



**POLITÉCNICO
DE LEIRIA**

ESCOLA SUPERIOR
DE TECNOLOGIA
E GESTÃO

O DIREITO DO TRABALHO E AS EMPRESAS:

NOVOS DESAFIOS, NOVAS SOLUÇÕES?

10 OUTUBRO 2017

Auditório 1 Edif. D

**CONGRESSO INTERNACIONAL
DE CIÊNCIAS JURÍDICO-EMPRESARIAIS**

O DIREITO DO TRABALHO E AS EMPRESAS

ATAS

ORGANIZAÇÃO

ANA LAMBELHO

JORGE BARROS MENDES

MARISA DINIS

Edição:

Instituto Politécnico de Leiria
Escola Superior de Tecnologia e Gestão

www.cicje.ipleiria.pt

dezembro de 2017

Instituto Politécnico de Leiria
Escola Superior de Tecnologia e Gestão
Morro do Lena - Alto do Vieiro
2411-901 Leiria
Apartado 416

ISSN: 2183-5330

Nota de publicação

O IX CICJE decorreu na Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria no dia 10 de outubro de 2017 e foi subordinado ao tema “O Direito do Trabalho e as Empresas”.

As Atas que agora se publicam resultam das preleções dos oradores que compuseram os vários painéis. A todos os que contribuíram com os seus escritos para esta publicação e aos participantes no Congresso deixamos o nosso agradecimento.

Leiria, dezembro de 2017

Os organizadores,

Ana Lambelho

Jorge Barros Mendes

Marisa Dinis

Índice

NOTA DE PUBLICAÇÃO	4
CONTRATO DE TRABALHO - UM MODELO FORMOSO E NÃO SEGURO (OU: QUANDO O TRABALHADOR É UM “ADÓNIS MUSCULADO DEAMBULANDO PELA PRAIA”)	
MILENA SILVA ROUXINOL	7
O YIN YANG DA PRESTAÇÃO SUBORDINADA EM REGIME DE TELETRABALHO	
SUSANA FERREIRA DOS SANTOS	25
A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E OS DESAFIOS DO SÉCULO XXI: AS RELAÇÕES DE TRABALHO TRIANGULAR E A MOBILIDADE INTERNACIONAL DE TRABALHADORES. RUI MIGUEL ZEFERINO FERREIRA	43
AS REDES SOCIAIS E A DES(PROTEÇÃO) DA PRIVACIDADE DO TRABALHADOR	
PATRÍCIA CANTEIRO	60
A UTILIZAÇÃO PELO EMPREGADOR DOS REGISTOS OBTIDOS ATRAVÉS DOS MEIOS DE VIGILÂNCIA À DISTÂNCIA COMO MEIO DE PROVA PARA DESPEDIR O TRABALHADOR: SÍNTESE DE UMA DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL	
SALAZAR, HELENA	80
DIREITO À DESCONEXÃO DIGITAL	98
JOÃO DIOGO DA CRUZ SANTOS	98
RAFAEL PARREIRA	98
IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES: UM IDEAL OU UMA REALIDADE ALCANÇÁVEL?	111
PAULA ALEXANDRA DA CRUZ SILVA PINA DE ALMEIDA	111
A GARANTIA DOS CRÉDITOS LABORAIS NO CONTEXTO DA INSOLVÊNCIA DO EMPREGADOR - O PRIVILÉGIO CREDITÓRIO IMOBILIÁRIO ESPECIAL	128
ANA RITA FERNANDES PINTO, IPCA	128
MARIA JOÃO MACHADO, ESTG.IPP/CHICESI	128
A PROTEÇÃO DOS SEGREDOS DE NEGÓCIOS NUM CONTEXTO DE MOBILIDADE DOS TRABALHADORES	167
ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM	167
BREVES REFLEXÕES EM TORNO DAS SEMELHANÇAS E DISSEMELHANÇAS ENTRE OS PACTOS DE NÃO CONCORRÊNCIA DOS ADMINISTRADORES E DOS TRABALHADORES	189
RITA GUIMARÃES FIALHO D’ ALMEIDA*	189
BREVE RESENHA ACERCA DOS MECANISMOS DE COMBATE À UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DE RELAÇÕES DE TRABALHO SUBORDINADO - PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO (IPMAIA/N2I E ISMAI)	210
REFLEXÕES SOBRE O REGIME DA TRANSMISSÃO DE EMPRESA NO CÓDIGO DO TRABALHO	
MELANIE OLIVEIRA (ISCET)	232

Breves reflexões em torno das semelhanças e dissemelhanças entre os pactos de não concorrência dos administradores e dos trabalhadores

Rita Guimarães Fialho d' Almeida *

1. Considerações preliminares

No presente trabalho propomo-nos abordar, ainda que resumidamente, determinadas interrogações que poderão surgir da estipulação de uma obrigação de não concorrência dos administradores – pessoas singulares – de uma sociedade anónima com eficácia após a cessação do respectivo mandato¹.

De entre as razões que presidiram ao nosso interesse e escolha na abordagem da presente problemática conta-se a constatação de que esta permanece uma matéria insuficientemente estudada e, por conseguinte, sequiosa de uma maior e mais aprofundada investigação. Esta circunstância é, desde logo, indiciada pela escassez de escritos científicos e de decisões jurisprudenciais em torno da temática, para além de alguns textos e de observações pontuais que, aqui e ali, vão aparecendo.

Ora, no decurso do mandato, o n.º 3 do artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais vem expressamente determinar que “os administradores não podem exercer por

*Assistente Convidada na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria. Aluna de Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

** Por opção da Autora, a redacção do presente trabalho obedece a grafia anterior à do novo acordo ortográfico.

¹ Relativamente às sociedades por quotas, o que normalmente acontece é que os gerentes são os titulares das quotas da sociedade, não se colocando, por essa razão, a emergência em assegurar a não concorrência daqueles no termo do mandato, excepto quando o mesmo seja acompanhado de uma cessão de quotas e, simultaneamente, “saída” da sociedade. Neste sentido, FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato: Da admissibilidade do pacto de não concorrência* [em linha], Dissertação de Mestrado, Lisboa: ISCTE-IUL, 2016, p. 7 [consult. a 22 de Setembro de 2017]. Disponível na internet: <https://repositorio.iscte-iul.pt/handle/10071/12600>.

conta própria ou alheia actividade concorrente da sociedade nem exercer funções em sociedade concorrente ou ser designados por conta ou em representação desta”, salvo se existir autorização em contrário. Com o termo do mandato, naturalmente que a obrigação em causa se extingue, salvaguardando-se, ainda assim, a protecção que advém para a sociedade do instituto da “concorrência desleal” com previsão no artigo 317.º do Código da Propriedade Industrial², bem diferente embora daquela que é lograda mediante a celebração de um pacto de não concorrência, desde logo porque os conceitos ali utilizados são de difícil apreciação, não se revelando o preceito adequado à protecção das sociedades quando esteja em causa a concorrência preconizada por um administrador que nela tenha cessado as suas funções³.

