conexão existente entre a acção ou omissão e o dano efectivo verificado. Ou seja, não será bastante que a conduta tenha dado origem ao processo causal que deu origem ao dano, é necessária a existência efectiva entre a conduta e o dano para que assim se impute este ao autor. Tem de existir assim uma relação causa/efeito, entre aquilo que o administrador efectuou e o resultado concreto (dano) verificado.

Por vezes o preenchimento deste pressuposto torna-se complexo, uma vez que no actuar da vida societária, é por vezes de difícil afirmação a causa de determinado dano a por exemplo uma decisão de determinado administrador. A este respeito, e como preenchimento deste pressuposto, refere o Professor Coutinho de Abreu que *“Na formulação mais ampla (“negativa”) da doutrina, preferível para a responsabilidade por factos ilícitos culposos (como a que nos ocupa), o facto que actuou como condição do dano só deixará de ser considerado causa adequada se se mostrar de todo indiferente para a verificação do dano, tendo-o provocado somente por virtude de circunstâncias extraordinárias ou anómalas (que tanto poderiam sobrevir ao facto ilícito como a um facto lícito) ”*.²⁴

Portanto, o nexo de causalidade afere-se no caso da responsabilidade civil dos administradores, pela negativa, ou seja, existirá sempre, em principio, a correlação da conduta do administrador com o dano efectivo, só se afastando aquele, nos casos em que houver manifesta falta de ligação entre estes dois pressupostos. O que fará todo o sentido, na vez que o poder decisivo está nas mãos do administrador, e qualquer

²⁴ ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos n.º 5, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 8 e 9

decisão terá sempre um efeito na sociedade, se esse efeito se traduzir num dano, estará preenchido o nexo de causalidade.

Por último, temos então o dano como pressuposto da responsabilidade civil. O dano caracteriza-se como o resultado verificado na sociedade por via da conduta do administrador, ou seja, a lesão que com o seu acto ou omissão ilícitos provocou, tendo dado origem a uma lesão à pessoa colectiva.

Este divide-se em duas vertentes, dano real e dano patrimonial. Referimo-nos a dano real quando a lesão verse sobre interesses societários juridicamente protegidos, ou seja, quando nos referimos a dissipação, subtracção ou deterioração de bens corpóreos ou incorpóreos, propriedade da pessoa colectiva. Falaremos em dano patrimonial, naquele que se traduz directamente num prejuízo, de tal como o nome indica, patrimonial na sociedade, *“que agrega tanto o dano emergente como o lucro cessante e se mede, em princípio, pela diferença entre a situação real actual da sociedade e a situação (hipotética) em que ela se encontraria se não tivesse ocorrido o comportamento lesivo”*.²⁵

Assim sendo, encontrando-se preenchidos os pressupostos descritos, em consonância com o previsto no n.º 1 do artigo 72.º do CSC, supra referido, fica o administrador civilmente responsável perante determinada situação e consequentemente obrigado a indemnizar a sociedade na medida do dano efectivo provocado pela sua conduta.

No caso específico da violação do dever de lealdade, nomeadamente no que concerne ao dever de não concorrência e tendo em conta a sua especificidade, quando o administrador exerce actividade concorrente, como atrás vimos, por si próprio ou através de interposta pessoa, encontram-se preenchidos todos os pressupostos da responsabilidade civil. Ou seja, age ilicitamente, adopta uma conduta ilícita, ao exercer actividade que vá de encontro directo e concorrente com o objecto da actividade que a sociedade que administra desenvolve. Age também com culpa, presumindo-se sempre esta, embora aqui não exista sequer margem para a afastar, uma vez que nos deveres de lealdade, esta não será susceptível de ser afastada, o que faz sentido, no caso concreto, o administrador ao agir de forma a “fazer concorrência” à pessoa colectiva, o exerce, em

²⁵ ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos n.º 5, Almedina, Coimbra, 2010, p. 8

princípio por vontade própria, estando consciente de que o está a fazer, atendendo às suas capacidades específicas e técnicas, muito dificilmente o faria negligentemente.

Ora, esta conduta será certamente causadora de um dano. Exercer actividade concorrente fará com que a sociedade que administra perca no mínimo clientes e oportunidades de negócio. Dano esse que se traduzirá num dano patrimonial.

Quanto aonexo de causalidade, estará sem dúvida preenchido, uma vez que o resultado deste dano traduzir-se-á na lesão directamente causada pelo comportamento concorrente por parte do administrador.

