



Escola de Ciências Sociais e Humanas
Departamento de Economia Política

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em Particular o Dever de Lealdade

Ana Rita Gondar Sabina

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito das Empresas: Especialização em Direito das Sociedades Comerciais

Orientador:
Professor Doutor António Pereira de Almeida
ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa

Setembro, 2016

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em Particular o
Dever de Lealdade

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em Particular o
Dever de Lealdade



Escola de Ciências Sociais e Humanas
Departamento de Economia Política

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais

Ana Rita Gondar Sabina

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito das Empresas: Especialização em Direito das Sociedades Comerciais

Orientador:
Doutor António Pereira de Almeida, Professor Auxiliar Convidado
ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa

Setembro, 2016

AGRADECIMENTOS

A elaboração desta dissertação e, de uma forma geral, a frequência deste Mestrado, não seria possível sem o contributo de diversas pessoas às quais quero expressar um profundo agradecimento.

Em primeiro lugar, quero agradecer aos meus pais pelo apoio incondicional, pela força que me transmitem, os ensinamentos e especialmente pelo exemplo que são para mim.

Em segundo lugar, ao Professor Doutor Manuel António Pita, Coordenador do Mestrado, pois o seu empenho, dedicação e disponibilidade é fonte de interesse nos seus discentes.

Em segundo lugar, ao Professor António Pereira de Almeida, por ter aceitado ser meu orientador, pela paciência, pelos ensinamentos.

Por fim, quero agradecer aos meus amigos, que me deram ajuda e a força extra de que necessitei ao longo da elaboração desta dissertação.

A todos, o meu obrigado por contribuírem para a pessoa que sou hoje.

RESUMO

Palavras-Chave: Dever de lealdade; Responsabilidade Civil; Administradores; Sociedades Comerciais

(JEL Classification System: K: Law and Economics; K2: Regulation and Business Law)

Esta dissertação tem como objetivo primordial o estudo do dever de lealdade e a consequente responsabilidade civil por violação do mesmo.

Para tal, começamos por referir as alterações legislativas relevantes nesta matéria e, de seguida, realizamos uma abordagem geral ao artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais. Aqui iremos abordar, de uma forma menos aprofundada, os deveres de cuidado.

De seguida faremos um estudo aprofundado e abrangente ao dever de lealdade dos administradores, delimitando as condutas a que este se pode reconduzir. Neste âmbito, incluímos uma análise ao conceito de interesse social. Isto para que possamos perceber quais os fatos que podem conduzir à responsabilidade civil dos administradores.

Após o tratamento analítico destes pontos, veremos quais os pressupostos que têm de estar preenchidos para que se verifique uma situação de responsabilidade civil dos administradores e, veremos ainda, como se efetiva essa responsabilidade perante a sociedade.

Ao longo do trabalho é também abordado o tratamento que a jurisprudência nacional tem dado estas situações e procura-se perceber se este é suficiente face aos acontecimentos atuais.

ABSTRACT

Key-Words: Duties of Loyalty; Civil Liability; Administrators; Commercial Companies

(JEL Classification System: K: Law and Economics; K2: Regulation and Business Law)

This dissertation has as its primary objective the study of the duty of loyalty and the consequent liability for violation of the same.

To this end, we begin by referring to the relevant legislative amendments in this respect, and then carry out a general approach to article 64 of the Commercial Companies Code. Here we will address, in a less in-depth, the duties of care.

Then we will make an in-depth and comprehensive study to the duty of loyalty of Directors, delimiting the conducts that it can bring. In this context, include an analysis to the concept of social interest. This so we can understand what the facts that can lead to civil liability of administrators.

After analytic treatment of these points, we will see what are the assumptions that must be filled in to that situation of civil responsibility the administrators and, as we shall see if this responsibility effectively towards society.

Along the work is also discussed the treatment of the national jurisprudence has given these situations and try to figure out if this is sufficient in relation to current events.

Índice

Capítulo I – INTRODUÇÃO	1
Secção I – Introdução.....	1
Secção II – Evolução histórico-legislativa.....	3
Capítulo II – DEVERES FUNDAMENTAIS DOS ADMINISTRADORES	5
Secção I – Breve referencia ao Artigo 64.º do CSC.....	5
Secção II – Deveres de Lealdade.....	8
i) Conceito.....	8
ii) Fundamento.....	9
iii) Interesse Social.....	9
iv) Conflito de interesses:.....	12
• Negócios celebrados com a sociedade.....	12
• Dever de não utilização em benefício próprio meios ou informações da sociedade....	15
• Proibição de abuso de posição.....	16
• Dever de não concorrência.....	16
• Dever de não apropriação de oportunidades de negócio da sociedade.....	20
Capítulo III – RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES	25
Secção I – Noções Gerais.....	25
i) Pressupostos.....	25
ii) Causas de Exclusão.....	28
iii) Solidariedade na Responsabilidade.....	30
iv) Causas de Extinção.....	31
Secção II – Por violação do dever de lealdade.....	33
Capítulo IV – A EFECTIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE	37
Capítulo V – NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE	41
Capítulo VI – CONCLUSÃO	43
BIBLIOGRAFIA	45

Glossário de Siglas

CC: Código Civil

CCom: Código Comercial

CSC: Código das Sociedades Comerciais

RL: Relação de Lisboa

RP: Relação do Porto

STJ: Supremo Tribunal de Justiça

Capítulo I – INTRODUÇÃO

Secção I – Introdução

Pretende-se com esta dissertação analisar o regime da responsabilidade civil pela violação de deveres fundamentais, dando prevalência à violação do dever de lealdade dos administradores fazendo um estudo aprofundando sobre as diversas situações passíveis de ser consideradas como tal violação.

Atenta às alterações legislativas, começaremos por realizar uma breve referência à Reforma de 2006 e às novidades que esta trouxe, nomeadamente, no que toca aos deveres dos administradores e às críticas que gerou.

De seguida faremos uma abordagem geral ao artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais¹, já que este nos define de uma forma genérica os deveres dos administradores. Os administradores são, na maioria dos casos, quem gere e representa a sociedade perante terceiros. Esta administração é realizada com grande autonomia e discricionariedade. No sentido de evitar que esta gestão seja arbitrária o legislador consagrou deveres gerais dos administradores no artigo 64.º do CSC. Estes deveres são, então, o dever de cuidado e de lealdade.

Passaremos agora para o plano do dever de lealdade. Os deveres dos administradores têm sido amplamente explorados através de trabalhos científicos que pretendem responder às dificuldades que esta área tem apresentado, mas poucos se têm dedicado aos deveres de lealdade e suas consequências em termos de responsabilização. Muitos são aqueles que enveredam pelo caminho do dever de cuidado e a consequente aplicação da *business judgment rule*.

Ora nós pretendemos focar-nos nos deveres de lealdade que se resumem à relação fiduciária entre o administrador e a sociedade, sendo o fundamento na gestão destes do património alheio. Entra aqui a relevância da reforma de 2006, pois elevou estes a deveres fundamentais. Trata-se de uma defesa ativa do interesse social. Aqui cabe definir o conceito de interesse social, que podemos aqui adiantar, que passa pelos interesses dos sócios, existindo uma discussão na forma como deverão ser considerados esses interesses, se o interesse comum – visão institucionalista – ou os interesses dos sócios individualmente

¹ Adiante mencionado como CSC.

considerados quando coincidente com os da sociedade – visão contratualista, existindo uma clara tendência para a primeira visão.

Chegamos ao ponto em que temos toda a informação para poder delimitar o que caracteriza uma violação do dever de lealdade, isto é, quais as condutas legalmente proibidas, sendo este o foco do trabalho

De seguida iremos passar para a área da responsabilidade civil dos administradores por violação destes deveres e, em concreto, pela violação do dever de lealdade. Neste campo, pendemos para falar apenas da responsabilidade dos administradores perante a sociedade, deixando de fora a responsabilidade para com os sócios e terceiros e a responsabilidade para com credores sociais, para que não nos tornemos demasiado abrangentes. Analisaremos aqui os pressupostos, causas de justificação e de extinção dessa mesma responsabilidade.

Passaremos então para a efetivação da responsabilidade, isto é, aos vários tipos de ações previstos na lei como forma de responsabilizar os administradores – ação social “ut universi”, a ação social “ut singuli” e a ação sub-rogatória dos credores sociais.

Por fim, pretendemos fazer um breve capítulo quanto à natureza desta responsabilidade.

Na conclusão do nosso trabalho pretendemos perceber como tem sido aplicado este regime no nosso país e se se revela suficiente para fazer face aos acontecimentos atuais, através de uma análise da doutrina e da jurisprudência portuguesa. Afinal como se coaduna o regime discricionário como é este e um sistema de fiscalização e efetivação de responsabilidade? São estas questões que pretendemos ver respondidas no final deste trabalho de investigação.

Secção II – Evolução histórico-legislativa

A análise do regime da responsabilidade civil dos administradores nem sempre foi alvo de tratamento desenvolvido por parte do ordenamento jurídico português. As primeiras leis a versarem especificamente sobre as sociedades comerciais remontam a 1867 e o primeiro Código Comercial, publicado em 1888, denominado por Código Comercial de Veiga Beirão também não desenvolveu o tema.

Destaca-se na evolução legislativa o Decreto-Lei n.º 49.381, de 15 de Novembro de 1969, que vem, pela primeira vez, distinguir diversas modalidades de responsabilidade dos membros de órgãos de administração, nos artigos 17.º a 26.º.

O Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, veio apenas sistematizar o direito societário e todas as matérias relativas à responsabilidade civil dos administradores.

Até à Reforma de 2006, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, assistiram-se a diversas alterações legislativas fruto de uma globalização e à influência de outros ordenamentos jurídicos. Assistimos a uma influência crescente de países de matriz anglo-saxónica, como os EUA, e introduzem-se conceitos como *corporate governance* e *business judgment rule*.

Das mudanças trazidas pela Reforma podemos afirmar como toda a certeza que a reformulação do artigo 64.º do CSC foi a mais relevante, elevando o direito de lealdade a direito fundamental, apesar de este já se encontrar implícito na sua anterior redação, e delimitou o conceito de interesse social, autonomizando este dos interesses dos sócios. O novo n.º 2 do artigo 72.º do CSC é também uma importante consagração, introduzindo no regime societário português a *business judgment rule*.

Como veremos, apesar de o artigo 64.º não se encontrar inserido no Capítulo da Responsabilidade Civil, desempenha um papel fundamental.

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em Particular o
Dever de Lealdade

Capítulo II – DEVERES FUNDAMENTAIS DOS ADMINISTRADORES

Secção I – Breve referencia ao Artigo 64.º do CSC

As empresas funcionam assentes em mecanismos de gestão que têm como objetivo máximo a realização do objeto social das mesmas. Esta gestão das sociedades é atribuída ao Conselho de Administração, constituído por Administradores, e realizada com elevado grau de autonomia e discricionariedade. Para além desta gestão, compete ainda aos administradores a tarefa de representar a sociedade².