Assim sendo, urge questionar: poderão as partes, concretamente o administrador e a sociedade, acordar que aquele permaneça obrigado a não concorrer com esta última após o termo do respectivo mandato? Quais são, afinal, os interesses aí subjacentes? A estas e a outras questões, procuraremos responder ao longo das próximas páginas.

2. Dos interesses e admissibilidade do pacto de não concorrência com eficácia pós-mandato

Começando pelos interesses subjacentes à obrigação de não concorrência com eficácia pós-mandato⁴, agora sob o ponto de vista da sociedade, facilmente se compreende que o administrador poderá constituir uma “ameaça” séria em termos comerciais, pois, como logo

² Sob a epígrafe “concorrência desleal”, o artigo 317.º do Código da Propriedade Industrial dispõe nos termos que seguem: “1 – Constitui concorrência desleal todo o acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica, nomeadamente: / a) Os actos susceptíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue; / b) As falsas afirmações feitas no exercício de uma actividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes; / c) As invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios; / d) As falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira da empresa ou estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas actividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela; / e) As falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços, bem como as falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adoptado; / f) A supressão, ocultação ou alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem ou indicação geográfica dos produtos ou da marca registada do produtor ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento. / 2 – São aplicáveis, com as necessárias adaptações, as medidas previstas no artigo 338.º-I”.

³ FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 31 e 33-34.

⁴ Seguimos, de perto, SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato: contornos e limites”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez* [em linha], n.º 30 (2011), p. 116-117 [consult. a 22 de Setembro de 2017]. Disponível na internet: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3233/documento/art15.pdf?id=3381>.

se vê, durante o exercício das suas funções, o mesmo pode ter estabelecido relações de confiança pessoal com clientes da sociedade e outros terceiros e, ainda, ter tido acesso a informação privilegiada dentro da sociedade⁵. Recorde-se, aliás, a circunstância de, nas sociedades anónimas, o grau de profissionalismo e autonomia dos administradores ser mais intenso, assim como maior complexidade revestem as matérias com as quais estes têm de se relacionar⁶. Depois, também ao administrador poderá interessar a estipulação do pacto de não concorrência com eficácia pós-mandato. Senão vejamos: daí lhe advém uma compensação pecuniária enquanto contrapartida da obrigação de não concorrência e, por conseguinte, rendimentos futuros numa altura em que já não estará adstrito a desempenhar as funções que, até então, recaíam sobre si⁷.

Em se admitindo a validade de um pacto de não concorrência desta natureza, certamente que a sua génese assentará na liberdade contratual das partes, bem como na possibilidade de o administrador aceitar livremente restringir a sua liberdade de trabalho, a sua liberdade de escolha de profissão e a sua liberdade de iniciativa económica, mas nunca no prolongamento implícito dos deveres de lealdade previstos no artigo 64.º, n.º 1, alínea b), do Código das Sociedades Comerciais, que recaíam sobre este durante o mandato⁸. E se assim é,

⁵ No mesmo sentido, cfr. também FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 33.

⁶ FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 8.

⁷ No mesmo sentido, cfr. também FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 37.

⁸ Pese embora a lealdade não se encontrasse positivada como dever geral, a versão anterior do artigo 64.º continha já a sua consagração implícita. Existiam também alguns afloramentos díspares no Código das Sociedades Comerciais e beneficiava de concretizações fundamentais no âmbito do direito de insolvência. Apresenta-se ela como o dever que impende sobre os administradores de atender e satisfazer exclusivamente os interesses da sociedade, com a consequente abstenção da promoção do benefício próprio ou de interesses alheios. Repare-se que a lealdade não se fundamenta na emergência de tutelar a confiança de outrem, a qual pode mesmo não existir, e nem por isso, ela deixa de ser devida. Do mesmo passo, a imposição do dever de lealdade pode não significar a correspondência a expectativas, designadamente quando se não haja pedido qualquer confiança de outrem. Embora a exigência de lealdade brote no contexto de uma específica relação entre sujeitos (*Sonderverbindung*), no seio da qual as expectativas conformam particularmente o relacionamento e a conduta a que as partes se encontram adstritas, a conveniência de acautelar tais expectativas não é imposta em si mesma, mas antes como consequência necessária de uma correcção de comportamento, de pendor ético-jurídico objectivo. Muito embora o dever ora em análise não carecesse de positivação, a verdade é que a mesma se justifica, sobretudo em razão da função pedagógica da lei, que pretendeu lembrar, aos administradores e ao intérprete, aquilo que nem sempre se considerou adequadamente. Sem prescindir da importância da sua positivação, sempre se dirá que os deveres de lealdade não foram referenciados de forma apropriada, na medida em que os mesmos não se traduzem em deveres “no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”. Observe-se que a lealdade não realiza, por si, interesses, situando-se acima e para além deles. Quer dizer, o dever de lealdade que impende sobre o administrador não existe em ordem a prosseguir e maximizar os interesses mencionados na disposição legal, fundando-se antes no