Preenchidos, estes pressupostos, fica então o administrador que violou este dever, obrigado a indemnizar a sociedade perante o prejuízo causado. Prejuízo esse, que tal como referimos, será de natureza patrimonial e, será calculado, de acordo com o dano patrimonial causado, ou seja, tendo sempre em conta o prejuízo pecuniário total causado à sociedade, envolvendo no seu cômputo, tanto os lucros cessantes, como os danos emergentes. Será a sociedade ressarcida, pelo prejuízo directo que sofreu, por não ter realizado determinado volume de negócios e pelo prejuízo que virá a sofrer, por exemplo, pela perda efectiva da clientela que deixou de com esta contratar.

Neste sentido, permite o n.º 2 do artigo 72.º do CSC, o afastamento da culpa por parte do administrador, no que concerne a uma decisão que adoptou e que contrariou um dever de cuidado. Surge nestes casos a regra da *business judgment rule*, que se traduz no facto de o mérito de certas decisões dos administradores não ser julgado pelos tribunais com base em critérios de razoabilidade, mas segundo critérios de avaliação excepcionalmente limitados, “o administrador será civilmente responsável somente quando a decisão for considerada (nos termos da formulação dominante) irracional. Decisões irrazoáveis há muitas; muito mais raras serão as irracionais: sem qualquer explicação coerente, incompreensíveis”.²⁶

A título de exemplo, o Professor Coutinho de Abreu cita Frederico Ghezzi acerca de um caso que chegou aos tribunais Norte Americanos, “os administradores de uma sociedade concentraram todos os recursos sociais disponíveis na construção de uma instalação, apesar de saberem que ela não operaria de modo lucrativo; o tribunal

²⁶ ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos n.º 5, Almedina, Coimbra, 2010, p. 37

*condenou os administradores, já que eles não foram capazes de dar qualquer explicação satisfatória ou de avançar qualquer justificação para os gastos”.*²⁷

Através da breve referência à exclusão da responsabilidade civil através da *business judgment rule* depreendemos, que nos casos de possível violação dos deveres de cuidado, pode o administrador, mediante situações específicas, afastar a culpa, diferenciando-se aqui as decisões irrazoáveis das decisões irracionais do ponto de vista empresarial. Afere-se a razão da sua conduta, segundo critérios de razoabilidade. Caso assim não fosse, qualquer administrador, teria enorme receio em tomar determinada decisão, o que não seria de todo salutar à vida societária e, conseqüentemente, ao desenvolvimento das oportunidades de negócio.

Contrapondo os casos de violação dos deveres de lealdade e, como nestes casos não falamos em decisões, mas sim no respeito por deveres de confiança, não faria sentido aplicar esta regra aquando da violação destes. Não poderá então o administrador afastar a culpa e ser desresponsabilizado aquando da verificação da violação de um dever de lealdade.

Outro ponto aqui a referir, terá que ver com a solidariedade na responsabilidade civil, nos termos do artigo 73.º do CSC,

“ 1 – A responsabilidade dos fundadores, gerentes ou administradores é solidária.

2 – O direito de regresso existe na medida das respectivas culpas e das conseqüências que delas advierem, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis.”

Ora, nos termos deste preceito, pode a pessoa colectiva, exigir a responsabilidade integral a qualquer dos administradores, existindo esta medida para protecção directa dos interesses societários. Após a restituição, terão os administradores direito de regresso sobre aquele que efectivamente violou o dever em causa, aferindo-se este direito de regresso de acordo com a aferição da medida de culpa de cada um.

No entanto, importa referir que esta solidariedade existe apenas entre os administradores responsáveis, não sendo solidariamente responsável qualquer administrador pelo simples facto de ser membro de um órgão administrativo. Como

²⁷ ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos n.º 5, Almedina, Coimbra, 2010, p. 37

refere o Professor Coutinho de Abreu “*A responsabilidade dos administradores é por culpa e por facto próprio, não é responsabilidade sem culpa e por facto de outrem*”.²⁸ Dando ainda como exemplo, “*se o órgão é composto por três administradores mas só um actuou ilicitamente (e com culpa), não há qualquer solidariedade na responsabilidade, apenas este responde; se forem dois os que actuaram indevidamente, somente esses dois respondem solidariamente. Ainda quando o órgão funcione colegialmente, daí não deriva necessariamente a responsabilidade solidária de todos os seus membros*”.²⁹

Ora, faz todo o sentido que a Doutrina tenha adoptado esta posição, uma vez que seria completamente desproporcionado e, dando como exemplo o caso da concorrência indevida por parte de um administrador, que outros que nada têm que ver com esta conduta ilícita venham também a responder pelos prejuízos causados.