O risco inerente à atividade de Administração é bastante elevado e, como tal, coube ao legislador delimitar o comportamento aceitável de um administrador. Podemos distinguir dois tipos de deveres legais – os específicos e os gerais. Os deveres legais específicos são aqueles que resultam imediata e especificamente da lei, tanto no CSC como em diplomas avulsos³⁴. Já os deveres legais gerais traduzem-se num elenco aberto de direitos, impossível de concretizar, delimitado por cláusulas gerais no CSC.

É precisamente nestes deveres legais gerais que nos vamos focar. Na atual redação do artigo 64.º do CSC é possível identificar, no seu n.º 1, o dever de cuidado e o dever de lealdade, resultado de uma influência anglo saxónica.

Começando pelo dever de cuidado (*duty of care*), encontramos-lo definido na al. a), este traduz-se numa obrigação de meios⁵, ou seja, no modo como os administradores devem desempenhar as suas funções. Consiste, portanto, na obrigação dos administradores cumprirem com diligencia as obrigações derivadas do seu ofício-função, de acordo com o máximo de interesse da sociedade e com o cuidado que se espera de uma pessoa medianamente prudente em circunstâncias e situações similares⁶.

² Cfr., artigos 405.º e 373.º, n.º 3 do CSC.

³ Cfr., Abreu, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, 2.ª Edição, p. 12

⁴ Por exemplo, artigo 6.º, n.º 4, 412.º, n.º 4 e 433.º, n. 1 do CSC

⁵ Como poderemos perceber pela análise do recente artigo 72.º, n.º2, que introduziu no nosso ordenamento jurídico a business judgment rule.

⁶ Cfr., Abreu, J. M. Coutinho de, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Volume I, Almedina, p. 730.

Para uma melhor compreensão da deste dever, o legislador estabeleceu algumas circunstâncias exigíveis⁷: “disponibilidade”, “competência técnica” e “o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções”. De seguida, ainda na mesma alínea, o legislador define a bitola de atuação do administrador, isto é, define o padrão comportamental a seguir pelo administrador.

Porém, este dever é considerado muito genérico e a doutrina tem feito um esforço para o analisar de forma crítica. Daqui resultou a divisão do dever de cuidado em alguns subdeveres: o dever de vigilância; o dever de preparar adequadamente as decisões de gestão; o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis⁸⁹¹⁰.

Segundo o dever de vigilância os administradores deverão manter-se informados relativamente à atividade, objeto social, e ao desenvolvimento que esta atividade encontra na sociedade a nível económico e financeiro, de forma a poder responder de forma mais adequada. Esta informação pode ser adquirida pelo próprio administrador ou por terceiros. Podemos observar aqui dois dos elementos da alínea a), nomeadamente, a disponibilidade e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções.

Já o dever de preparar adequadamente as decisões é um dever procedimental e consiste no fato de o administrador ter de preparar a informação que recolhe de forma a retirar dela a utilidade que possa ter para uma decisão empresarial no futuro. É uma obrigação de resultado.

Por fim, temos o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis. Este dever não deve ser confundido com o dever de tomar sempre a melhor decisão. Aqui entra a grande discricionariedade e autonomia, anteriormente referidos, que permitem ao administrador tomar decisões empresariais que apesar de conterem em si riscos podem ser a mais acertada para a empresa. Terá de ser uma decisão racional, isto é, terá que ser uma decisão

⁷ Cfr., Abreu, J. M. Coutinho de, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Volume I, Almedina, p. 731.

⁸ Cfr., Lourenço, Nuno Calaim, *Os deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, p. 17.

⁹ Também Coutinho de Abreu refere a necessidade de concretizar este dever de cuidado, subdividindo-o em: dever de controlo e vigilância organizativo-funcional; dever (procedimental) de preparar adequadamente as decisões; dever de tomar decisões substancialmente razoáveis. O conjunto destes sub-deveres traduz-se na atuação diligente de um administrador criterioso e ordenado.

¹⁰ Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários*, 6.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011. Segundo este autor, este dever manifesta-se logo no momento da aceitação das funções de administração.

fundamentada na informação recolhida e tratada e de acordo com a lógica empresarial. Como critérios orientadores do que representa o limite da discricionariedade e autonomia, podemos dizer que os administradores se encontram obrigados a: não dissipar o património social; e evitar riscos desmedidos¹¹.

Deixamos a análise da alínea b) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC para o capítulo seguinte, pretendendo uma análise mais cuidada.

Cabe ainda fazer referência ao n.º 2 do artigo 64.º. Este trata os deveres de cuidado e lealdade que servem de bitola às condutas dos titulares de órgãos de fiscalização.

¹¹ Cfr., Lourenço, Nuno Calaim, *Os deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, p. 21; e Cfr., Abreu, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, 2.ª Edição, p. 22.

Secção II – Deveres de Lealdade

i) Conceito

Com a Reforma de 2006, o artigo 64.º, n.º 1, alínea b) do CSC passou a consagrar expressamente o dever de lealdade (*duty of loyalty*). Neste artigo podemos ler que os gerentes e administradores da sociedade devem observar “deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo os interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”.

Este dever foi, então, mais densificado e podemos perceber uma relativa diferença entre os interesses dos acionistas (“atendendo”) e os interesses dos *stakeholders* (“ponderados”), considerando que a anterior redação determinava que os dois fossem tidos em conta sem fazer diferenciação. A somar a isto podemos ainda referir que os interesses dos sócios a longo prazo são considerados em detrimento dos interesses dos acionistas a “curto-prazo”, o que se consegue compreender adotando uma perspetiva de sustentabilidade da sociedade, que é o que se pretende.

Podemos definir este dever de uma forma geral como sendo o dever dos administradores prosseguirem os interesses das sociedades, em detrimento da promoção dos seus próprios interesses. Este dever assume aqui duas vertentes, uma positiva e outra negativa: a positiva, expressa na lei, diz-nos que os administradores devem procurar promover o interesse da sociedade; a negativa, implícita na lei, resume-se à abstenção do administrador promover os seus interesses pessoais ou de terceiros.

Embora este dever esteja assente num princípio geral de boa-fé¹², não deve ser reconduzido a este. O dever de lealdade dos administradores vai buscar a sua inspiração ao princípio da boa-fé, mas não se trata de uma concretização deste devido à especial relação de confiança resultante da natureza fiduciária da relação de administração.

O dever de lealdade dos administradores consiste assim num dever fundamental, mais especificamente um dever legal geral de promover e potenciar os interesses da sociedade em detrimento dos seus interesses ou de terceiros à sociedade. A doutrina tem considerado este artigo demasiado genérico e tem tentado concretizá-lo em deveres específicos, sendo que

¹² Cfr., Artigo 762.º, n.º 2 do Código Civil.

alguns se encontram previstos no CSC, tratando-se, por isso, de deveres legais específicos: o dever de agir corretamente quando contratar com a sociedade; o dever de não concorrência; o dever de não apropriação de oportunidades de negócio da sociedade; o dever de não apropriação em benefício próprio de meios ou informações da sociedade; e a proibição de abuso de posição.

ii) Fundamento

A fundamentação deste dever assenta na relação fiduciária entre a sociedade e o administrador.

Como vimos anteriormente, a gestão das sociedades é atribuída aos administradores, devendo estes promover os interesses da sociedade, em detrimento de outros interesses. Esta gestão acarreta diversos riscos e como tal o legislador delimitou o raio de ação deste, delimitando os comportamentos dos administradores, criando bitolas que os mesmos devem seguir. Como diz Carneiro da Frada¹³, a lealdade resulta de uma ponderação ético-jurídica independente de previsão das partes nesse sentido e apresenta-se como consequência de uma valoração heterónoma (ex leges) da ordem jurídica, isto é, é um valor não graduável a observar sempre. Convém, ainda, salientar que este dever não se traduz na proteção da especial confiança, anteriormente referida, pois pode não existir confiança e mesmo assim existir lealdade¹⁴.

Neste sentido, podemos afirmar que o artigo 64.º, n.º 1, alínea b) do CSC exige do administrador uma lealdade qualificada, não se confundindo esta com a que advém do princípio geral da boa-fé, que é fruto da relação de gestão de interesses alheios a que o administrador está adstrito.

iii) Interesse Social

Segundo o artigo 64.º, n.º 1, alínea b), o administrador deve atender ao interesse da sociedade, isto é, o interesse social. O interesse social consiste na finalidade da sociedade.

¹³ Cfr., Frada, Manuel A. Carneiro da, *A business judgment rule no quadro dos deveres fundamentais dos administradores*, in Revista da Ordem dos Advogados, Janeiro 2007, vol. I.

¹⁴ Cfr., Frada, Manuel A. Carneiro da, *A business judgment rule no quadro dos deveres fundamentais dos administradores*, in Revista da Ordem dos Advogados, Janeiro 2007, vol. I.

Na análise do que se considera ser o interesse social há que ter em conta o confronto que existe na doutrina, existindo duas vertentes em consideração – a institucionalista e a contratualista.

Começando pela visão institucionalista, defendida pela maioria da doutrina, podemos dizer que o interesse social consiste no interesse comum, não apenas dos sócios, mas também de todos os outros sujeitos, nomeadamente dos trabalhadores, credores sociais e coletividade nacional. Já a visão contratualista vê o interesse social como sendo o interesse comum dos vários sócios enquanto tais¹⁵. Podemos concluir que se a visão institucionalista vê o interesse social como o interesse da sociedade, enquanto um todo; já a visão contratualista manda atender aos interesses egoístas dos sócios, enquanto tais, pois há-de coincidir com o da sociedade que será a obtenção de lucro.

Contudo o Reforma de 2006 veio resolver esta questão ao colocar de forma explícita o interesse dos sócios e outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, onde se inserem os trabalhadores, clientes e credores da sociedade, estando aqui presente a visão institucionalista em detrimento da contratualista.

Concluimos desta forma que o interesse social consiste na convergência de vários interesses. Cabe analisar se existe aplicabilidade prática do conceito introduzido pela Reforma de 2006.

No que toca aos sócios, existem sempre diversos interesses a ter em consideração, mas os que teremos em consideração serão aqueles que são comuns a todos e não os divergentes. Mas o interesse dos sócios, para que seja considerado interesse social, não basta que seja comum a todos eles, tem também de ser comum ao objeto social da empresa e ao seu fim lucrativo¹⁶. Mas coloca-se ainda a questão de saber o que fazer caso existam vários interesses comuns. Serão todos interesses sociais? A resposta é sim. Poderão existir vários interesses sociais e cabe à maioria escolher qual será o mais apto a satisfazer o fim da sociedade. Porém não se deve confundir o interesse social com o interesse da maioria. Nem sempre os interesses das maiorias são interesses sociais, existindo para estas situações o mecanismo das

¹⁵ Cfr., Abreu, J. M. Coutinho de, *Reforma do Código das Sociedades – Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, IDET, n.º 3, Março de 2007, p. 31.