estatuto ético-jurídico basilar da função do administrador, de que é elemento constitutivo, até porque o “direito” à lealdade dos administradores é irrenunciável. Embora reduzida, na lei, a uma simples menção, afigura-se-nos possível proceder, em termos gerais, a uma tipificação exemplificativa de alguns imperativos da lealdade, hoje comumente reconhecidos. Concretizando os “deveres de lealdade”, os administradores devem: a) actuar com correcção (*fairness*) quando contratam com a sociedade; b) não concorrer com ela; c) não aproveitar em benefício próprio as oportunidades de negócio societárias; d) não aproveitar bens e informações da sociedade; e) finalmente, não devem abusar do estatuto ou posição de administrador. Dúvidas não restam de que a lealdade – ou, noutra formulação, a fidelidade – é uma conduta exigível ao administrador, mero dever de comportamento, o que resulta do facto de ele ser susceptível de romper em outras relações jurídicas, especialmente naquelas em que alguém gere um interesse alheio, em nome e/ou por conta de outrem. Repare-se ainda que esse dever se não confunde com o dever de administrar, na medida em que um administrador leal pode não administrar correctamente, e um bom administrador pode, pelo menos em determinado momento, não ser leal. Seja como for, sempre se dirá que a relação de administração importa um especial dever de lealdade. Nas palavras de FRADA, Manuel A. Carneiro da, “A *business judgment rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores”, in: AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 215, “a relação de administração constitui uma daquelas relações fiduciárias ou de confiança que manifestam uma textura de comportamentos exigíveis em nome da lealdade particularmente densa (relação *uberrimae fidei*). Se todos os sujeitos estão adstritos a deveres de lealdade na sua vida de relação, o administrador encontra-se colocado perante uma lealdade qualificada, derivada da função que exerce no que respeita a interesses alheios”. Diferentemente do dever de cuidado, o dever de lealdade não se constrói com base na vontade manifestada num negócio jurídico, mas antes emerge de uma ponderação ético-jurídica autónoma de uma qualquer antevisão das partes nesse sentido e aparece como consequência de uma valoração *ex lege* da ordem jurídica, ultrapassando naturalmente a medida da conduta genericamente imposta em nome da boa-fé plasmada no artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil, o qual não proíbe a prossecução de interesses próprios – o que não se compreenderia nos contratos onerosos ou com interesses opostos –, antes promove apenas uma forma de concordância prática dos interesses das partes numa relação de troca, impondo padrões e limites de razoabilidade, em razão da existência simultânea daqueles interesses. No dever de lealdade que impende sobre os titulares do órgão de administração das sociedades a situação apresenta-se diferente, pois a sua relação com a pessoa colectiva é de curadoria ou de administração de interesses, competindo ao titular do órgão impulsionar a realização do interesse daquela e se o não faz de forma apropriada, é esse interesse (de outrem) que fica por satisfazer. Assim sendo, a regra da boa-fé de que possa falar-se nesta sede tem por intuito a garantia da sobre-ordenação dos interesses da sociedade e respectivas condições de prossecução, e não a delimitação da prossecução de interesses próprios. Nesta ordem de ideias, a lealdade devida pelo administrador aos sócios assume contornos distintos daquela que ele tem perante a sociedade; daí que o efeito da sua violação para com aqueles se limite, em regra, à responsabilidade civil, não fundamentando, em princípio, qualquer obrigação de restituição daquilo que foi obtido directamente a esses sócios, para além do dano que lhes haja sido causado. De todo o modo, ainda que a lealdade qualificada do administrador exista apenas, propriamente, em relação à sociedade que serve, isso não significa a dispensa de lealdade do administrador para com outros sujeitos com que entrou em relação (v.g., trabalhadores, sócios, clientes e credores). Por outras palavras, pese embora o legislador entenda diferenciar vários limiares de incidência de lealdade, reconduzindo-a mormente à sociedade e respectivo interesse, a lealdade “qualificada” não isenta da lealdade “comum” para com os outros. Ela há-de observar-se, sempre e como princípio, perante todos, devendo prevenir-se a ocorrência de quaisquer conflitos. Naturalmente a lealdade devida pelo administrador na sua relação perante os sócios, os clientes, os trabalhadores ou os credores pode, *in casu*, conflitar com o interesse social. Pense-se, por exemplo, na circunstância de o administrador não prevenir, como havia de o ter feito, o conflito de deveres, comprometendo-se, quando não lhe incumbia nem tinha por que tal, perante outros (sócios, clientes, trabalhadores ou credores) em detrimento da sociedade. Nessas hipóteses, se pode ser-lhe consentido dar prevalência ao interesse social, o dever de lealdade relativamente aos outros sujeitos não desaparece, pelo que a sua violação acarreta sempre responsabilidade civil perante os terceiros atingidos. Neste contexto, haverá certamente demarcações daquilo que a lealdade impõe em função das pessoas e circunstâncias compreendidas. Assim, as condições em que a omissão de uma informação ou de prestação de um esclarecimento são consideradas desleais variam. Repare-se ainda que o sigilo profissional dos administradores não afectará, em regra, a lealdade perante terceiros. Uma possível delimitação será, pois, a de atender ao tipo de interessados na matéria. De todo o modo, parece que a mentira ou a falta consciente à verdade representa sempre uma censura ético-jurídica, independentemente dos interessados em causa, donde ela tende a coincidir com uma violação do dever de lealdade, conquanto exista uma ligação específica anteriormente estabelecida entre o autor

a admissibilidade da obrigação de não concorrência pós-mandato deverá ser aferida, não à luz de normas e princípios consagrados no Código das Sociedades Comerciais, mas antes fora dele, designadamente no Código Civil e na Constituição da República Portuguesa, a que acresce o recurso a outros normativos enquanto elementos acessórios de interpretação⁹. E, uma vez mais, se assim é, a circunstância de o Código das Sociedades Comerciais não prever expressamente a figura do pacto de não concorrência do administrador com eficácia pós-mandato não transportará, por isso só, a ideia de que o mesmo deva ser considerado inválido¹⁰.

Vimo-lo já, o pacto de não concorrência com eficácia pós-mandato traduzir-se-á numa limitação à liberdade de iniciativa económica, à liberdade de trabalho do administrador e, também, à liberdade fundamental de escolha de profissão. E, repare-se, em termos do respectivo enquadramento constitucional, esta liberdade de escolha de profissão constitui um direito fundamental com consagração em preceito integrado no capítulo respeitante aos direitos, liberdades e garantias pessoais, cuja restrição vem sendo admitida em nome da efectivação de outros direitos e liberdades fundamentais. Referimo-nos, mais exactamente, ao n.º 1 do artigo 47.º da Constituição da República Portuguesa, que dispõe nos termos que seguem: “Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”¹¹.

Recorde-se, nesta sede, a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 256/2004, de 14 de Abril de 2004 (MÁRIO TORRES), processo n.º 09S0625, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, a respeito da eventual inconstitucionalidade do artigo 16.º do Decreto-lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969, que consagrou o Regime Jurídico do

e o destinatário do conteúdo transmitido. Enquanto produto de uma valoração ético-jurídica indisponível, a lealdade não é graduável ou susceptível de considerações de eficiência económica, segundo uma análise económica do Direito, pelo que ela há-de ser devida sempre, ainda que tal importe um custo elevado; o que vale por dizer não se afigurar admissível exigir-se mais ou menos lealdade conforme os interesses em causa ou passíveis de serem afectados. Neste sentido, M. CARNEIRO DA FRADA, *ob. cit.*, p. 219-221.

⁹ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, *cit.*, p. 117.

¹⁰ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, *cit.*, p. 118 e 120; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, *cit.*, p. 37.

¹¹ Em moldes idênticos, cfr. também o artigo 15.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sob a epígrafe “liberdade profissional e direito de trabalhar”.