Um outro ponto de especial relevância, que cumpre também referir, tem que ver com os factos extintivos da responsabilidade civil.

Como primeiro facto extintivo da obrigação de indemnizar, temos o previsto no n.º 2 do artigo 74.º do CSC,

“*2 – A sociedade só pode renunciar ao seu direito de indemnização ou transigir sobre ele mediante deliberação expressa dos sócios, sem voto contrário de uma minoria que represente pelo menos 10% do capital social; os possíveis responsáveis não podem votar nessa deliberação.*”

Nos termos desta disposição legal, a sociedade poderá renunciar ao seu direito à indemnização, surgindo aqui então um facto extintivo da obrigação de indemnizar por parte do administrador. Esta renúncia detém contornos específicos e tal como previsto, só poderá ser adoptada mediante deliberação expressa dos sócios no que respeita ao direito de renúncia e não poderá ter votos contrários que representem mais de 10% do capital social. Por razões lógicas e práticas, os possíveis responsáveis pela conduta lesiva não poderão votar aquando desta deliberação. Portanto, está reservado à

²⁸ ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos n.º 5, Almedina, Coimbra, 2010, p. 54

²⁹ ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos n.º 5, Almedina, Coimbra, 2010 pp. 54 e 55

sociedade o direito de renúncia no que concerne ao seu ressarcimento por alguma lesão que lhe tenha sido causada.

Outro facto extintivo da responsabilidade civil para com a sociedade, tem que ver com a prescrição, nos termos da al. b) do n.º 1 do artigo 174.º do CSC, ou seja, prescreve o direito à indemnização à sociedade no prazo de cinco anos, nos termos do artigo supra transcrito. No entanto e, nos termos da al. d) do artigo 318.º do CC, relativo à suspensão da prescrição, esta não começa nem corre enquanto o administrador responsável se mantiver no exercício da sua actividade.

Por último, faremos referência à forma pela qual a sociedade poderá ver o seu direito à indemnização realizado. Fará valer o seu direito através de uma competente acção de responsabilidade civil, que poderá ser intentada pela própria pessoa colectiva, nos termos do artigo 75.º do CSC,

“ 1 – A acção de responsabilidade proposta pela sociedade depende de deliberação dos sócios, tomada por simples maioria, e deve ser proposta no prazo de seis meses a contar da referida deliberação; para o exercício do direito de indemnização podem os sócios designar representantes especiais.

2 – Na assembleia que aprecie as contas de exercício e embora tais assuntos não constem da convocatória, podem ser tomadas deliberações sobre a acção de responsabilidade e sobre a destituição dos gerentes ou administradores que a assembleia considere responsáveis, os quais não podem voltar a ser designados durante a pendência daquela acção.

3 – Aqueles cuja responsabilidade estiver em causa não podem votar nas deliberações previstas nos números anteriores.”

Nos termos deste preceito, concluimos que para que a acção seja proposta, terá de ser deliberada a sua proposição por maioria simples dos sócios e deverá ser intentada no prazo de seis meses após a referida deliberação. Permite também este preceito que os sócios nomeiem representantes especiais para representar a sociedade no decorrer desta acção, o que se justifica pelo facto de normalmente serem os administradores a representar a sociedade e, não faria qualquer sentido, ser o administrador visado, alvo da responsabilização a representar a sociedade nestes casos.

Este preceito vem prever também que a deliberação da acção de responsabilidade civil seja tomada, mesmo que não conste da ordem de trabalhos estipulada na convocatória, justificando-se este ponto pelo carácter urgente e especial que uma acção deste género envolve.

Mais uma vez, veio a legislação vetar, por razões lógicas o direito de voto, nestes casos, ao administrador possivelmente responsável pela conduta lesiva.

Uma outra forma de a sociedade ver reconhecido o seu direito à indemnização, versa sobre a acção social de um sócio, acção essa prevista nos termos do artigo 77.º do CSC.

Nos termos deste preceito, será então possível aos sócios propor acção de responsabilidade civil contra os administradores que causaram dano à sociedade, desde que possuam pelo menos 5% d capital social ou 2% nos casos de sociedades emitentes de acções admitidas à negociação em mercado regulamentado.