¹⁶ Isto apenas se aplica às sociedades com fim lucrativo. Quando estamos perante uma sociedade sem fim lucrativo, estes interesses terão de atender ao seu objeto social e ao seu fim não lucrativo.

deliberações abusivas. Concluindo, o interesse social será a relação entre a necessidade de todo o sócio enquanto tal na consecução de lucro e o meio mais apto a satisfazê-la¹⁷.

Já no que respeita ao interesse dos trabalhadores e clientes, Coutinho de Abreu, considera pouco prática a sua previsão no artigo. Este autor defende que, regra geral, os interesses destes sujeitos são alheios ao objeto social da empresa por não consistirem em soluções que visem satisfazer as necessidades da sociedade, mas sim interesses relacionados com a relação de trabalho ou com o preço dos produtos, destinados à proteção destes e não à prossecução dos interesses sociais da sociedade. Não podemos deixar de discordar com este autor, pois apesar de não se encontra, em Portugal, desenvolvida uma mentalidade de responsabilidade social por parte dos trabalhadores, estes têm de ser tidos em conta. Uma empresa não sobrevive sem os seus trabalhadores e os trabalhadores não sobrevivem sem a sua remuneração. Aqui existe um problema de mentalidades, pois nem os trabalhadores tentam ver o lado da sociedade, nem a sociedade tenta demonstrar ao trabalhador a realidade social. Se tal acontecesse, os trabalhadores poderiam dar opiniões válidas para a prossecução do interesse social, pois eram principais interessados na evolução da sociedade. Apesar disto, compreendo a pouca aplicabilidade do preceito, pois os trabalhadores não podem contrariar as decisões dos administradores, destitui-los ou responsabilizá-los por danos causados à sociedade.

Por fim, quanto aos credores sociais o CSC já prevê a responsabilização dos administradores por atos que prejudiquem o património social de forma a tornar o mesmo insuficiente para a satisfação dos créditos dos credores – artigo 78.º do CSC. Não se perceber a razão pela qual o legislador os colocou a par de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade.

Posto isto, conseguimos perceber que o interesse social é uma conjugação de interesses dos diversos sujeitos enunciados no artigo 64.º, n.º 1, alínea a) do CSC. Cabe agora perceber em que medida se conjugação, isto é, qual a medida de ponderação entre os diversos interesses. Existirá alguma prevalência? Somos da opinião que da letra do artigo é possível retirar uma prevalência dos interesses de longo prazo dos sócios (“atendendo”) em detrimento dos interesses dos outros sujeitos (“ponderando”).

¹⁷ Cfr., Abreu, J. M. Coutinho de, *Reforma do Código das Sociedades – Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, IDET, n.º 3, Março de 2007, p. 37.

iv) Conflito de interesses¹⁸:

Como vimos anteriormente o legislador não tipificou de forma sistemática as manifestações do dever de lealdade. Esta é uma das críticas que apontamos à Reforma de 2006, pois para uma melhor eficácia do dever de lealdade e da responsabilidade que daí retiramos, necessitamos de uma maior concretização legal das normas comportamentais dos administradores, que não foi feita nesta Reforma.

Para tal, a doutrina tem procurado dar resposta a esta lacuna, concretizando situações que consubstanciam violações de deveres de lealdade por parte dos administradores.

Importa recordar que o que se pretende aqui é que a sociedade não veja o seu interesse prejudicado, estando em causa situações em que esta deixa de obter uma vantagem, económica ou não, sendo lesada no seu fim e objeto social. Para tal, dá-se primazia aos interesses sociais, em detrimento de outros.

- **Negócios celebrados com a sociedade (negócio consigo mesmo)**

De acordo com o disposto no artigo 397.º e 428.º do CSC¹⁹, os administradores não podem celebrar negócios com a sociedade – “É proibido à sociedade conceder empréstimos ou crédito a administradores, efetuar pagamentos por conta deles, prestar garantias a obrigações por eles contraídas e facultar-lhes adiantamentos de remunerações superiores a um mês”. Encontramos previsão civilística para esta figura jurídica no artigo 261.º do CC, sendo a sua aplicação ao regime societário discutida na doutrina portuguesa.

No n.º 2 do artigo 397.º, temos previsto os demais negócios que a sociedade e o administrador podem celebrar, mas que depende de prévia aprovação, por deliberação social do conselho de administração, na qual o interessado não tem direito de voto, e, ainda, do parecer favorável e vinculativo do conselho fiscal, para que o negócio seja válido. Daqui

¹⁸ Optámos por expor apenas as situações que consideramos mais relevantes. Existem muitas mais e na doutrina existem outras formas de decompor este dever. O Professor Pereira de Almeida, diz-nos na sua obra que o dever de lealdade corresponde aos *fiduciary duties* do direito anglo-saxónico e decompõe-no na: obrigação de não concorrência; obrigação de não apropriação de informações internas ou negócios com a sociedade; e na obrigação de transparência. Cfr., - Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários*, 6.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 261.

¹⁹ O artigo é aplicável, *mutatis mutandis*, nos outros tipos de sociedades.

retiramos que o que se pretende não é eliminar a possibilidade de negócio, mas sim o eventual prejuízo para o interesse da sociedade.

A *ratio* desta proibição²⁰ passa por proteger os interesses da representada do perigo que consubstancia uma atuação de um administrador em conflito de interesses. O legislador considerou este perigo tão gravoso que tomou como opção a afetação da eficácia do negócio sem ser necessária prova da efetiva atuação em conflito de interesses, preterindo assim os interesses do representado²¹. Pretende-se combater a fraude à lei, que nos tempos que correm toma formas cada vez mais sofisticadas.

Isto não se aplicará “quando se trate de ato compreendido no próprio comércio da sociedade e nenhuma vantagem especial seja concedida ao contraente administrador”^{22,23}.

Quando falamos de consequências numa situação de violação de proibição de negócio consigo mesmo, no âmbito societário, colocam-se duas questões que importam referir: a eficácia negocial e o problema da ilicitude da conduta²⁴.

No que se refere à questão da eficácia negocial, como dissemos anteriormente, a doutrina discute a possibilidade de aplicação do regime civilista a determinadas situações de negócio consigo mesmo. Ora, se aplicarmos o regime societário, mais precisamente o artigo 397.º, n.º 2 do CSC, a consequência será a nulidade do negócio; já se defendermos a aplicação do regime civilista, ou seja, do artigo 261.º do CC, a consequência será a anulabilidade do negócio. Para percebermos melhor as situações em que a doutrina se questiona quanto ao regime a aplicar, Pedro Caetano Nunes²⁵ distingue quatro hipóteses na figura do negócio consigo mesmo, avaliando a questão da eficácia do negócio para cada uma. Este autor diz-nos

²⁰ Note-se, que estamos perante uma proibição relativa.

²¹ Cfr., Nunes, Pedro Caetano (2012), *Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores*, II Congresso Direito das Sociedades Comerciais em Revista, Almedina, p. 193.

²² Cfr., Artigo 397.º, n.º 5 do CSC.

²³ Exemplo desta situação poderá ser a compra de um objeto pelo administrador de algo que a sociedade costume comercializar, mas de acordo com as condições definidas e aplicadas pela sociedade nas suas vendas. Cfr., Abreu, J. M. Coutinho de, *Reforma do Código das Sociedades – Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, IDET, n.º 3, Março de 2007, p. 24.

²⁴ Ou seja, estamos perante a violação de dois tipos distintos de normas – normas de poder ou competência e normas de conduta.

²⁵ Cfr., Nunes, Pedro Caetano (2012), *Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores*, II Congresso Direito das Sociedades Comerciais em Revista, Almedina, p. 197.

que esta figura pode subdividir-se em: negócio consigo mesmo *stricto sensu*; dupla representação; sub-representação; e hipótese residual de negócio com o representado.

Na primeira situação, o representante emite uma declaração negocial e é, ao mesmo tempo, contraparte, direta ou indiretamente, no negócio jurídico.

Na segunda situação, o representante emite uma declaração negocial enquanto representante da sociedade e enquanto representante da contraparte no negócio jurídico.

Na terceira situação, o representante delega o seu poder de representação da sociedade, sendo este sub-representante que emite a declaração negocial, e, ao mesmo tempo, é contraparte, direta ou indiretamente, do negócio jurídico²⁶.

Por fim, na quarta situação apresentada pelo autor, existe uma pluralidade de representantes e a declaração negocial não é emitida pelo representante mas sim pelo co-representante e o representante é contraparte, direta ou indiretamente, do negócio jurídico.

Cabe fazer aqui uma nota, estando nós perante uma situação de negócio entre duas sociedades em que existam administradores comuns não há violação desta proibição, pois não existe aqui situação de dupla representação. Devemos também referir o fato de não se aplicar a figura da dupla representação quando estamos perante uma situação em que o representante atua em representação de várias pessoas na emissão da declaração negocial, como é o caso das deliberações sociais e de ato conjunto.

A questão da possível aplicação do regime civilista aparece na segunda situação, isto é, na situação de dupla representação. O legislador não previu esta situação na letra do artigo 397.º, n.º 2 do CSC, colocando-se a questão de qual o regime a aplicar nas sociedades anónimas e nas restantes sociedades. Relativamente a saber qual regime aplicar numa situação de uma sociedade anónima, somos da mesma opinião de Pedro Caetano Nunes, defendendo a aplicação do artigo 397.º, n.º 2 do CSC retirando isto da teologia da norma jurídica. Relativamente à situação de dupla representação noutros tipos de sociedade existem duas orientações: uma diz-nos que numa situação de dupla representação deveremos aplicar o regime previsto no artigo 261.º do CC; já a doutrina minoritária entende que deveremos aplicar analogicamente o regime previsto no artigo 397.º, n.º 2 do CSC. A jurisprudência acolhe a opção da doutrina maioritária, sendo também perfilhada por nós.

Relativamente à segunda questão, no âmbito das consequências da violação da proibição do negócio consigo mesmo, temos ainda o problema da ilicitude da conduta. Aqui

²⁶ Situações de subestalecimento. Por exemplo, situações em que um conjunto de administradores delega num único administrador o poder de administração.

discutimos qual o regime a aplicar ao administrador que viola o dever de lealdade previsto no artigo 64.º, n.º 1, al. b) do CSC. O administrador que viole este último dever através da violação da proibição de negócio consigo mesmo, será responsabilizado civilmente e destituído com justa causa. Para isto é sempre necessária a prova efetiva da ocorrência de conflito de interesses, com prejuízo para o representado²⁷.

Por fim, fazemos apenas uma nota ao artigo 397.º, n.º 1 do CSC, que contem uma proibição absoluta de crédito da sociedade aos administradores, não sendo a ilicitude desta passível de ser afastada por via de autorização, retirando-se isto da letra e de uma interpretação sistemática do artigo.

- **Dever de não utilização em benefício próprio de meios ou informações da sociedade**

Este dever encontra-se consagrado no artigo 449.º do CSC, enquanto dever legal específico do administrador. Segundo este dever o administrador não deve utilizar, em benefício próprio, meios ou informações da sociedade.