Contrato Individual de Trabalho, correspondendo, ainda que com ligeiras alterações, ao actual artigo 136.º do Código do Trabalho:

“(...) em balanço global, que a regulação legal dos pactos de não concorrência contida na norma questionada não pode ser considerada como restringindo de forma constitucionalmente intolerável a liberdade de trabalho. / Sendo irrecusável a possibilidade da existência, em alguns casos, do apontado constrangimento à aceitação desta cláusula restritiva, não deixa de ser relevante que ela não resulte de imposição do legislador, mas antes de acordo de vontades das partes, assentando, assim, em último termo, na autonomia do trabalhador”.

Claro está que a mesma decisão não deixa de tecer algumas considerações acerca de quais as condições a que os pactos de não concorrência devem obediência. Em primeiro lugar, a exigência de forma escrita, enquanto formalidade *ad substantiam* ou, dito de outro modo, enquanto condição de validade do negócio jurídico, vem assegurar “a assunção consciente da restrição e delimita[r] o seu âmbito de aplicação”¹².

Em segundo lugar, há-de tratar-se de uma restrição com limitação temporal e, também, limitação geográfica, pois, como logo se vê, “nada justificaria o impedimento da actividade do trabalhador em zona aonde o seu antigo empregador não estende a sua acção empresarial”.

Em terceiro lugar, “a exigência legal da existência de risco efectivo de prejuízos para o ex-empregador” ou, dito doutro modo, o risco daquilo a que a doutrina designa por “concorrência diferencial”; o mesmo é dizer “a especificidade da concorrência que um ex-trabalhador está em condições de realizar relativamente ao seu antigo empregador, por ter trabalhado para ele”, não bastando, para tanto, “o prejuízo comum de o empregador perder um seu trabalhador de qualidade para outra empresa concorrente”.

Exige-se ainda a estipulação de uma adequada compensação monetária, a qual terá de ser justa, no sentido de bastante para compensar o trabalhador da perda de rendimentos emergente da restrição da sua actividade.

¹² No mesmo sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Maio de 2008 (BRAVO SERRA), processo n.º 08S322, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, veio decidir no sentido de que as “condições que permitem a estipulação de uma cláusula de limitação da actividade do trabalhador (...) são ditadas por interesse e ordem pública e constituem formalidades *ad substantiam*, sem as quais não será possível efectuar-se a outorga desse específico arco do negócio jurídico”.

Finalmente, o trabalhador não fica, em bom rigor, absolutamente privado do seu direito ao trabalho, pois que a limitação voluntária ao exercício desse direito é sempre revogável, nos termos do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, além de que o incumprimento do pacto, mediante a celebração de contrato de trabalho com empresa concorrente do antigo empregador não gera, em regra, a invalidade deste contrato, mas antes, eventualmente, a mera obrigação de indemnização. E se tiver sido estabelecida cláusula penal existirá sempre a possibilidade da sua redução pelo tribunal de acordo com a equidade, quando a mesma for manifestamente excessiva, nos termos do artigo 812.º, n.º 1, do Código Civil.

“Ponderadas todas estas cautelas e restrições legais, conclui-se [no referido Acórdão] que a possibilidade de estipulação de pacto de concorrência não viola, de forma intolerável, os valores constitucionais invocados pela sentença recorrida”¹³.

Bem vistas as coisas, o exercício da função de administrador numa sociedade anónima encontra-se, também ele, a coberto da liberdade de escolha de profissão constitucionalmente consagrada, afigurando-se, por isso, como um direito de personalidade do administrador, de que este pode dispor, designadamente limitando-o de forma voluntária, podendo, então, ser objecto de um negócio jurídico, ao abrigo do princípio da liberdade contratual, conforme resulta das disposições conjugadas do artigo 81.º, n.º 1, *a contrario*, 280.º e 405.º do Código Civil¹⁴.

Acresce que a circunstância de o n.º 2 do artigo 81.º do Código Civil admitir, de forma expressa, a livre revogação das restrições voluntárias aos direitos de personalidade vem igualmente corroborar a possibilidade de o administrador restringir a sua liberdade de trabalho¹⁵.

Por outro lado ainda, o recurso a outros normativos enquanto elementos acessórios de interpretação revela-se útil, também ele, à demonstração de que o pacto de não concorrência é

¹³ O mesmo entendimento foi inteiramente subscrito pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Dezembro de 2009 (VASQUES DINIS), processo n.º 09S0625, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁴ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 118; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 35-37. Veja-se ainda o Acórdão do Supremo Tribunal, de 25 de Setembro de 2003 (OLIVEIRA BARROS), processo n.º 03B2361, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, em cujo sumário se dispõe o seguinte: “Desde que não contrariados por esse modo os princípios da ordem pública interna, é lícita a limitação voluntária do exercício dos direitos de personalidade, designadamente, podendo, em princípio, o exercício do direito ao resguardo, nas suas várias manifestações, ser objecto de limitações voluntárias” (itálico nosso).

¹⁵ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 119.

conforme à ordem pública, desde que proporcional e justificado¹⁶. Referimo-nos ao actual artigo 136.º do Código do Trabalho e ao artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, que aprovou o regime legal do contrato de agência.

Começemos pelo primeiro dos normativos citados. Ora, pese embora a relação entre o administrador e a sociedade não configurar um contrato de trabalho, logo proibido pelo n.º 1 do artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais, não devemos deixar de atender a que, no domínio do direito laboral, o n.º 2 do artigo 136.º do Código do Trabalho, o pacto de não concorrência com eficácia após a cessação do contrato de trabalho é expressamente admitido, desde que observado um conjunto de pressupostos. São eles: (i) o período de não concorrência ter a duração máxima de dois anos (ou três anos no caso de o trabalhador estar “afecto ao exercício de actividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência”, nos termos do n.º 5 do mesmo preceito legal); (ii) constar de acordo escrito, designadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste; (iii) estar em causa uma actividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador; (iv) ser atribuída uma compensação ao trabalhador durante o período de limitação, compensação essa “que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional”.

Pois bem, se o trabalhador se encontra, em regra, numa posição de maior fragilidade em relação ao empregador do que aquela em que se encontra o administrador em relação à sociedade, então, por maioria de razão, um administrador poderá restringir a sua liberdade de trabalho, mediante a estipulação de um pacto de não concorrência, naturalmente embora, também este, com algumas restrições em termos da respectiva duração e âmbito material, assim como no respeitante à estipulação de uma compensação pecuniária a favor do administrador¹⁷.

Outrossim, o administrador, mais do que o trabalhador, terá acesso a informação privilegiada da sociedade e estará, porventura, mais apto a estabelecer relações de confiança

¹⁶ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 119-120.