Este preceito ressalva ainda que a acção continua mesmo nos casos em que os sócios pecam ou desistam dessa qualidade e exige naturalmente que a sociedade seja chamada a causa por via dos sócios ou representantes por si escolhidos para os representar, uma vez que será a sociedade a principal visada.

Portanto, são as duas formas supra referidas, a acção proposta pela própria sociedade e a acção proposta por sócio, as possíveis para que a pessoa colectiva alvo da lesão, veja o seu direito a ser ressarcida reconhecido.

Importa também referir que os administradores para além de responsáveis perante a sociedade, serão também responsáveis para com os credores sociais e para com os sócios e terceiros, por danos que pela conduta adoptada lhes provoquem, podendo também os primeiros propor acção de responsabilidade civil contra o administrador nos termos do artigo 78.º do CSC.

Conclusão

Atentos os temas explicados e considerados fulcrais ao âmbito do presente trabalho, cumpre realizar uma conclusão.

Tal como explicado, a concorrência, conceito de difícil apreciação pela especialidade das matérias que abrange e da seu exponencial desenvolvimento, poderemos concluir que esta figura jurídica, ainda se encontra longe da perfeição, daí o aparecimento do recente diploma que veio colmatar certas divergências de conteúdo existentes no diploma anterior. Não será de fácil aplicação esta figura jurídica, uma vez que nos aparece tanto como um direito tanto consagrado na CRP como no Direito da União Europeia, como um conceito de limitação ao seu exercício, nos casos que atrás expusemos. Assim sendo, e tal como já foi referido a este respeito, terá sempre de ser realizado um contrabalanço entre o que é aceitável, fazendo jus ao senso comum e às práticas exercidas no comércio. Há que ser analisado caso a caso, nunca descorando a situação em particular, não obstante de no caso de um administrador, aquando do exercício da sua actividade estar perfeitamente consciente de que é um dever que terá de observar sempre.

É portanto, a concorrência, um conceito complexo, alvo de intenso estudo, não só ao nível do direito societário, mas no que concerne à generalidade dos ramos de direito. É uma figura importantíssima ao salutar desenvolvimento da ordem jurídica, principalmente quanto às normas reguladoras da actuação dos diversos agentes no mercado, normas essas que desprovidas do conceito concorrencial não seriam passíveis de aplicação prática.

O presente trabalho, não deteve grande foco nesta figura jurídica, embora tenhamos realizado diversas referências e apreciações, uma vez que é elemento essencial à análise do tema central.

No que concerne aos deveres dos administradores, tal como verificámos, dividem-se em diversas vertentes. Os deveres legais, previstos no artigo 64.º do CSC, o qual prevê deveres de cuidado e deveres de lealdade. Foi sobre estes últimos que versou o nosso estudo. Deveres de extrema importância e de necessária verificação ao normal e eficaz funcionamento de uma sociedade comercial.

Versou fundamentalmente o nosso estudo sobre um dever específico que se insere nos deveres de lealdade, o dever de não concorrência dos administradores, envolvendo aqui o estudo do que se considera concorrência efectiva e tal como verificámos, trata-se de um dever legalmente imposto e previsto na legislação comercial, que adopta contornos de grande especialidade, tendo sempre por base a actividade efectiva que o administrador desenvolve e o objecto da sociedade.

Cumpramos concluir que é um dever pertinente, uma vez que a vida societária, tendo e conta o fim primordial da pessoa colectiva, o lucro e, na ausência de um dever deste cariz, todas as actividades comerciais seriam gravemente prejudicadas, uma vez que a inexistência de obrigações de não concorrência, seria factor aliciante, para que um administrador obtivesse para si inúmeras vantagens, exactamente a partir da sua deslealdade para com a sociedade.

Analizamos também a eventual existência deste dever após a cessação de funções do administrador. Figura esta que faz todo o sentido, embora não prevista em legislação específica. Concluimos, que muitas vezes, será mais “perigosa” e também, em termos práticos, muito mais frequente a concorrência após a cessação do exercício de funções, uma vez que enquanto exerce actividade em determinada pessoa colectiva, o administrador terá todo o interesse em que esta evolua e cumpra os seus objectivos. Aquando da cessação de funções, à partida perderá todo o seu interesse nesta pessoa colectiva e empenhará os seus esforços numa nova actividade que venha a desenvolver, actividade essa que poderá então ser concorrente com a anterior.