Por informação da sociedade entende-se aquela que os administradores tenham tomado conhecimento no exercício das suas funções e que não seja de conhecimento público. Para que este dever seja violado não é necessário que a informação seja utilizada pelo próprio, não podendo ele comunicá-las a terceiros ou dar-lhes publicidade.

A violação deste dever, na vertente de não utilização em benefício próprio de informações da sociedade, está frequentemente associado à existência de atividade concorrente, sendo os exemplos mais comuns, a utilização de contatos comerciais, tabelas de preços e informações sobre o negócio objeto da sociedade. Esta proibição tem eficácia pós-negocial.

Já relativamente a meios da sociedade entende-se que o administrador não pode utilizar os meios (por exemplo, maquinaria ou prédio) da sociedade.

Um exemplo comum desta violação, na vertente da utilização indevida de meios, são os desvios de património diretos e indiretos. Como exemplos do desvio de património direto temos as situações em que existe levantamento de dinheiro em caixa ou a apropriação de

²⁷ Cfr. ac. STJ 3.2.2009 e ac. STJ 13.3.2008.

dinheiro entregue pelos clientes da sociedade²⁸. Já relativamente aos desvios patrimoniais indiretos temos as situações de realização de pagamentos a terceiros, conforme podemos retirar ao ac. RL 3.5.1968²⁹³⁰.

Comuns são também as situações de utilização de funcionários ou de património da sociedade no interesse do administrador. Contudo, situações houve em que o STJ considerou justificadas³¹ pois seria uma prática comum dos administradores daquela sociedade, argumento este criticado por Coutinho de Abreu.

No entanto, encontramos uma exceção a esta regra, pois caso exista retribuição e aqui entremos no campo do primeiro dever, relativo aos negócios celebrados com a sociedade.

- **Proibição de abuso de posição**

Esta proibição está relacionada com o estatuto que o administrador tem e aquilo a que tem acesso. É, portanto, proibido ao administrador abusar da sua posição, não lhe sendo permitido receber vantagens patrimoniais³² de terceiros ligadas à celebração de negócios entre a sociedade e esses terceiros.

A jurisprudência censura estas situações decidindo pela destituição e responsabilização do administrador³³ e a doutrina propõe como sanção a que se encontra prevista no artigo 1161.º, alínea e) do CC.

- **Dever de não concorrência³⁴**

O administrador não deve exercer atividade concorrente com a da sociedade, seja por conta própria ou alheia. Esta proibição é relativa, pois tal poderá acontecer caso haja autorização prévia da sociedade, por deliberação dos sócios ou do conselho geral e de

²⁸ Cfr., Nunes, Pedro Caetano (2012), *Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores*, II Congresso Direito das Sociedades Comerciais em Revista, Almedina, p. 207.

²⁹ Situação de despesas com tratamentos dentários e com a reparação de um eletrodoméstico.

³⁰ Cfr., Nunes, Pedro Caetano (2012), *Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores*, II Congresso Direito das Sociedades Comerciais em Revista, Almedina, p. 208.

³¹ Ac. RP 8.1.2008.

³² Por exemplo, “luvas” e “comissões”.

³³ Ac. RP 5.7.2006.

³⁴ Durante o exercício de funções.

supervisão, e encontra previsão legal nos artigos 254.º (nas sociedades por quotas), 398.º (nas sociedades anónimas) e 428.º do CSC.

Encontramos a definição legal de concorrência no n.º 2 do artigo 254.º do CSC (com aplicação também nas sociedades anónimas por força da remissão do número 5 do artigo 398.º): “Entende-se por concorrente com a sociedade qualquer atividade abrangida no objeto desta, desde que esteja a ser exercida por ela ou o seu exercício tenha sido deliberado pelos sócios”. Segundo alguma doutrina deve considerar-se como atividade concorrente, para além daquela prevista no objeto social da sociedade, aquela que é efetivamente exercida e que planeia exercer no futuro, mesmo que ainda não existisse uma deliberação nesse sentido, mas já fosse um projeto discutido pelo órgão de administração.

Esta última situação é tratada por A. Barreto Menezes Cordeiro³⁵, que define atividade concorrencial como atividade efetivamente exercidas e atividade que ainda que não exercida seja deliberada pelos sócios. Estas são situações em que a atividade não é efetivamente exercida nem deliberada, mas está a ser discutida como possível, tendo por exemplo formado se um equipa de avaliação. Segundo o autor é possível aplicar analogicamente o regime da proibição de concorrência.

Na definição de atividade concorrente importa também distinguir concorrência direta de concorrência indireta. Na primeira teremos uma atividade com produtos ou serviços idênticos, enquanto na segunda temos uma atividade concorrente através de produtos ou serviços sucedâneos ao da sociedade. Em ambos os casos estamos perante o exercício de uma atividade concorrente.

Existem ainda diferentes critérios para definir aquilo que pode ser considerado uma atividade concorrente, como por exemplo, o critério geográfico, e levanta questões como a patente no número 3 do artigo 254.º CSC.

Relativamente ao critério geográfico, este deve ser analisado perante o caso concreto. Existem na doutrina duas posições: quando a delimitação geográfica deriva diretamente do contrato de sociedade e quando esta delimitação do âmbito geográfico da atividade. Resultante diretamente do contrato é fácil perceber quando estamos ou não perante uma atividade concorrente. Por exemplo, se o contrato referir Lisboa como área de atividade, a atividade desenvolvida no Algarve não poderá ser considerada concorrente, estando fora do

³⁵ Cordeiro, A. Barreto Menezes (2013), Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine). Parte II: Direito Português, Revista de Direito das Sociedades, Ano V, Número 4, Almedina.

âmbito geográfico estabelecido pelo próprio contrato de sociedade. Já o segundo critério poderá ser mais dúbio. Estamos na era do comércio eletrónico e da globalização onde facilmente se chega a grandes distâncias e sendo o nosso país de dimensões reduzidas a análise terá de ser feita caso a caso.

Já relativamente ao número 3 do artigo 254.º CSC, que nos diz que a participação de 20% do capital ou nos lucros de uma sociedade de capital constitui uma atividade concorrente àquela que este desenvolve noutra sociedade, levanta-se a questão da participação de controlo. Este artigo é criticado pela doutrina pois deveria ser analisado caso a caso de forma a perceber-se se efetivamente os 20% permitem uma participação de controlo ou não. Não existindo essa posição de controlo não deveria existir atividade concorrente, mas a lei não coloca dúvida e aplica-se quer esta exista ou não. Para além da questão da posição de controlo deveria também tentar perceber-se se esta participação não é apenas um mero investimento passivo.

Coloca-se agora a questão de saber se a prática de um ato isolado de concorrência pode ser considerado uma violação do dever de lealdade. Esta questão tem sido discutida pela doutrina e a maioria defende que a prática isolada de um ato concorrente não desrespeita o dever em causa, mas já o violará quando signifique um aproveitamento indevido de oportunidades de negócio da sociedade³⁶³⁷. Podemos ainda ir mais longe, e apelar a um critério de proporcionalidade e repercussão económica na esfera da sociedade concorrida para defender a esta hipótese, tendo de existir um dano que se individualize e tenha expressão no património da atividade concorrida para que um ato isolado possa ser considerado uma violação do dever de concorrência³⁸. Uma doutrina minoritária diz-nos, pelo contrário, que mesmo que a atividade exercida não se encontre contemplada no objeto social da sociedade, se esta for efetivamente exercida por ela, incide sobre o administrador um dever de não exercer atividade ou ato isolado concorrente com aquela, isto apesar de não se encontrar explícito no artigo 254.º, n.º 2 do CSC este entendimento.

Tal como retiramos do n.º 1 do artigo 254.º do CSC, “os gerentes não podem, sem consentimento dos sócios, exercer, por conta própria ou alheia, atividade concorrente com a

³⁶ Cfr., Abreu, J. M. Coutinho de, *Reforma do Código das Sociedades – Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, IDET, n.º 3, Março de 2007, p. 25.

³⁷ Este tema será devidamente desenvolvido no ponto seguinte.

³⁸ Cfr., Lourenço, Nuno Calaim, *Os deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, p. 25.

da sociedade”. A atividade concorrente diz-se exercida por “conta própria” quando é exercida em nome e no interesse do administrador, pessoalmente ou por representante. A isto acresce a situação prevista no n.º 3 do artigo 254.º, que opera como extensão do exercício por conta própria nos casos de participação em sociedades. A atividade concorrente diz-se “por conta alheia” quando o administrador atua por conta e interesse de um terceiro, isto é, comissão comercial³⁹.

Recordando um pouco o que foi anteriormente dito, esta é uma proibição relativa e como tal existindo consentimento este afastará a ilicitude da conduta do administrador, conforme podemos retirar do n.º 1 do artigo 254.º CSC e do n.º 3 do artigo 398.º CSC.

Segundo o número 4 do artigo 254.º CSC este consentimento pode ser expresso ou tácito, sendo que o segundo acontece sempre que o exercício da atividade concorrente é anterior à nomeação do gerente.

A violação deste dever permite à sociedade responsabilizar o gerente pelos danos causados segundo o artigo 72.º CSC e pode mesmo ser excluído segundo o n.º 1 do artigo 242.º CSC, pelo n.º 5 do artigo 254.º CSC, pelo n.º 5 do artigo 398.º CSC e pelo n.º 1 e 4 do artigo 403.º CSC, havendo, portanto, justa causa para destituição.

Para tal terão sempre de se encontrar cumpridas as duas condições cumulativas do n.º 1 do artigo 242.º CSC: comportamento desleal e prejuízo efetivo ou potencial. Sendo que esta exclusão passará sempre por três fases: deliberação social, processo judicial e amortização ou aquisição de quota. O prazo para a deliberação é de 90 dias, por aplicação analógica do n.º 2 do artigo 234.º CSC.

Por fim, a atividade concorrente é frequentemente acompanhada da utilização de património e/ou informação da sociedade indevidos, o que por si só também constituem violações do dever de lealdade dos administradores.

No que à natureza da proibição de não concorrência concerne, autores há que remetem para a doutrina das oportunidades societárias. Esta posição não é sustentada por nós, pois como teremos oportunidade de ver de forma mais desenvolvida no ponto seguinte, atividade concorrente e ato isolado não se confundem sendo que um não implica o outro.

³⁹ Serve de exemplo clássico desta situação o caso em que o administrador exerce em simultâneo dois ou mais cargos de administração.

Importa referir que temos estado a falar de sociedades de capital (sociedades por quotas e sociedades anónimas⁴⁰) e que nestas a proibição de não concorrência é uma concretização do dever de lealdade enquanto prestação acessória, existindo uma certa autonomização deste dever face aos restantes que derivam do dever de lealdade.

- **Dever de não apropriação de oportunidades de negócio da sociedade**

Os administradores têm também um dever de não apropriação de oportunidades de negócio da sociedade, salvo consentimento prévio da sociedade⁴¹. Considera-se que uma oportunidade (ou possibilidade) de negócio pertence à sociedade quando: existe uma oportunidade especificamente dirigida àquela, quando esta manifeste interesse no negócio em causa, quando caiba no objeto social da sociedade ou quando tenha interesse especial (objetivo) relevante nessa oportunidade⁴².

A oportunidade será societária sempre que o administrador tome conhecimento dela por força do exercício de funções enquanto administrador, não sendo para tal relevante o momento em que toma conhecimento ou a forma. A oportunidade só não será societária se for dirigida exclusivamente ao administrador enquanto pessoa e não enquanto administrador.

Como observámos no ponto anterior, haverá alguns casos em que para além da violação deste dever teremos também a violação do dever de não concorrência. Isto acontecerá sempre que o negócio aproveitado se insira no objeto social da sociedade. Mas um não tem que implicar o outro, e como tal, a oportunidade de negócio não tem que ser violar o dever de não concorrência. Por exemplo, os atos isolados de concorrência são proveito indevido de oportunidades de negócio societárias, mas não violam o dever de não concorrência⁴³.

Feita a introdução a este ponto, importa agora desenvolver os pontos que consideramos mais relevantes dentro da mesma, começando dizer que a doutrina das

⁴⁰ Como já tivemos oportunidade de referir este trabalho pretende apenas tratar as situações das sociedades de capital, deixando de fora a análise deste temas nas restantes.

⁴¹ É aplicável, por analogia, o regime do consentimento social para o exercício de atividade concorrente – artigos 254.º, 398º, n.º 3, e 428.º do CSC

⁴² Quando, por exemplo, tenhamos uma oportunidade de adquirir algo que vai potenciar a atividade em causa.

⁴³ Cfr., Abreu, J. M. Coutinho de, *Reforma do Código das Sociedades – Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, IDET, n.º 3, Março de 2007, p. 27.

oportunidades societárias está intimamente ligada ao desenvolvimento dos deveres fiduciários, sendo uma concretização mais vasta do dever de lealdade, sendo analisada pela doutrina e referida pela jurisprudência⁴⁴.

São vários os autores que já se pronunciaram sobre o tema, como por exemplo, Pedro Caetano Nunes, Nuno Trigo dos Reis, Maria de Fátima Ribeiro e Ana Perestelo de Oliveira.

Neste trabalho optámos por expor a opinião com a qual sentimos maior proximidade de pensamento e como tal seguimos o exposto por Pedro Caetano Nunes, que sistematizou esta doutrina através de quatro hipóteses de violação da proibição de apropriação de oportunidades de negócio societárias⁴⁵:

- A celebração de um negócio vantajoso de que se teve conhecimento por força do exercício de funções;
- A celebração de um negócio vantajoso com utilização de informação, de património ou de pessoal da sociedade;
- A prática de um ato isolado de concorrência;
- A celebração de um negócio que ofereceria à sociedade ganhos sinérgicos relevantes.

Nos dois primeiros casos, estamos perante situações em que se referem à salvaguarda de informação societária, têm eficácia pós-negocial e têm como *ratio* os deveres de proteção numa vertente negativa do dever de lealdade.

Diferente é a situação nos dois últimos casos, nestes estamos perante proibições concorrenciais, em que não existe eficácia pós-negocial, restringindo-se esta ao tempo do negócio, e têm como *ratio* assegurar a boa gestão, estando relacionados com deveres de conduta acessórios à prestação acessória. O último caso em espacial, isto é, a celebração de um negócio que ofereceria à sociedade ganhos sinérgicos relevantes, prende-se com a potencialidade de expansão e diversificação da atividade social. Por exemplo, a situação em que uma empresa com atividade industrial adquire participações sociais de empresas fornecedoras ou distribuidoras.

⁴⁴ Em acórdãos do STJ, tais como: Acórdão STJ, de 25-03-2010 – Proc. 2924/07.5TBMTS.P1.S1 | Relator: Serra Batista; Acórdão STJ, de 25-10-2012 – Proc. 1059/06.2TBVCD.P1.S1 | Relator: Tavares da Paiva; e Acórdão STJ, de 28-02-2013 – Proc. 189/11.3TBCBR.C1.S1 | Relator: Granja da Fonseca.

⁴⁵ Cfr., Nunes, Pedro Caetano (2012), Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores, II Congresso Direito das Sociedades Comerciais em Revista, Almedina, p. 215.

Em todas as situações, mas especialmente nas duas primeiras, a informação e a forma como é obtida é uma peça fundamental para a resolução do problema. A questão é que a dificuldade em autonomizar a forma como a informação é obtida, isto é, se devido à sua função ou não, é demasiado grande. A somar a isto, o contexto em que é obtida nem sempre é a solução, pois por vezes pode ser enganador. Por exemplo, a chamada profissional que é recebida fora do horário laboral ou mesmo em período de férias; ou a chamada pessoal recebida durante o horário laboral ou mesmo no local de trabalho. Todas as situações têm de ser analisadas caso a caso e tudo deve ser tido em conta. Mais uma vez, reforça-se a ideia de quem todas as situações devem ser analisadas caso a caso, sendo impossível generalizar e a figura do declaratório normal deverá ser o último recurso.

Segundo A. Barreto M. Cordeiro⁴⁶, a posição dos administradores é moldada pelo dever de lealdade, isto é, pende sempre sobre estes últimos a obrigação de atuar no melhor interesse da sociedade representada, não estando limitado nem ao local nem ao horário de trabalho. Ou seja, interessa sim saber não quando teve conhecimento, mas se a sociedade tem interesse. O administrador não pode prosseguir oportunidades de negócio que possam ser do interesse da sociedade. Uma interpretação diferente poderá abrir portas à fraude e a simulações colocando em risco as posições jurídicas fiduciárias.

Neste ponto da análise, cabe referir que apesar de próximas a doutrinas das oportunidades societárias e a proibição de concorrência se complementam, não existindo absorção de uma pela outra e não implicando uma a outra, como já referido.

Já relativamente à extensão temporal, só existe eficácia pós negocial quando o administrador teve conhecimento da oportunidade quando ainda era administrador; caso já não o fosse já não se aplicará.

Por fim, antes de passarmos à parte final das consequências da violação do dever, A. Barreto M. Cordeiro diz-nos que apenas se podem prosseguir oportunidades societárias subjetivas ou objetivas⁴⁷ mediante autorização prévia com aplicação analógica do regime de

⁴⁶ Cordeiro, A. Barreto Menezes (2013), Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine). Parte II: Direito Português, Revista de Direito das Sociedades, Ano V, Número 4, Almedina, p. 769 e 770.

⁴⁷ Cordeiro, A. Barreto Menezes (2013), Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine). Parte II: Direito Português, Revista de Direito das Sociedades, Ano V, Número 4, Almedina, p. 777 e 778 – “*O conceito de oportunidade societária subjetiva congrega os negócios cuja prossecução pela sociedade se traduziria em ganhos sinérgicos e corresponde a um dever de não prossecução de oportunidades de negócio pertencentes à sociedade. O conceito de*

concorrência. E no âmbito específico da oportunidade subjetiva a impossibilidade legal da sociedade prosseguir desonera o administrador de obter autorização prévia. Não se passa o mesmo com supostas incapacidades financeiras, técnicas ou fácticas.

Relativamente às consequências, Pedro Caetano Nunes diz-nos que a consequência lógica será a aplicação analógica do n.º 2 do artigo 397.º CSC (negocio consigo mesmo), isto é, a nulidade. E dá-nos três razões: porque um ato isolado de concorrência não é igual a uma atividade concorrente; porque iria gerar problemas práticos; e porque existe uma manifesta preferência pelo reforço do papel do administrador desinteressado. Frequentemente a consequência é idêntica à da proibição de concorrência, ou seja, a indemnização por lucros cessantes da sociedade – Ex: STJ 9.5.2006 e 3.3.2011.

A doutrina aponta como consequência a restituição dos lucros obtidos pelo administrador tanto por violação da proibição de concorrência como por apropriação de oportunidades societárias.

Já A. Barreto M. Cordeiro é defensor da aplicação analógica do n.º 2 do artigo 180.º, porque a sociedade não deve apenas ser indemnizada pelos danos causados como recuperar para si a oportunidade que o administrador lhe retirou na sua plenitude.

oportunidade societária objetiva respeita a utilizações abusivas de pessoas, informações ou bens pertencentes à sociedade e consubstancia um dever de apenas utilizar o património da sociedade na prossecução dos seus interesses.”

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em
Particular o Dever de Lealdade

Capítulo III – RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

Secção I – Noções Gerais

Os administradores, por força da grande autonomia e liberdade que têm no exercício das suas funções, podem causar danos à sociedade, aos sócios ou a terceiros.

A sociedade responde por estes danos perante terceiro, sendo que a responsabilidade da sociedade é objetiva⁴⁸, mas só existirá quando também recair sobre o administrador a obrigação de indemnizar. Já a responsabilidade dos administradores funda-se sempre na culpa, ou seja, é subjetiva. Esta culpa presume-se no termos do artigo 72.º, n.º1 do CSC.

É de notar que qualquer cláusula no contrato de administração que vise excluir ou diminuir a responsabilidade dos administradores é nula, nos termos do artigo 74.º, n.º 1 do CSC.

Os sócios são solidariamente responsáveis com os administradores, quando observados certas condições, por se considerar terem culpa na escolha daqueles, como retiramos do artigo 83.º, n.º 1 do CSC.

Os administradores quando violem deveres fundamentais sofrem, então, algumas sanções, nomeadamente a responsabilidade civil e a destituição por justa causa⁴⁹.

i) Pressupostos

Para que se observe responsabilidade civil dos administradores há que ver preenchidos cinco pressupostos: o fato, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Cabe agora analisar cada um destes pressupostos.

⁴⁸ Não depende da culpa.

⁴⁹ Cabe referir que a violação dos deveres fundamentais dos administradores, para além da responsabilidade civil, também leva à destituição daqueles por justa causa, conforme podemos retirar do disposto nos artigos 257.º, n.º 6 e 403.º, n.º 4 do CSC, quando seja considerada grave ou reveladora de incapacidade ou inaptidão para o exercício daquelas funções.

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em Particular o Dever de Lealdade

Em título de nota, podemos dizer que o artigo 64.º, n.º 1 desempenha na área da responsabilidade civil uma dupla função, pois serve de critério de apreciação da ilicitude e da culpa.

Começando pelo fato, o artigo 72.º, n.º 1 do CSC estabelece que este fato terá de ser um fato voluntário e que pode consistir num *ato ou numa omissão*⁵⁰. Cumpre explicar que não basta a simples qualidade de membro do conselho de administração para que o fato possa ser praticado pelos administradores, existindo aqui uma individualização da responsabilidade. Responsáveis são os membros do conselho de administração e não o próprio órgão⁵¹.

Relativamente à ilicitude, podemos retirar do n.º 1 do artigo 72.º, na expressão “com preterição dos deveres legais e contratuais” o objetivo do legislador. Com já havíamos visto, com a Reforma de 2006 os deveres legais gerais dos administradores foram reconduzidos a duas categorias: os deveres de cuidado (*duty of care*) e os deveres de lealdade (*duty of loyalty*). A estes somam-se os deveres legais específicos, previstos ao longo do CSC e os deveres que advenham do contrato de sociedade.

Coloca-se, neste ponto, a questão de saber se a violação de deveres de outras fontes, nomeadamente deliberações dos sócios, poderá ou não gerar responsabilidade civil. A resposta encontra-se no texto da lei, tanto para as sociedades por quotas como para as sociedades anónimas. A solução é diferente, consoante se trate de uma sociedade por quotas ou de uma sociedade anónima. Nas primeiras, dispõe o artigo 259.º do CSC que os gerentes devem respeitar as deliberações dos sócios; já nas segundas, dispõe o artigo 373.º, n.º 3 do CSC que as matérias de gestão da sociedade só podem ser deliberadas a pedido do órgão da administração, isto é, a deliberação da Assembleia Geral, as deliberações sobre administração da sociedade sem ser a pedido da administração são nulas e as que forem a pedido daquela não são vinculativas.

Relativamente à culpa, pode-se dizer que esta é um elemento essencial da responsabilidade dos administradores, visto estarmos perante uma responsabilidade subjetiva. No entanto esta culpa presume-se, conforme resulta do artigo 72.º, n.º 1 do

⁵⁰ Cfr., artigo 486.º do Código Civil.

⁵¹ Cfr., Ramos, Maria Elisabete G., A Responsabilidade dos Membros da Administração, Problemas do direito das Sociedades, IDET, n.º 1, 2008, p. 77.

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em Particular o Dever de Lealdade

CSC. Esta é uma presunção *juris tantum*, aplicando-se aqui uma inversão do ónus da prova, existindo aqui uma dispensa da sociedade provar a culpa daqueles.

O padrão utilizado para a apreciação deste elemento está explícito no artigo 64.º, n.º 1, alínea a) do CSC, ao contrário do que está consagrado no regime geral da responsabilidade civil⁵². A culpa é, então, medida em abstrato, segundo um critério de “administrador-tipo”. Esta opção do legislador justifica-se devido às matérias de grande complexidade que pertencem ao domínio da administração.

Quanto ao dano, segundo o n.º 1 do artigo 72.º do CSC só há lugar a responsabilidade civil do administrador caso exista um dano. O dano será todo o prejuízo que o administrador causar à sociedade com o seu ato ou omissão. Podemos distinguir entre danos patrimoniais e danos não patrimoniais. Os danos patrimoniais são aqueles que diminuem⁵³ (ou o seu não aumento⁵⁴) o património do lesado.

Os danos a ter em conta será apenas aqueles que não se teriam verificado se não fosse a atuação do administrador⁵⁵. E os que se pretende reparar são os prejuízos causados à sociedade – danos emergentes – e os benefícios que a sociedade deixou de obter devido àquela atuação – lucros cessantes⁵⁶.

Por fim, temos que verificar a existência de um nexo de causalidade entre o fato e o dano sofrido pela sociedade⁵⁷. A causalidade vem delimitar o âmbito do dano a ressarcir.

A causalidade apresenta-se como um dos pontos problemáticos por der de difícil avaliação, uma vez que a natureza e complexidade das funções dos administradores acarreta riscos que são suportados não pelo administrador, mas sim pela sociedade, sendo que, por vezes, é difícil perceber onde começam uns e acabam outros.

⁵² Critério do bom pai de família.

⁵³ Dano emergente.

⁵⁴ Lucro cessante.

⁵⁵ Cfr., artigo 563.º do Código Civil.

⁵⁶ Cfr., artigo 564.º, n.º 1 do Código civil.

⁵⁷ Deverá atender ao disposto nos artigos 562.º e 563.º do Código civil no que respeita à matéria da causalidade adequada.

ii) Causas de Exclusão

- **Business Judgment Rule (e a não aplicação à violação do dever de lealdade)**

A *Business Judgment Rule*, com origem anglo-saxónica, encontra-se prevista no artigo 72.º, n.º 2 do CSC e é uma das grandes novidades introduzidas pela Reforma de 2006⁵⁸.

Consiste numa regra de limitação de responsabilidade, com uma forte ligação aos deveres de cuidado e à discricionariedade e autonomia associadas às funções de gestão dos administradores. Não tem aplicação em situações de violação de deveres de lealdade e de deveres específicos⁵⁹.

Pretende-se com esta regra uma maior sindicalidade no processo de decisão. Temos que compreender que uma decisão encontra duas fases – o procedimento decisório e o mérito do ato – sendo que em Portugal se encontra consagrado o princípio da insidicalidade do mérito das decisões de gestão, o que se pretende é que se aplique de uma forma mais consistente o padrão do gestor criterioso e ordenado.

Existem em Portugal três posições, não sendo esta uma matéria unânime: regra de avaliação da conduta dos administradores; causa de exclusão da culpa; causa de exclusão da ilicitude. Enquanto regra de avaliação de responsabilidade dos administradores⁶⁰, esta é uma regra de julgamento do processo decisório, definindo a conduta mínima exigível aos administradores. Já enquanto causa de exclusão da culpa⁶¹, estamos perante uma articulação com o n.º 1 do artigo 72.º do CSC. Por fim, enquanto presunção de ilicitude, apresenta uma estreita ligação com o artigo 64.º do CSC⁶². Somos da opinião que se trata efetivamente de uma regra de exclusão de licitude, isto é, o administrador deverá provar que não agiu contrariamente ao dever de cuidado previsto

⁵⁸ Anteriormente já admitida pela doutrina.

⁵⁹ Por nos pretendermos forçar mais no desenvolvimento e análise do dever de lealdade não iremos desenvolver em detalhe este tema.

⁶⁰ Defensores: António Pereira de Almeida, entre outros.

⁶¹ Defensores: Menezes Cordeiro, entre outros.

⁶² Defensores: Pedro Pais de Vasconcelos, entre outros.

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em Particular o Dever de Lealdade

no artigo 64.º. Esta responsabilidade será excluída se o administrador provar que atuou em “termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial⁶³”. Não conseguindo fazer provas destes elementos, poderá provar que agiu sem culpa.

Cabe referir que esta é uma decisão empresarial, que vem condicionar de certa forma a grande autonomia e discricionariedade das funções dos administradores. Note-se que mesmo que decorram prejuízos para a sociedade, ou se verifique posteriormente a inadequação de uma decisão, com o preenchimento dos pressupostos enunciados no referido artigo, o administrador não será responsabilizado.

- **Não participação ou oposição do administrador**

O artigo 72.º, n.º 3 do CSC estabelece que os administradores não serão responsáveis pelos danos que resultem de deliberações onde não tenham participado ou tenham votado vencidos.

Há que distinguir duas situações distintas: não tenham participado e tenham votado vencido. A primeira diz respeito à situação em que o administrador não esteve presente na reunião e não se fez representar nem fez voto por correspondência. Ou então o administrador que apesar de ter estado presente na reunião, ou de se ter feito representar, estava impedido de votar. A segunda situação traduz-se no voto em sentido contrário àquele que fez vencimento da deliberação lesiva.

Para que o administrador não seja responsabilizado não basta que este se abstenha, terá de efetivamente fazer voto contrário. Este é também o sentido que podemos retirar da leitura do n.º 4 do artigo 72.º do CSC.

⁶³ Racionalidade não se confunde com razoabilidade. Esta racionalidade levanta grandes dificuldades e tem sido amplamente discutida pela doutrina. Pode-se dizer que há-de consistir numa racionalidade económica, visto estarmos a falar numa decisão que visa o fim lucrativo da sociedade.

- **Deliberação dos sócios**

O artigo 72.º, n.º 5 do CSC exclui a responsabilidade dos administradores para com a sociedade quando o ato ou omissão se baseie em deliberação dos administradores, ainda que anulável⁶⁴.

Contudo esta norma deve ser interpretada de forma restritiva⁶⁵. Assim sendo, sempre que haja lugar a alteração substancial das circunstâncias que justificaram a tomada de deliberação e daí advenham danos para a sociedade e se em causa estiverem deliberações que tenham sido induzidas pelos administradores aos sócios e, mais uma vez, daí advenham danos, os administradores não devem cumpri-las.

Relativamente às deliberações anuláveis, estas não desresponsabilizam os administradores quando estes conseguirem verificar a provável anulação da mesma e a relevância do dano para a sociedade.

Sobre os administradores também recai o dever de não cumprirem deliberações anuláveis⁶⁶.

Há ainda que atender ao tipo de sociedade em causa. Nas sociedades por quotas, o artigo 259.º prescreve que os administradores devem exercer as suas funções “com respeito pelas deliberações dos sócios”. Já nas sociedades anónimas, o regime é diferente, sendo que os acionistas apenas deliberam sobre matérias de gestão a pedido dos administradores e essas deliberações não são vinculativas, como dispõem os artigos 373.º, n.º 3 e 405º do CSC.

iii) Solidariedade na Responsabilidade

Segundo o artigo 73.º do CSC a responsabilidade dos administradores é solidária.

⁶⁴ Não se encontram aqui incluídas as decisões nulas ou inexistentes.

⁶⁵ Cfr., Abreu, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, 2.ª Edição, p. 52.

⁶⁶ Por exemplo, as que extravasem o objeto social.

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em Particular o Dever de Lealdade

Há que interpretar este artigo no sentido de haver solidariedade apenas quando existem vários administradores responsáveis. A responsabilidade dos administradores é por culpa e por fato próprio, não é responsabilidade sem culpa e por fato de outrem⁶⁷. Com isto pretende-se dizer que a solidariedade não constitui fundamento autónomo de responsabilidade.

Em termos práticos, havendo mais do que dois administradores responsáveis, o lesado poderá exigir a indemnização integral a qualquer um deles. O cumprimento a obrigação de indemnizar na íntegra por qualquer um deles, libera todos dessa obrigação⁶⁸. Existe, depois, um direito de regresso contra cada um dos administradores responsáveis⁶⁹ e na medida da culpa de cada um⁷⁰.

A solidariedade na responsabilidade dos administradores constitui, assim, um reforço da garantia do cumprimento do dever de indemnização por parte dos administradores culpados.

iv) Causas de Extinção

- **Renúncia e transação**

Segundo o disposto no artigo 74.º, n.º 2 do CSC a sociedade pode renunciar ou transigir⁷¹ sobre o seu direito de indemnização.

Para que tal seja possível o CSC faz estas situações dependerem da deliberação expressa dos sócios, sem voto contrário de uma minoria que represente pelo menos 10% ou mais do capital social. Os administradores responsáveis não podem votar por existir conflito de interesses.

⁶⁷ Cfr., Abreu, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, 2.ª Edição, p. 54.

⁶⁸ Cfr., artigos 512.º, n.º 1; 517.º, n.º 1; 518.º; 519.º, n.º 1; 523º do Código Civil.

⁶⁹ Cfr., artigo 254.º do Código civil.

⁷⁰ Cfr., artigo 73.º, n.º 2 do CSC.

⁷¹ A transação não extingue a responsabilidade. Esta consiste num contrato entre os administradores e a sociedade, onde ambos fazem concessões mútuas de forma a terminar um litígio.

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em Particular o Dever de Lealdade

- **Prescrição**

O direito de indemnização decorrente de danos causados prescreve ao fim de cinco anos, contados a partir do termo da conduta do administrador, geradora de responsabilidade civil, ou posteriormente se essa fosse oculta e só mais tarde fosse revelada, segundo o disposto no artigo 174.º, n.º 1, alínea b) do CSC.

Este prazo não se inicia nem corre enquanto o administrador se encontrar em funções, como resulta do artigo 318.º, alínea d) do Código Civil.

Por fim, se a atuação do administrador, geradora de responsabilidade civil, constituirá também um crime a que se aplique um prazo de prescrição mais longo, será esse o prazo aplicável⁷².

⁷² Cfr., artigo 174.º, n.º 5 do CSC.

Secção II – Por violação do dever de lealdade

Acórdão STJ, de 30-09-2014 – Proc. 1195/08.0TYLSB,L1.S1 | Relator: Fonseca Ramos

Uma das formas mais comum de violação do dever de lealdade corresponde à concorrência desleal nas sociedades por quotas⁷³.

Este acórdão pretende retratar uma dessas situações. A autora desta ação pretende a destituição de gerente, por violação dos deveres previstos no artigo 64.º do CSC, em especial do dever de lealdade na sua vertente de proibição de concorrência com a sociedade. A destituição com justa causa de gerente ou administrador é uma das consequências, para além da responsabilidade civil, perante uma violação grave dos deveres fundamentais, como podemos retirar do texto do acórdão: *“A violação do dever contemplado no artigo 64.º do CSC tem como sanção a responsabilidade civil dos gerentes para com a sociedade e a sua destituição com justa causa, verificados os requisitos de responsabilidade civil contratual já que, por força do art. 72.º, n.º 1, do referido código, a sua culpa se presume”*.

De forma sintética, foi constituída uma sociedade entre A e B, para desenvolver o objeto X, sob o regime de franchising, sendo que na altura em que a ação especial foi intentada, em 2008, A e B eram os únicos sócios.

Foram nomeados como gerentes no contrato de sociedade B e C (não sócio). À data desta nomeação ficou também expressamente autorizado que C poderia desenvolver atividade concorrente, não existindo, portanto qualquer violação do dever de lealdade.

Mais tarde, B comunica a A que pretende desenvolver atividade concorrente com a da sociedade, vindo depois a concretizar-se. Durante os meses que se seguiram, B usou de todos os meios materiais e informações disponíveis a este, enquanto sócio gerente da sociedade, para promover o seu estabelecimento comercial.

⁷³ O tipo de sociedade mais comum em Portugal.

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em Particular o Dever de Lealdade

O gestor B deduziu oposição, defendendo-se por exceção e por impugnação. Por exceção alegando a prescrição do direito por ter passado o prazo de 90 dias contados do conhecimento da atividade por si exercida, por parte dos sócios, conforme dispõe o artigo 254.º, n.º 6 do CSC. Por impugnação, alegando que a atividade que desenvolvia, por si, não era concorrencial com a da sociedade; que os mercados alvos eram diferentes; entre outros.

Nesta primeira ação, o B foi absolvido dos pedidos contra ele formulados. Mas A interpôs recurso de apelação, onde foi julgado procedente o recurso e, em consequência revogada a sentença recorrida; julgado procedente o pedido de destituição com justa causa; entre outros. Inconformado, B recorreu e o STJ pronunciou-se em 2014, onde se negou a revista. Conclui-se pela existência de violação de dever de lealdade, havendo concorrência desleal, proibida pelo 254.º, n.º 1 do CSC, exercida pelo B.

Existia atividade similar/concorrente à da sociedade protegida, exercida pelo B, na mesma área geográfica, e com desvio de clientela. Esclarece-se que a lei não proíbe a concorrência, mas sim, a concorrência desleal, violadora do dever de lealdade.

“O dever de lealdade está associado à obrigação de não concorrência, à obrigação de não aproveitamento em benefício próprio de possíveis oportunidades de negócio, a atuação de boa-fé ao respeito pelo princípio da confiança e à omissão de procedimentos que provoquem conflitos de interesse. A atuação do Réu, enquanto gerente da sociedade protegida, infringiu gravemente os citados deveres pelo que existe justa causa para a sua destituição.”

Apesar de esta ação não ir mais longe, acreditamos que seria um caso explícito de responsabilidade do administrador (gerentes, neste caso) perante a sociedade, depois de preenchidos os requisitos, já analisados em pontos anteriores, da responsabilidade civil perante a sociedade.

Acórdão STJ, de 28-02-2013 – Proc. 189/11.3TBCBR.C1.S1 | Relator: Granja da Fonseca

Conforme verificamos na análise anterior, a concorrência desleal nas sociedades por quotas é uma das formas mais comuns de violação do dever de lealdade e, por isso, a mais retratada na nossa jurisprudência.

Este acórdão, tal como anterior, consubstancia uma dessas situações, mas desta vez procuramos analisar os pressupostos de responsabilidade civil. Na primeira ação a autora pretendia a destituição de gerente; na segunda procuramos verificar o preenchimento dos pressupostos de responsabilidade civil dos gerentes, de forma a perceber se o pedido da autora pode proceder.

A autora desta ação pretende uma indemnização por danos emergentes e lucros cessantes, por violação dos deveres previstos no artigo 64.º do CSC, em especial do dever de lealdade na sua vertente de proibição de concorrência desleal e por violação de deveres de cuidado.

De forma sintética, A intenta uma ação contra B e C, sua mulher, que durante o período de exercício de funções de gerência na sociedade de A era, também, sócio e gerente na sociedade D. Acontece que B, no término da sua atuação como gerente da sociedade de A, entregou a sociedade sem qualquer património, impossibilitando a continuação da sua atividade, tendo alienado quase por completo os equipamentos e viaturas e realizado uma dação em pagamento à sociedade D.

Ora, no exercício das suas funções, os gerentes são responsáveis pelos danos que causem à sociedade quando violem o disposto no contrato de sociedade ou na lei. Esta responsabilidade assume três vertentes: a responsabilidade para com a sociedade, a responsabilidade para com os sócios e terceiros, e a responsabilidade para com credores sociais. Nesta ação em concreto pretende-se verificar a existência de responsabilidade para com a sociedade, independentemente de poder existir noutra vertente.

Esta responsabilidade vem explanada no artigo 72.º, n.º 1 do CSC, como sendo uma responsabilidade contratual e subjetiva que pressupõe a verificação de cinco pressupostos: fato, ilícito, culpa, dano e nexó de causalidade.

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em Particular o Dever de Lealdade

A ilicitude do fato deriva, como já anteriormente dito, da violação do contrato ou da lei. O artigo 64.º dispõe que o gerente ou administrador deve observar deveres de cuidado e de lealdade, onde se enquadram diversas situações.

A culpa, em situações de responsabilidade do gerente para com a sociedade presume-se, segundo o disposto no artigo 72.º, n.º 1 do CSC, sendo apenas necessária a prova de violação de deveres por parte do gerente, independentemente de culpa. Cabe ao gerente afastar este pressuposto, demonstrando que atuou como gestor criterioso.

Relativamente ao pressuposto dano, estão em causa tanto os danos emergentes como os lucros cessantes, isto é, “...o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão”⁷⁴.

Por fim, o nexo de causalidade. Este é um pressuposto que demonstrar alguma dificuldade de demonstração como já vimos anteriormente, mas no caso concreto conseguimos retirar facilmente da atuação do gerente B que os danos causados são um reflexo direto da sua atuação.

Ora, tendo B dissipado todo o património social de A, vendendo todo este património a sociedade D, da qual também era gerente e na qual exercia funções idênticas às da sociedade de A, fazendo cessar a atividade da sociedade de A, podemos dar como provado a violação de deveres de cuidado e lealdade, independentemente da existência ou não de uma dívida da sociedade de A para D. Tal como podemos retirar do texto do acórdão: “*Tal conduta é duplamente censurável, ainda que a sociedade concorrente tivesse sobre a autora um crédito – que o preço se destinasse a liquidar –, já que a realização do interesse social da autora impunha, por um lado, a satisfação de todos os seus débitos (e não a sua escolha pelo gerente), com a manutenção da sua laboração e, por outro lado, caso se verificassem os respetivos pressupostos o dever de apresentação à insolvência, que igualmente recaia sobre o réu.*”

⁷⁴ Cfr. Artigo 564.º, n.º 1 do CC

Capítulo IV – A EFECTIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE⁷⁵

Depois de verificados os pressupostos da responsabilidade civil dos administradores, há que obter uma sentença judicial de condenação desses mesmos administradores no pagamento de indemnização à sociedade. Para tal, torna-se indispensável recorrer a uma das três ações de efetivação de responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade.

- **Ação social *ut universi***

A ação da sociedade, ou ação *ut universi*, encontra previsão legal no artigo 75.º do CSC e visa obter o ressarcimento dos danos causados à sociedade, quando se encontrem reunidos todos os pressupostos da responsabilidade civil.

Segundo o n.º 1 do referido artigo, esta ação é proposta pela sociedade e depende de deliberação dos sócios, tomada por maioria simples. A altura mais adequada para esta deliberação será na assembleia geral anual convocada para aprovação de contas, já que segundo o artigo 75.º, n.º 2 do CSC considera este assunto implicitamente incluído na ordem de trabalhos. Mas é sempre possível a apreciação de atividade de gestão irregular convocando assembleia e fazendo constar da convocatória menção à questão⁷⁶ ou colocando como questão incidental.

Devido ao óbvio conflito de interesses, o administrador em causa não poderá votar, conforme podemos retirar dos artigos 75.º, n. 3, 281.º, n.º 1 e 384.º, n.º 6 do CSC.

Por fim, a ação de responsabilidade tem um prazo de seis meses para ser intentado após a deliberação social. Findo esse prazo o direito a intentar essa ação com base naquela deliberação social prescreve.

⁷⁵ Decidimos neste capítulo focar-nos na efetivação da responsabilidade para com a sociedade, deixando de fora a responsabilidade direta dos administradores para com o credores sociais, para com os sócios e terceiros, as ações coletivas e a responsabilidade para com os trabalhadores.

⁷⁶ Cfr., artigos 189.º, n.º 1; 248.º, n.º 1; 377.º, n.º 5, alínea e) e n.º 8; 474.º e 478.º do CSC.

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em Particular o Dever de Lealdade

Cabe referir, que segundo os artigos 75.º, n.º 1 e 76.º do CSC, podem ser designados representantes especiais *ad hoc*, pois podemos considerar que os administradores em funções não são isentos ou poderão ter dificuldades em intentar uma ação contra os seus pares.

- **Ação social *ut singuli***

Esta ação é subsidiária⁷⁷, pois só pode ser utilizada quando a sociedade não tome a iniciativa de efetivar a responsabilidade do administrador. Pode acontecer que a sociedade decida não acionar o mecanismo anteriormente referido para efetivar a responsabilidade do administrador, ou que tome essa iniciativa, mas deixe passar o prazo de prescrição de seis meses para intentar ação e, nestes casos, os sócios que representem 5% do capital social⁷⁸ podem socorrer-se da ação singular *ut singuli*, prevista no artigo 77.º do CSC.

Esta ação é social e não pessoal, pois visa reparar os danos causados à sociedade, apesar de ser proposta apenas por uma minoria⁷⁹. Como ação social que é, uma vez proposta, a sociedade é chamada ao processo por intermédio dos seus representantes, conforme dispõe o n.º 4 do artigo 77.º do CSC.

No entanto, o legislador previu no n.º 5 do artigo 77.º um mecanismo que visa evitar abusos e reprimir uma má utilização desta ação, que possa vir a prejudicar tanto o administrador visado, como a própria sociedade. Para tal, o administrador poderá requerer que sobre a questão suscitada recaia decisão prévia ou que os autores prestem caução, desde que prove que os autores propuseram aquela ação para prosseguir interesses distintos daqueles protegidos por lei. Esta decisão prévia, se julgada procedente, tem como consequência a absolvição da instância e, uma eventual, condenação dos autores por litigância de má-fé.

⁷⁷ Cfr., artigo 77.º, n.º1 do CSC, “quando a mesmo não haja solicitado”.

⁷⁸ Ou 2% no caso de sociedade emitente de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado.

⁷⁹ Estamos perante uma situação de substituição processual.

- **Ação sub-rogatória de credores sociais**

Como afirma o Professor Pereira de Almeida⁸⁰, pode ainda acontecer que, apesar de se verificarem todos os pressupostos da responsabilidade civil do administrador, nem a sociedade, nem os sócios tomem a iniciativa de acionar os mecanismos adequados, anteriormente analisados.

O artigo 78.º, n.º 2 do CSC dispõe que os credores têm a possibilidade de se substituírem à sociedade através de uma ação de sub-rogação⁸¹, de forma a poderem exigir ao administrador a indemnização a que têm direito da sociedade.

Mais uma vez estamos perante uma ação subsidiária e agora também sub-rogatória. Ou seja, esta apenas poderá ser acionada caso não tenha sido acionada nem a ação social *ut universi* nem a *ut singuli*. Por outro lado, o seu carácter sub-rogatório advém do fato de os credores em atuarem em nome próprio, mas por conta da sociedade, de forma a verem satisfeitos os seus créditos, por força do 606.º, n.º 2 do Código Civil.

Para além desta ação, os credores sociais encontram no n.º 1 do referido preceito uma ação de responsabilidade direta dos administradores para com os credores sociais. Apesar de não se pretender aprofundar esta, coloca-se a questão de saber qual será a vantagem dos credores optarem por acionar a ação sub-rogatória prevista no n.º 2, em detrimento daquela prevista no n.º1, já que nessa os credores beneficiam diretamente dos resultados? A vantagem está no fato de na ação sub-rogatória o credor não ter o ónus de provar a culpa do administrador, enquanto na ação pessoal do n.º1 isso já não acontece, tendo esses de provar a atuação ilícita do administrador que tornou o património da sociedade insuficiente para satisfazer os seus créditos⁸².

Em tom de apontamento final, há que referir a inutilidade presente no n.º 3 do artigo 78.º do CSC, ao esclarecer que a “obrigação de indemnização” é a “referida no n.º 1”, pois tal já se retira da *ratio* das duas ações.

⁸⁰ Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários*, 6.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 296.

⁸¹ Cfr., artigos 606.º a 609.º do CC.

⁸² Esta prova não se adivinha tarefa fácil.

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em
Particular o Dever de Lealdade

Capítulo V – NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE

A responsabilidade dos administradores é subjetiva, isto é, baseia-se na culpa, ainda que presumida⁸³, e obrigacional⁸⁴.

Efetivamente, a maioria da doutrina encara esta responsabilidade como sendo obrigacional, procurando reparar o dano causado à sociedade, mas também prevenir possíveis atuações dos administradores que não sejam conformes o seu estatuto. A somar a isto, retiramos da letra do artigo 72.º, n.º 1 do CSC, que o fato ilícito se traduz numa preterição de deveres legais ou contratuais e que existe uma presunção de culpa, aproximando-se do regime presente no artigo 799.º, n.º 1 do CC, apontando assim para uma responsabilidade obrigacional, em detrimento de uma responsabilidade extra-obrigacional.

Em sentido diferente, temos uma doutrina minoritária que aponta para uma “terceira via”, isto é, uma responsabilidade que não é tipicamente obrigacional, nem tipicamente delitual, autonomizando certas situações, que não se reconduzem a nenhum dos dois modelos tradicionais de responsabilidade.

⁸³ Por oposição à responsabilidade objetiva, em que a culpa não é elemento essencial.

⁸⁴ Por oposição à responsabilidade aquiliana.

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em
Particular o Dever de Lealdade

Capítulo VI – CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou tratar a responsabilidade civil dos administradores por violação dos deveres fundamentais, dando prevalência à violação do dever de lealdade dos administradores fazendo um estudo aprofundando sobre as diversas situações passíveis de ser consideradas como tal violação.

A reforma de 2006, veio de fato, facilitar a tarefa do aplicador do direito ao concretizar alguns parâmetros dos deveres de lealdade. O artigo 64.º sofreu algumas alterações e passou a prever, de forma expressa, o dever de lealdade, delimitou o conceito de interesse social e consagrou, no regime societário português, a *business judgment rule*. Efetivamente, assistimos aqui a uma preocupação do legislador em corrigir a insuficiente fiscalização externa.

Contudo, analisada a jurisprudência portuguesa, verificamos que a discussão de questões referentes à gestão societária não tem chegado aos tribunais como seria de esperar, após a alteração legislativa. Acreditamos que, para uma melhor eficácia do dever de lealdade e da responsabilidade pela sua violação, necessitamos de mais normas que concretizem comportamentos dos administradores, tendo esta tarefa vindo a ser desenvolvida pela doutrina. Mas se por um lado, a falta de concretização pode atentar contra a autonomia e discricionariedade, no fundo a criatividade, e desincentivar o exercício daquela função, por outro lado, a (opção) legislativa de não sistematização legislativa acaba por ser assim tão negativa pois acaba por abrir espaço à Doutrina para que explore esta área e preencha as lacunas existentes numa área em constante mutação.

Como dissemos anteriormente a atividade de gestão societária do administrador encontra associado um risco elevado, que o legislador tenta minimizar ao delimitar os comportamentos aceitáveis por estes. Não podemos ignorar a enorme relevância que as sociedades detêm na nossa sociedade a nível sócio-económico e que têm sofrido grandes abalos com as recentes, mas cíclicas, crises financeiras acompanhadas que trazem ao de cima os maiores escândalos financeiros que temos visto. Há que uma gestão livre de ilegalidades e responsável.

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em
Particular o Dever de Lealdade

BIBLIOGRAFIA

- Abreu, J. M. Coutinho de (2010), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Volume I, Almedina.
- Abreu, J. M. Coutinho de (2010), *Responsabilidade civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, 2.^a Edição.
- Abreu, J. M. Coutinho de (2007), *Reforma do Código das Sociedades – Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, IDET, n.º 3.
- Almeida, António Pereira de (2010), *Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários*, 6.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra.
- Cordeiro, A. Barreto Menezes (2013), *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine). Parte II: Direito Português*, Revista de Direito das Sociedades, Ano V, Número 4, Almedina.
- Cordeiro, António Menezes (2006), *A lealdade no direito das sociedades*, in Revista da Ordem dos Advogados, vol. III, p. 1033.
- Cordeiro, António Menezes (2006), *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, in Revista da Ordem dos Advogados, vol. II, p. 446.
- Cruz, Duarte Amaral da (2012), *O incumprimento vantajoso: Corporate Governance e Responsabilidade Civil dos Administradores*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica.
- Cunha, Paulo Olavo (2012), *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.^a Ed., Almedina.
- Ferreira, Inês Filipa Ferreira (2011), *Da Responsabilidade Civil dos Administradores pela violação do dever de diligência à luz do Artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica.
- Ferreira, Bruno (2008), *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)*, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários n.º 31.

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em Particular o Dever de Lealdade

- Ferreira, Bruno (2008), *A Responsabilidade dos Administradores e os Deveres de Cuidado enquanto Estratégias de Corporate Governance*, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários n.º 30.

- Frada, Manuel A. Carneiro da (2007), *A business judgment rule no quadro dos deveres fundamentais dos administradores*, in Revista da Ordem dos Advogados, vol. I.

- Ferreira, Paula Cristina Domingues Paz Dias (2011), *Responsabilidade Civil dos Administradores e Gestores perante a Sociedade*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Porto.

- Heitor, Marta Isabel Lopes (2013), *A responsabilidade civil, em relação à sociedade, dos administradores executivos e não executivos nas sociedades anónimas de modelo monista*, Revista de Direito das Sociedades, Ano V, Número 4, Almedina.

- Larginho, Marisa (2013), *O dever de lealdade: concretizações e situações de conflito resultantes da cumulação de funções de administração*, Direito das Sociedades Comerciais em Revista, Ano 5, Volume 9.

- Lima, João (2013), *A responsabilidade dos administradores de sociedades por quotas: análise do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19 de Fevereiro de 2013*, Revista de Direito das Sociedades, Ano V, Número 4, Almedina.

- Lourenço, Nuno Calaim (2011), *Os deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Almedina.

- Nunes, Pedro Caetano (2006), *Corporate Governance*, Almedina.

- Nunes, Pedro Caetano (2012), *Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores*, II Congresso Direito das Sociedades Comerciais em Revista, Almedina.

- Remos, Gabriel Freire Silva (2013), *A business judgment rule e a diligência do administrador criterioso e ordenado antes da reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Revista de Direito das Sociedades, Ano V, Número 4, Almedina.

- Ramos, Maria Elisabete G. (2008), *A Responsabilidade dos Membros da Administração, Problemas do direito das Sociedades*, Direito das Sociedades Comerciais em Revista, Ano 7, Volume 13.

- Ramos, Maria Elisabete G. (2015), *Riscos de responsabilização dos administradores – Entre a previsão legislativa e a decisão jurisprudencial*, IDET, n.º 1.

Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação de Deveres Fundamentais: Em Particular o Dever de Lealdade

- Regêncio, João (2013), *Do interesse social*, Revista de Direito das Sociedades, Ano V, Número 4, Almedina.

- Santos, Hugo Moredo e Orlando Vogler Guiné (2013), *Deveres fiduciários dos administradores: algumas considerações (passado, presente e futuro)*, Revista de Direito das Sociedades, Ano V, Número 4, Almedina.

- Teixeira, Ana Isabel Ferreira da Silva (2012), *O dever de lealdade dos Administradores*, Dissertação de Mestrado, ISCTE-IUL.

- Vasconcelos, Pedro Pais de (2009), *Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais*, Direito das Sociedades Comerciais em Revista, Ano 1, Volume 2.