¹⁷ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 119; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 38.

pessoal com clientes e terceiros (v.g., fornecedores), em razão das funções que desempenhou¹⁸.

Passemos à análise do regime do contrato de agência, mais concretamente do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 178/86 acima mencionado. De acordo com o preceituado nos seus n.ºs 1 e 2, o principal e o agente podem, licitamente, convencionar um pacto de não concorrência com eficácia pós-contrato de agência, desde que respeitadas algumas condições. São elas: (i) constar o acordo de documento escrito; (ii) o período de não concorrência não ultrapassar os dois anos; (iii) a não concorrência restringir-se à proibição do exercício de actividades potencialmente concorrentes com a actividade do principal; (iv) circunscrever-se à zona ou ao círculo de clientes confiado ao agente. E, acrescente-se, (iv) seja atribuída uma compensação ao agente, nos termos da alínea g) do artigo 13.º do mesmo diploma legal.

Ora, se é verdade que a relação societária de administração e a relação de agência apresentam diferenças (desde logo porque o agente apenas pratica actos jurídicos por conta do principal de forma eventual e acessória, ao invés do que sucede na relação entre o administrador e a sociedade), não é menos verdade que igualmente partilham alguns traços em comum, pois, como é consabido, agente e administrador actuam no interesse e por conta de outrem, além de ambos poderem desenvolver uma relação de confiança com os clientes e, bem assim, ter acesso a informação privilegiada.

Por todo o exposto, a consideração da disposição em causa vem, também ela, testemunhar o entendimento segundo o qual o pacto de não concorrência entre o administrador e a sociedade com eficácia pós-mandato deve ser considerado conforme à ordem pública, desde que proporcional e justificado.

A validade de uma cláusula desta natureza é também, acertadamente, admitida por M. Nogueira Serens, ainda que, aparentemente, com base no paralelismo entre a obrigação de não concorrência do administrador com eficácia pós-mandato e a obrigação de não concorrência do trespassante do estabelecimento comercial¹⁹.

¹⁸ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 119.

¹⁹ SERENS, M. Nogueira, *Notas sobre a Sociedade Anónima*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 75-76. Apresentando algumas reservas quanto à razão de ser desta comparação, SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 120, pois “em rigor, a cessação do mandato não obriga o administrador a proceder à entrega efectiva de qualquer negócio à sociedade, nem tão pouco faz emergir uma obrigação implícita de não concorrência, ao contrário do que sucede com o trespassante face ao trespassário”.

3. Da admissibilidade do pacto de não concorrência com eficácia pós-mandato aos seus limites

3.1. Âmbito temporal da obrigação de não concorrência

Primeiro dos limites de ordem pública de um pacto de não concorrência que importa considerar é precisamente o do seu âmbito temporal ou, dito doutro modo, o período de duração máxima da obrigação de não concorrência.

Recorde-se que o ordenamento jurídico português compreende normas que expressamente regulam o prazo de duração máxima de um pacto de não concorrência estipulado no âmbito de um contrato de trabalho e de um contrato de agência, porventura, apropriadas, também, no contexto de que ora nos ocupamos.

Com efeito, o n.º 2 do artigo 136.º do Código do Trabalho vem dizer que “é lícita a limitação da actividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos subsequente à cessação do contrato de trabalho”, enquanto no seu n.º 5 estabelece-se que “tratando-se de trabalhador afecto ao exercício de actividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, a limitação a que se refere o n.º 2 pode durar até três anos”. Em causa está uma diferenciação baseada no tipo de trabalhador e na relação existente entre este e a entidade patronal, que justifica o interesse desta última em alargar a duração da restrição e que pressupõe a especial relação de confiança ou o efectivo acesso a informação particularmente sensível.

Por seu turno, o n.º 2 do artigo 9.º do citado Decreto-Lei n.º 178/86 dispõe que “a obrigação de não concorrência só pode ser convencionada por um período máximo de dois anos e circunscreve-se à zona ou ao círculo de clientes confiado ao agente”.

Salvo melhor opinião, a *ratio* do regime consagrado no n.º 5 do artigo 136.º do Código do Trabalho parece aproximar-se, *mutatis mutandis*, aos interesses que um pacto de não concorrência de um administrador com eficácia pós-mandato intenta salvaguardar, quais sejam o de impedir que o anterior administrador utilize informações, conhecimentos ou

recursos a que teve acesso em virtude do exercício das suas funções em benefício de uma sociedade concorrente e, ao mesmo tempo, em prejuízo da sociedade protegida pelo pacto²⁰.

Assim sendo, o regime previsto no n.º 5 do artigo 136.º do Código do Trabalho, de que resulta a conformidade à ordem pública de pactos de não concorrência com um prazo de duração até três anos nas situações em que um trabalhador esteja afecto ao desempenho de uma actividade que pressuponha uma relação de especial confiança com o empregador ou tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, apresenta-se como uma referência a considerar na averiguação do prazo de duração máxima de um pacto de não concorrência de um administrador com eficácia pós-mandato, embora sem que, com isso, se pretenda afirmar estar em causa um regime analogicamente aplicável à limitação do exercício da função de administrador propriamente dita (recorde-se, a relação entre o administrador e a sociedade não configura um contrato de trabalho).

Ora, a relação entre um administrador e uma sociedade supõe, como logo se vê, a existência de uma relação de especial confiança, na qual o administrador tem, designadamente, acesso a informação privilegiada e contacto directo com clientes. Por essa razão, não repugnará que a obrigação de não concorrência assumida por um administrador com eficácia pós-mandato possa durar até três anos e, conseqüentemente, tanto se revele conforme à ordem pública.

Mas, repare-se, mesmo os pactos de não concorrência cujo período de duração máxima exceda os três anos devem ser considerados admissíveis, desde que essa restrição à liberdade de trabalho e à iniciativa económica se mostre, *in casu*, compatível, justificada e proporcional diante os ditames constitucionais²¹, até porque um administrador não se encontra na mesma posição de desigualdade e fragilidade com que um trabalhador subordinado se depara. De resto, alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros prevêm, mesmo no âmbito do direito laboral, prazos de duração máxima da obrigação de não concorrência superiores a três anos, especialmente nos casos em que um trabalhador esteja afecto ao desempenho de uma actividade que pressuponha uma relação de especial confiança (cfr., por exemplo, o artigo

²⁰ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 120; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 40.

²¹ Assim, SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 121, dando o exemplo de alguns administradores executivos.

2125.º do Código Civil Italiano em que se consagra um prazo de cinco anos sempre que estejamos perante *dirigenti*).