Portanto, a nosso ver, deterá a mesma importância o dever de não concorrência após cessação de funções que o dever de concorrência enquanto administrador.

Realizamos também breve referência aos deveres estatutários. Estes deveres diferem de sociedade para sociedade, uma vez que serão nos distintos pactos sociais. Serão de aplicação efectiva aos administradores, serão tao respeitados como os deveres legais e a nosso ver, revestem grande importância, uma vez que quando não contrários à lei, delinearão de forma efectiva a actividade da sociedade, impondo verdadeiras condutas, por vezes essenciais, no desempenho de quem faz parte da vida societária.

Por fim, detivemos a nossa atenção sobre a responsabilidade civil dos administradores. Enunciamos os pressupostos necessários à sua verificação e

concluimos que, nestes casos específicos, a culpa é sempre presumida, podendo apenas ser afastada nos casos de violação dos deveres de cuidado.

Quanto ao ressarcimento da sociedade por via do prejuízo que lhe foi causado, explicamos as diversas formas, através das acções de responsabilidade civil que poderão ser propostas e quais os intervenientes que para as propor terão legitimidade. Tal como vimos os administradores serão responsáveis tanto perante a própria sociedade, como pelos restantes intervenientes que da vida societária fazem parte, tais como os sócios e os credores sociais, uma vez que a violação de um dever por parte de um administrador, não afectará somente a própria pessoa colectiva, mas também todos os outros agentes que desta de certa forma dependam.

Portanto, encontrando-se preenchidos os pressupostos explicados e sendo as acções de responsabilidade propostas nos termos legais, terão os administradores, caso assim em juízo se decida, de indemnizar pelo dano causado.

Como conclusão final, referimos que a matéria em questão ainda se encontra em desenvolvimento, encontrando-se poucas referências a seu respeito tanto na Doutrina como na Jurisprudência. Trata-se de uma matéria em vias de desenvolvimento e, daí as recentes alterações realizadas a seu respeito.

Bibliografia

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos n.º 5, Almedina, Coimbra, 2010

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, Coimbra Editora, 2003

BARREIROS, FILIPE, *Responsabilidade Civil dos Administradores e a Corporate Governance*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011

CÂMARA, PAULO, «O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais», in AA. VV., *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008

CANOTILHO, J.J. GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Lex, Lisboa, 1997

–«A lealdade no direito das sociedades», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, Dezembro, Lisboa, 2006

–«Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II, Ano 66, Setembro, Lisboa, 2006

CORREIA, MIGUEL PUPO, *Direito Comercial- Direito da Empresa*, Editorial Minerva, Lisboa, 2007

COSTA, RICARDO/ DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, in AA. VV., *Código das sociedades comerciais em comentário*, Vol. I, IDET, Almedina, Coimbra, 2010

CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2006

DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

FERREIRA, BRUNO, «Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes: análise aos deveres de lealdade em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário», *in* Revista de Direito das Sociedades, Ano 1, N.º 3, 2009

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, «A Business Judgement Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores», *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, Vol. I, Lisboa, 2007

GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO, *Responsabilidade Civil*, Quid Juris, Lisboa, 2007

LEITÃO, MARIA ADELAIDE MENEZES, «Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção», *in* RDS, Ano 1, Volume III, 2009

MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Almedina, 2010

MENEZES, ANTÓNIO DE MAGALHÃES, *Comparação entre o novo artigo 64.º do CSC e a redacção originária*, Relatório apresentado à disciplina de Direito das Sociedades Comerciais, Lisboa, 2009

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Contrato de Agência*, Almedina, Coimbra, 7.^a Edição, 2010

NUNES, PEDRO CAETANO, *Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2006

RAMOS, MARIA ELISABETE, «Responsabilidade civil dos administradores ou directores das sociedades anónimas perante os credores sociais», *in* Boletim da Faculdade de Direito Coimbra, Coimbra Editora, 2002

SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS, e outros, *Direito Económico*, Almedina, Coimbra, 5.^a Edição, 2008

SILVA, JOÃO SOARES DA, «Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da corporate governance», *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 57, Vol. II, Lisboa, 1997

SQUILACCE, ADRIANO e ALVES, DANIEL BENTO, «A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato: contornos e limites», *in* Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2011

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, «Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais», *in* Direito das Sociedades em Revista, Ano I, Vol. 1, Almedina, Coimbra, 2009