É óbvio que, por razões de ordem pública, a estipulação do prazo de uma obrigação de não concorrência de um administrador com eficácia pós-mandato possui, certamente, um limite máximo, o qual, caso excedido, mostra-se inadmissível e, por conseguinte, passível de ser objecto de redução, nos termos do artigo 292.º do Código Civil – repare-se, ainda que dentro dos limites máximos –, designadamente em situações em que a relação contratual teve uma curta duração e se estipulou um período de não concorrência perto do limite máximo²². Simplesmente, a concretização de qual seja o limite máximo deste tipo de pactos de não concorrência não se revela uma tarefa simples, pois se é certo que o limite máximo de três anos previsto no n.º 5 do artigo 136.º do Código do Trabalho não constitui, nos termos descritos, um prazo inultrapassável para os pactos de não concorrência de que nos ocupamos, não é menos verdade que não existe nenhum outro preceito legal que se revele útil e possa servir como referência para este efeito.

De todo o modo, em caso de omissão do período de duração máxima da obrigação de não concorrência, e uma vez que a referência expressa da duração do pacto não parece constituir requisito de validade, aceitamos como válida a aplicação ao pacto de não concorrência do período máximo legalmente admissível previsto no n.º 5 do artigo 136.º do Código do Trabalho²³.

Também não parece estar afastada a possibilidade de, uma vez estipulado um prazo de duração inicial do pacto inferior aos limites legais, as partes acordarem a prorrogação do mesmo ou, inclusivamente, a possibilidade de as partes virem reduzir o prazo inicialmente acordado em resultado de alteração das circunstâncias²⁴.

Por todo o exposto, a conformidade com a ordem pública de um prazo de eficácia de uma obrigação de não concorrência pós-mandato terá de ser analisada casuisticamente, caso a caso, de modo a apurar se o mesmo é proporcional e justificado em face dos ditames constitucionais²⁵.

²² FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 41.

²³ FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 40-41.

²⁴ FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 41.

²⁵ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 121.

3.2. Âmbito material da obrigação de não concorrência

O pacto de não concorrência de um administrador com eficácia pós-mandato compreende, além do mencionado âmbito temporal, também, limites materiais, no sentido em que, por um lado, somente poderá proibir a prática de actividades concorrentes que tenham sido realmente desenvolvidas pela sociedade protegida durante o mandato do obrigado à não concorrência, e que, por outro lado, possam causar um prejuízo efectivo à sociedade protegida, resultante, designadamente, da utilização pelo obrigado à não concorrência de informação privilegiada. Note-se ainda não ser de excluir a admissibilidade de um pacto de não concorrência que interdite o exercício de “actividades que a sociedade protegida tenha preparado com um grau de detalhe juridicamente relevante”, mas que não vieram a ser efectivamente desenvolvidas durante o mandato do obrigado²⁶.

E a previsão das concretas actividades interditas ao obrigado à não concorrência de acordo com os critérios acima mencionados constitui referência incontornável no pacto de não concorrência, pois, como é óbvio, o mesmo não pode ser omissivo ou simplesmente remeter para uma restrição genérica indeterminada à liberdade de trabalho e à liberdade de iniciativa económica. Se assim suceder, ou seja, se o pacto não delimitar especificamente as actividades interditas ao obrigado à não concorrência ou estipular um âmbito de interdição excessivamente amplo, então, o mesmo poderá ser objecto de redução, nos termos do artigo 292.º do Código Civil, de modo a incluir somente as actividades económicas que a sociedade protegida realmente desenvolveu (ou preparou) durante o exercício do mandato do obrigado à não concorrência e cujo exercício possa causar um prejuízo efectivo à sociedade²⁷.

Elemento essencial na demarcação do âmbito material de uma obrigação de não concorrência com eficácia pós-mandato e, por conseguinte, também, na operação de redução de um pacto omissivo ou excessivamente amplo na definição das actividades interditas, é o conceito de “actividade concorrente”, com previsão no n.º 2 do artigo 254.º do Código das Sociedades Comerciais, igualmente aplicável à obrigação de não concorrência de

²⁶ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 121.

²⁷ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 122. Em idêntico sentido, FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 41.

administrador por força do disposto no n.º 5 do artigo 398.º. E isto, apesar de o n.º 2 do artigo 254.º do Código das Sociedades Comerciais versar sobre a obrigação de não concorrência de um administrador *apenas* durante a vigência do respectivo mandato.

“Entende-se como concorrente com a da sociedade qualquer actividade abrangida no objecto desta, desde que esteja a ser exercida por ela ou o seu exercício tenha sido deliberado pelos sócios” (artigo 254.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais).

Transpondo agora os seus dizeres para a matéria que nos ocupa, um pacto de não concorrência de administrador com eficácia pós-mandato demasiado amplo ou omissivo na definição do respectivo âmbito material deverá ser reduzido, de modo a interditar somente as actividades económicas compreendidas pelo objecto social da sociedade protegida. Mas, repare-se, a circunstância de as actividades se encontrarem formalmente abrangidas pelo objecto social da sociedade protegida não constitui critério bastante para se definir o âmbito material de interdição de um pacto de não concorrência com eficácia pós-mandato, pois é ainda necessário que a sociedade protegida tenha efectivamente desempenhado a(s) actividade(s) abrangida(s) pelo seu objecto social durante o exercício do mandato pelo obrigado à não concorrência.

E se a sociedade, durante o mandato do obrigado à não concorrência, tiver exercido uma actividade que não estava formalmente abrangida pelo seu objecto social? Poderá o pacto de não concorrência interditar o exercício dessa actividade de facto? Parece-nos que sim.

Note-se que a obrigação de não concorrência pós-mandato abrangerá não apenas a prática de um conjunto de actos, como também a prática de um acto isolado de concorrência, e ainda que essa obrigação compreenderá, como é evidente, a proibição do exercício de actividade concorrente quer por conta própria, quer por conta alheia.

Recorde-se ainda que este tipo de pacto de não concorrência de um administrador apenas poderá interditar o exercício de actividades aptas a causar um prejuízo efectivo à sociedade protegida. Por essa razão, o âmbito de interdição de um pacto deste tipo terá de se restringir (ou deverá ser reduzido) às actividades em que se possa constatar a possibilidade de uma concorrência diferencial por parte do obrigado à não concorrência, resultante, designadamente, da transmissão por este último de um *know-how* específico ou de

informações privilegiadas para uma sociedade concorrente, a que ele teve acesso durante e por causa do exercício das suas funções enquanto administrador²⁸.

Outrossim, um pacto de não concorrência possui limites espaciais imanescentes ou, se preferirmos, a obrigação de não concorrência encontra-se, à partida, geograficamente limitada, pois, como vimos, a mesma só será válida e eficaz na medida em que seja provável que a actividade concorrente possa vir a causar um prejuízo efectivo à sociedade protegida. Mesmo assim, e apesar dos seus limites espaciais imanescentes, o pacto de não concorrência deverá, em regra, definir expressamente tais limites²⁹.

Urge ainda questionar o seguinte: a obrigação de não concorrência de um administrador com eficácia pós-mandato aproveitará também a sociedades do mesmo grupo da sociedade protegida ou reduzir-se-á, antes, à protecção desta última? Ora, parece-nos que, em determinados casos, a protecção da obrigação de não concorrência deve igualmente estender-se a sociedades do mesmo grupo da sociedade directamente protegida pelo pacto de não concorrência, atendendo a que o obrigado à concorrência, no exercício das suas funções de administrador da sociedade protegida, possa, por exemplo, ter tido acesso a clientela ou a informações privilegiadas de outras sociedades do grupo.

3.3. Forma do pacto de não concorrência

Noutro prisma, é igualmente questionável se a validade do pacto de não concorrência de administrador com eficácia pós-mandato, além dos já mencionados âmbito temporal e âmbito material, depende, ou não, também, da observância de forma especial.

Ora, de acordo com o disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 136.º do Código do Trabalho, o pacto de não concorrência que vise limitar a actividade de um trabalhador deverá “constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste”.

²⁸ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 122-123; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 42.

²⁹ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 123; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 42-43. Também o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 256/2004, de 14 de Abril de 2004 (MÁRIO TORRES), processo n.º 09S0625, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, veio afirmar a relevância prática da circunscrição geográfica da obrigação de concorrência, pois, como logo se vê, “nada justificaria o impedimento da actividade do trabalhador em zona aonde o seu antigo empregador não estende a sua acção empresarial”.

Ao mesmo tempo, também o n.º 1 do artigo 9.º do regime do contrato de agência impõe que a obrigação de não concorrência assumida pelo agente conste de documento escrito.

Porém, as mencionadas normas excepcionais não são, em princípio, aplicáveis ao pacto de não concorrência de administradores com eficácia pós-mandato. E isto porque, por um lado, a regra prevista no Código do Trabalho somente se aplica às cláusulas que visam restringir a actividade de um trabalhador (e não já de um administrador) e que sejam negociadas no âmbito de um contrato de trabalho, e, por outro lado, a norma do contrato de agência somente se aplica a este tipo contratual.

Assim sendo, um pacto de não concorrência de um administrador com eficácia pós-mandato não estará, em regra, sujeito a forma escrita, antes valendo o princípio da liberdade de forma, tal como consagrado no artigo 219.º do Código Civil. Em todo o caso, e como é óbvio, razões de certeza, segurança jurídica e prova apontam para que o pacto de não concorrência revista sempre forma escrita³⁰.

3.4. Compensação

Como vimos, o pacto de não concorrência configura uma limitação a um direito de personalidade, mais exactamente do direito de liberdade de escolha de profissão, razão pela qual a sua validade impõe o respeito pelos parâmetros de proporcionalidade e de ordem pública, sob pena de nulidade (cfr. artigo 81.º, n.º 1, do Código Civil). Se assim é, parece-nos que o pacto de não concorrência com eficácia pós-mandato apenas pode ser considerado conforme à ordem pública nos casos em que seja estipulada uma compensação em benefício do administrador, até porque, a entender-se o contrário, o pacto de não concorrência mostrar-se-ia desproporcional e desequilibrado, dando lugar à limitação de um direito fundamental sem que houvesse qualquer contrapartida que contrapesasse essa restrição gerada na esfera jurídica do administrador³¹.

³⁰ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 124. Em sentido contrário, FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 43-45, para quem se impõe a redução a escrito do pacto de não concorrência celebrado entre a sociedade e o ex-administrador, sob pena de nulidade.

³¹ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 124; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 45.

Qual, então, a medida da compensação pela não concorrência com eficácia pós-mandato? Terá ela de corresponder, por exemplo, a metade da retribuição que o administrador recebeu durante o mandato?

Parece-nos que valerá aqui o princípio da liberdade contratual das partes consagrado no artigo 405.º do Código Civil, limitado pelo princípio da “proporcionalidade”, o qual, enquanto conceito indeterminado, há-de ser interpretado caso a caso. Na realidade, a imposição geral e acrítica de a compensação pela não concorrência com eficácia pós-mandato ter de corresponder a uma determinada percentagem mínima da retribuição do administrador não se apresenta adequada, pois que estamos na presença de prestações pecuniárias com naturezas distintas: a compensação pela não concorrência é uma contraprestação devida por um comportamento negativo do ex-administrador, ao passo que a retribuição durante o mandato constitui uma contraprestação por um comportamento positivo³².

Quanto se disse, não significa que a retribuição que o administrador auferia não deva constituir um dos elementos relevantes para avaliar, em termos monetários, a justeza da restrição do direito de personalidade voluntariamente assumida pelo administrador ou, se preferirmos, um dos elementos a ponderar no controlo da “proporcionalidade” da compensação, mas antes que o tribunal poderá aceitar a fixação de um valor inferior à retribuição que vinha sendo auferida pelo administrador, até porque o pacto simplesmente limita o administrador quanto à actividade concorrencial da sociedade e não relativamente a qualquer outra actividade³³.

No respeitante ao momento da determinação da compensação, acreditamos que nada obsta a que a mesma não seja acordada concomitantemente com a celebração do pacto de não concorrência, embora nunca após o momento em que a obrigação de não concorrência com eficácia pós-mandato comece a ser cumprida, de modo a salvaguardar o respeito pela ordem pública e o equilíbrio das prestações³⁴.

³² SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 124.

³³ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 124; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 46.

³⁴ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 124-125; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 46.

Finalmente, e quanto ao momento do pagamento da compensação em causa, pode suceder uma das seguintes situações³⁵: (i) pagamento durante o mandato; (ii) pagamento integral da compensação no momento da cessação do mandato; (iii) pagamento gradual durante o período de eficácia da obrigação de não concorrência; e (iv) pagamento integral no final do período de não concorrência.

Quanto a nós, e pese embora a circunstância de nos encontrarmos no domínio da liberdade contratual, acreditamos que a primeira hipótese, qual seja a do pagamento durante o mandato, poderá abrir portas a eventuais fraudes, fazendo passar parte da verdadeira retribuição do mandato por pagamento antecipado da compensação de não concorrência, daí podendo resultar um litígio judicial, enquanto a última das hipóteses, a saber, a do pagamento integral no final do período de não concorrência, poderá suscitar interrogações quanto à sua conformidade com a ordem pública³⁶.

Recordem-se, a este respeito, as palavras de Joana de Almeida Ferreira, que se pronuncia nos termos que seguem:

“Tanto a letra da lei, como os motivos teleológicos se direccionam no sentido de que a limitação à liberdade de trabalho deve ser devidamente compensada em momento útil que garanta a adequação àquela limitação. Se a compensação não for atribuída durante o período em que o obrigado se vê impossibilitado ao exercício da actividade, ou no início desse período, a sua prestação de non facere torna-se excessiva face à inexistência de contraprestação no período em que, precisamente, se encontra mais limitado ao livre exercício da profissão, e consequentemente, à obtenção de proventos do trabalho”.

Nesta sede, poder-se-á colocar, também, a questão de saber se a compensação deverá ser igualmente estipulada em benefício de administrador não remunerado pelo exercício das suas funções. Quanto a nós, a análise da necessidade de assegurar a compensação como critério de admissibilidade e legalidade do pacto de não concorrência sempre terá de ser feita

³⁵ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 125; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 46.

³⁶ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 125; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 46-49.

casuisticamente, avaliadas as especificidades do caso concreto, embora se admita, em tese geral, que a compensação pela não concorrência não tem de ser, nesta hipótese particular, um critério de admissibilidade³⁷.

4. Do incumprimento do pacto de não concorrência

Reconhecida, em tese geral, a sua admissibilidade, resta, agora, averiguar o seguinte: em caso de incumprimento da obrigação de não concorrência do administrador no período após o mandato, quais as consequências daí resultantes se esse incumprimento for imputável ao administrador? Será a obrigação em causa susceptível de execução específica? E o que sucederá em caso de incumprimento por parte da sociedade do pagamento da compensação acordada em virtude do pacto de não concorrência? Será possível, questionar-se-á ainda, responsabilizar terceiros, concretamente um concorrente da sociedade protegida, que, tendo conhecimento do pacto de concorrência, tenha culposamente contribuído para o seu incumprimento?

Recorde-se a circunstância de a limitação da liberdade de escolha de profissão corresponder a uma limitação de um direito de personalidade sujeita ao regime previsto no artigo 81.º do Código Civil, cujo n.º 2 vem dizer que “a limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”. Quer dizer, não obstante a obrigação voluntariamente assumida, o administrador poderá revogar unilateralmente o pacto de não concorrência com eficácia pós-mandato, ainda que obrigado a indemnizar a sociedade protegida pelos prejuízos causados às suas legítimas expectativas. Claro que será conveniente a estipulação antecipada de uma cláusula penal para o caso de o administrador vir a incumprir a obrigação de não concorrência durante o período pós-mandato, no sentido de a sociedade ficar dispensada de alegar e provar danos (cfr. artigo 810.º do Código Civil) e, assim, obviar as dificuldades de prova³⁸.

³⁷ FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 49-50.

³⁸ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 125; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 54.

Note-se que o cumprimento da obrigação de não concorrência não é susceptível de execução específica, atendendo a que está em causa uma prestação infungível do administrador, designadamente de um facto negativo.

Cumpra ainda questionar se o incumprimento parcial da obrigação de não concorrência determina que a cláusula penal seja, toda ela, exigida. Parece-nos que o tribunal terá legitimidade para, nestes casos, reduzir a mesma³⁹, atendendo sempre à circunstância de o período mais relevante de não concorrência ser o imediatamente seguinte à cessação do mandato, sem prejuízo do direito da sociedade protegida ao reembolso das quantias já pagas a título de contrapartida, uma vez que se tratam de prestações de natureza distinta.

Respondamos agora à terceira das questões colocadas. Ora, perante o incumprimento por parte da sociedade do pagamento da compensação acordada em virtude do pacto de não concorrência, o administrador tem a possibilidade de resolver o pacto ou cumprir a sua obrigação e reclamar à sociedade o pagamento da compensação – se necessário com recurso aos tribunais –, sem prejuízo do direito a indemnização a que haja lugar, pelos danos causados pelo incumprimento⁴⁰.

Quanto à última das interrogações, somos levados a admitir a possibilidade de responsabilizar um terceira entidade, concorrente da sociedade protegida, que, tendo conhecimento do pacto de não concorrência, tenha culposamente contribuído para o seu incumprimento por parte do ex-administrador⁴¹.

Importante, ainda, será não esquecer que, estando diante violações de direito da concorrência, sempre poderá ser assacada responsabilidade à terceira entidade, concorrente da sociedade protegida, nos termos gerais, desde que reunidos os pressupostos da concorrência desleal⁴².

Conclusões

³⁹ SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 126; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 55.

⁴⁰ FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 53-54.

⁴¹ FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 58.

⁴² FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 59.

Naturalmente a reflexão ora empreendida não esgota todas as questões que poderiam e podem colocar-se a respeito dos pactos de não concorrência de administrador de sociedades anónimas com eficácia pós-mandato, reclamando a matéria um contínuo aprofundamento dos dados já lançados. Acreditamos, porém, ter apresentado uma sùmula dos seus aspectos essenciais.

Procurámos, de forma despretensiosa, avançar com algumas pistas a respeito da admissibilidade e interesses subjacentes a este tipo de pactos, assim como em torno dos respectivos limites, designadamente no que se refere ao âmbito temporal e material, à forma, à compensação, porventura imposta, a favor do administrador, em razão da limitação de um direito de personalidade (concretamente do direito de liberdade de escolha de profissão) e ao seu “incumprimento”.

E se com a presente reflexão conseguirmos contribuir para o espicaçar da curiosidade em torno da temática e lançado alguns argumentos para o debate, sob o ponto de vista científico, então, teremos o nosso objectivo por alcançado.

Referências bibliográficas

- FERREIRA, Joana de Almeida. *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato: Da admissibilidade do pacto de não concorrência* [em linha], Dissertação de Mestrado, Lisboa: ISCTE-IUL, 2016 [consult. a 22 de Setembro de 2017]. Disponível na internet: <https://repositorio.iscte-iul.pt/handle/10071/12600>.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in: AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 207-248.
- SERENS, M. Nogueira, *Notas sobre a Sociedade Anónima*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento. “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato: contornos e limites”, *Actualidad Jurídica*

Uriá Menéndez [em linha], n.º 30 (2011), p. 116-126 [consult. a 22 de Setembro de 2017]. Disponível na internet:

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3233/documento/art15.pdf?id=3381>.

Jurisprudência citada

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 256/2004, de 14 de Abril de 2004 (MÁRIO TORRES), processo n.º 09S0625, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Maio de 2008 (BRAVO SERRA), processo n.º 08S322, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Dezembro de 2009 (VASQUES DINIS), processo n.º 09S0625, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Breve resenha acerca dos mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços