

O DEVER DE OS ADMINISTRADORES NÃO APROVEITAREM, PARA SI OU PARA TERCEIROS, OPORTUNIDADES DE NEGÓCIO SOCIETÁRIAS*

Maria de Fátima Ribeiro

1. A VIOLAÇÃO DOS DEVERES QUE IMPENDEM SOBRE OS ADMINISTRADORES E A TUTELA DOS INTERESSES DA SOCIEDADE

Quando os gerentes ou administradores de uma sociedade comercial lhe causem danos por actos ou omissões praticados culposamente com preterição dos seus deveres legais ou contratuais, respondem pelos mesmos para com a sociedade¹, nos termos dos artigos 72.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais².

* O presente texto destina-se a um volume de homenagem ao Prof. Doutor Heinrich Ewald Hörster.

¹ A responsabilidade, tal como a autonomia privada, é manifestação do princípio geral da autodeterminação do Homem: “[...] Assumir responsabilidade e ser responsabilizado são, por isso, prerrogativas do homem”. Cf. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 70.

² Sobre esta responsabilidade, cf. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2006; *idem* *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, in “Reformas do Código das Sociedades”, Almedina, Coimbra, 2007, 15-47; *idem*, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores (notas sobre o artigo 379.º do Código do Trabalho)*, in “Miscelâneas”, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2004, 7-55; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 231 e ss.; *idem*, *Os administradores independentes*, in “A Reforma do Código das Sociedades. Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura”, Almedina, Coimbra, 2007, 153-172; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da*

Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais, passim; idem, Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64.º/1 do CSC), in “A Reforma do Código das Sociedades. Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura”, Almedina, Coimbra, 2007, 19-60; *idem, Código das Sociedades Comerciais Anotado* (coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 64 e ss.; MIGUEL PUPO CORREIA, *Sobre a responsabilidade por dívidas sociais dos membros dos órgãos da sociedade*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, 2001, 667-698; RICARDO ALBERTO SANTOS COSTA, *Responsabilidade civil societária dos administradores de facto*, in J. M. COUTINHO DE ABREU /RICARDO COSTA /M. ÂNGELA COELHO BENTO SOARES/A. SOVERAL MARTINS/ALEXANDRE MOIA PINTO /GABRIELA F. DIAS, “Temas Societários”, Almedina, Coimbra, 2006, 23-43; *idem, Responsabilidade dos administradores e business judgment rule*, in “Reformas do Código das Sociedades”, Almedina, Coimbra, 2007, 49-86; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 806 e ss.; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (Após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006; *idem, A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores*, in “Reformas do Código das Sociedades”, Almedina, Coimbra, 2007, 277-334; MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in VVAA, “Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira” (coord. Maria de Fátima Ribeiro), Almedina, Coimbra, 2007, 201-242; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção*, in “Revista de Direito das Sociedades”, ano I (2009), nh.º 3, 647-679; PEDRO CAETANO NUNES, *Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Accionistas*, Almedina, Coimbra, 2001; *idem, Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2006, *passim*; MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *Aspectos substantivos da responsabilidade civil dos membros do órgão de administração perante a sociedade*, in “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, vol. LXXIII, 1997, 211-250; *idem, A responsabilidade dos membros da administração*, in “Problemas do Direito das Sociedades”, Almedina, Coimbra, 2002, 71-92; *idem, Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas perante os Credores Sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002; *idem, O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores. Entre a Exposição ao Risco e a Delimitação da Cobertura*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 63 e ss.; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 598 e ss., nota 114; JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Corporate Governance”. *Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão*, in “Revista de Legislação e de Jurisprudência”, n.º 3940, Setembro-Outubro 2006, 31-59; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*, in “Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa”, Almedina, Coimbra, 2007, 1153-1182; *idem, Responsabilidade*

Então, para determinar concretamente se os administradores de uma sociedade respondem perante esta, há que apurar se a sua actuação no exercício das funções de administração da sociedade foi ilícita e culposa e se, em virtude dessa actuação, a sociedade sofreu danos.

1.1. Os deveres que impendem sobre os administradores

Desde logo, cumpre esclarecer que, nos termos do disposto no artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais (doravante, CSC), sobre os administradores societários³ impendem dois tipos de deveres gerais: deveres de cuidado e deveres de lealdade (embora, em rigor, o primeiro dever dos administradores seja, evidentemente, o de administrar^{4/5}).

civil dos gestores das sociedades comerciais, in “Direito das Sociedades em Revista”, Março 2009, ano 1, vol. 1, 11-32; *idem*, Business judgment rule, *deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais*, in “Direito das Sociedades em Revista”, Outubro 2009, ano 1, vol. 2, 41-79; RAÚL VENTURA/LUÍS BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas. Estudo Comparativo dos Direitos Alemão, Francês, Italiano e Português. Nota Explicativa do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 49 391 de 15 de Novembro de 1969*, Separata do “Boletim do Ministério da Justiça”, n.ºs 192, 193, 194 e 195, Lisboa, 1970, *passim*.

³ Por comodidade, usa-se aqui esta formulação para designar todos os titulares do órgão de gestão das sociedades comerciais, como os administradores, os directores e os gerentes das mesmas.

⁴ Cf. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, cit., pp. 206 ss.. O Autor expõe que a referência legal ao dever de cuidado do administrador apenas se pode justificar “como qualificativo da obrigação de administrar”, pois ao administrador, nessa qualidade, não cabe “um simples dever de *cuidado* (na sua actividade de administração)”, mas “o dever de *cuidar* da sociedade, ou seja, o dever de tomar conta, de assumir o interesse social”.

⁵ Entre nós, sobre estes deveres, cf. PAULO CÂMARA, *O governo das sociedades e os deveres fiduciários dos administradores*, in MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO (coord.), “Jornadas Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira”, Almedina, Coimbra, 2007, 163-179, pp. 163 ss.; MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, cit., pp. 201 ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64.º/1 do CSC)*, cit., pp. 19 ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais*, cit., pp. 11 ss.; *idem*, Business judgment rule, *deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais*, cit., pp. 41 ss.; NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, in “Cadernos O Direito”, n.º 4, 2009, “Temas de Direito Comercial”, 279-419, pp. 279 ss.; JORGE MANUEL COELHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, cit., pp. 14 ss..

Os deveres de cuidado, tal como resulta da norma em análise, revelam-se na “disponibilidade”, na “competência técnica” e no “conhecimento da actividade da sociedade” adequados às funções; e no emprego, nesse âmbito, da “diligência de um gestor criterioso e ordenado”. Na nossa doutrina, em reacção à imperfeição da formulação legal, propõe-se nomenclatura diferente, compreendendo o dever de cuidado as seguintes manifestações: “dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional” (correspondente ao *duty to monitor* do direito norte-americano), “dever de actuação procedimentalmente correcta (para a tomada de decisões)” (*duty to employ a reasonable decisionmaking process*) e “dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis” (*duty to make reasonable decisions*)⁶; e ainda se nota que a ponderação dos interesses de trabalhadores, clientes e credores (enquanto sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade⁷), mencionada no artigo 64.^º a propósito do dever de lealdade, respeita antes a este “dever de cuidar do interesse social”, uma vez que é certo que “[a]o administrar é que se não-de ponderar esses interesses, não para ser leal”⁸.

O dever de lealdade pode ser definido como o dever de os administradores actuarem sempre tendo em vista, apenas, o interesse da sociedade⁹ e não a promoção de interesses próprios ou alheios. Mas a lealdade

⁶ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, cit., pág. 19. COUTINHO DE ABREU segue aqui de perto a doutrina norte-americana, embora a proposta de MELVIN A. EISENBERG, *The duty of care of corporate directors and officers*, in 51 “The University of Pittsburg Law Review”, Summer 1990, 945-972, pp. 956 ss., e *Obblighi e responsabilità delle amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano* (trad.), in “Giurisprudenza Commerciale”, 1992, 617-636, pp. 618 ss., destaque ainda o dever de o administrador tomar todas as medidas necessárias para controlar a fiabilidade das informações obtidas, quando estas indiciem a existência de factos relevantes para a sociedade (*duty of inquiry*).

⁷ PAIS DE VASCONCELOS defende que a norma deve ser interpretada de modo a incluir também “as pessoas especialmente interessadas na sociedade, ou porque a afectam, ou porque são por ela afectadas”, ou seja, os *stakeholders*, considerando demasiado restritiva a referência legal apenas àqueles que contribuem para a sustentabilidade da sociedade. Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais*, cit., pág. 21.

⁸ Cf. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, cit., pp. 212 ss..

⁹ Saliente-se que a lealdade é devida à sociedade e não aos sócios (o legislador apenas manda “atender” aos interesses de longo prazo dos sócios). Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais*, cit., pp. 18 ss..

de exigível ao administrador é “uma lealdade qualificada, derivada da função que exerce no que respeita a interesses alheios”¹⁰.

Precisamente, é possível concretizar este dever em manifestações específicas, tais como o dever de os administradores não concorrerem com a sociedade e o de não aproveitarem em benefício próprio ou de terceiros oportunidades de negócio e informações societárias^{11/12}.

¹⁰ Cf. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, cit., pp. 209 ss..

¹¹ Cf. MELVIN A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, cit., pp. 631 ss.. Coube à jurisprudência e à doutrina norte-americanas identificar a proibição de aproveitamento de oportunidades de negócio societárias como manifestação do dever de lealdade que impende sobre os administradores, bem como identificar muitos dos problemas que se colocam nessa sede (cf. a análise de JAMES L. ROBERTSON, *The law of corporate governance: coming of age in Mississippi?*, in “Mississippi Law Journal”, 65, 1996, 477-591, pp. 575 ss.). Esta perspectiva foi prontamente acolhida na doutrina de alguns países da Europa, com destaque para a Alemanha (cf. JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities. Zum Schutz der Geschäftschancen des Unternehmens im Deutschen und im US-Amerikanischen Recht*, Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1991, pp. 147 ss.; NOTKER POLLEY, *Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre. Eine Untersuchung am Beispiel der Geschäftsleitung von US-Corporation und Deutscher GmbH*, Nomos Recht, Baden-Baden, 1992, pp. 131 ss.; WALTER G. PAEFGEN, *§43 Haftung der Geschäftsführer*, in PETER ULMER/MATTHIAS HABERSACK/MARTIN WINTER “GmbHG Großkommentar. Band II. §§29-52”, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pág. 1043; HOLGER FLEISCHER, *Gegenwartsfragen der Geschäftschancenlehre im englischen und deutschen Gesellschaftsrecht*, in “Festschrift für Wolfgang Kilian zum 65. Geburtstag”, Nomos, Baden-Baden, 2004, 645-662, pág. 654; *idem*, *Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre*, in “Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht”, 2003, 985-992, pág. 985; KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 2002, pp. 599 ss..) e o Reino Unido. Entre nós, o aproveitamento, em benefício próprio ou de terceiros, de oportunidades de negócios da sociedade só recentemente é alvo da atenção dos autores, sendo também pacificamente visto como violação do dever de lealdade. Cf. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, cit., pp. 29 e 32 ss.; MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, cit., pág. 215; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais*, cit., pág. 64.

¹² Cabe aqui salientar que boa parte da doutrina defende a subsunção da obrigação de não concorrência à proibição (mais lata) de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias. Neste sentido, cf. JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 106 ss.; PEDRO PORTELLANO DíEZ, *Las oportunidades de negocio en el «Informe Olivencia» y en el Reglamento Tipo de la CNMV*, in “Derecho de Sociedades. Libro

A análise dos deveres que impendem sobre os administradores de sociedades ganha grande relevo no âmbito da sua responsabilidade. O estudo da mesma costuma partir da perspectiva da *agency*, ou seja, do facto de a relação entre administradores e sócios ser, no fundo, uma relação entre *agent*, alguém que gere bens e/ou interesses alheios (aqui, os administradores), e *principal*, alguém que é o titular desses bens e/ou interesses (aqui, os sócios)¹³. A separação entre propriedade e controlo, fenómeno visível, sobretudo, no domínio das denominadas sociedades de capitais (e aí, particularmente, nas sociedades anónimas¹⁴), permite explicar esta análise¹⁵, bem como a chamada “crise de confiança” que se sente, actualmente, no que respeita ao governo das sociedades comerciais¹⁶.

Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero. Volumen III”, MacGrawHill, Madrid, 2002, 2865-2895, pp. 2867 ss., e 2873 ss.; *idem*, *Deber de Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidades de Negocio*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 27 ss.. Contudo, esta posição não é pacífica: cf. MARTIN LÖHNIG, *Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 372 ss.; HOLGER FLEISCHER, *Wettbewerbs- und Betätigungsverbote für Vorstandsmitglieder im Aktienrecht*, in “Die Aktiengesellschaft”, 2005, 336-348, pp. 337 ss..

¹³ Nota PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais*, cit., pág. 13, que esta concepção exprime o sistema da *shareholder primacy*. Numa outra perspectiva possível, sobretudo visível nas grandes sociedades anónimas cotadas em que o papel do sócio aparece diluído, a qualidade de *principal* passa a caber aos *stakeholders*, englobando portanto, nomeadamente, sócios, trabalhadores, credores, clientes, fornecedores.

¹⁴ Quanto à evolução dos conflitos típicos de interesses e de poderes dentro da sociedade anónima e à sua relação com a estrutura organizatória deste tipo social, cf. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Estrutura organizatória das sociedades*, in “Problemas do Direito das Sociedades”, Almedina, Coimbra, 2002, 95-118, pp. 103 e ss.; *idem*, *Os administradores independentes*, cit., pp. 154 e ss..

¹⁵ Cf. ÁNGEL FERNÁNDEZ-ALBOR BALIAR, *La doctrina de las «corporate opportunities» en los Estados Unidos de America*, in “Revista de Derecho Bancario y Bursátil”, n.º 66, 1997, 477-518, 477-518, pp. 478 ss..

¹⁶ Cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pp. 23 ss.. Como pode ler-se na comunicação da Comissão conhecida por *Action Plan* (comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, COM (2003) 284 final, de 21 de Maio de 2003, sobre a modernização do direito das sociedades e o reforço do governo de empresa na União Europeia, disponível in http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2003/com2003_0284en01.pdf), o sentimento que subjaz às preocupações de legisladores e de todos aqueles que são ou podem ser afectados pelo destino destas empresas é o de que, embora as sociedades em causa “pertencam” aos seus accionistas e não aos seus

1.2. O recurso à *business judgment rule* para o afastamento da responsabilidade dos administradores

Os actos ilícitos descritos não são actos discricionários, pelo que estes administradores em circunstância alguma podem recorrer à *business judgment rule* para tentarem afastar a sua responsabilidade pela respectiva prática. O âmbito de aplicação da *business judgment rule* restringe-se ao espaço de livre apreciação dos administradores no exercício da função de administrar¹⁷, ou seja, aos actos “propriamente de gestão”, não podendo ser invocada relativamente a actos para cuja prática não exista discricionariedade (actos vinculados)¹⁸. Naturalmente, então, apenas pode ser invocada a *business judgment rule* quando estejam em causa actos de administração que violem o dever de cuidado¹⁹, uma vez que não é possível falar de discricionariedade no domínio do cumprimento do dever de lealdade²⁰; e ela não poderá nunca ser invocada quando estejam em causa actos que violem deveres específicos dos administradores, tenham eles origem legal, estatutária ou contratual.

Na presença de actos discricionários de gestão, ainda resulta da articulação do disposto nos números 1 e 2 do artigo 72.º do CSC uma leitura específica quanto à distribuição do ónus probatório nas acções sociais de responsabilidade: se os administradores gozam de discricionariedade no cumprimento da função/obrigação de administrar - com

dirigentes, muito frequentemente os direitos daqueles são “esmagados” por equipas de dirigentes com comportamentos “mesquinhos, vorazes, mesmo fraudulentos”.

¹⁷ Cf. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, cit., pp. 220 ss..

¹⁸ Cf. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, cit., pág. 38; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais*, cit., pp. 61 ss.. A este propósito, PAIS DE VASCONCELOS fala ainda, a pp. 69, na não aplicação da *business judgment rule* quando “a responsabilidade decorra da violação de *deveres vinculados na administração*, em que não seja deixada ao gestor a discricionariedade própria da gestão propriamente dita”.

¹⁹ Cf. a análise de JAMES L. ROBERTSON, *The law of corporate governance...*, cit., pp. 510 ss..

²⁰ Cf. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, cit., pp. 37 ss. e 47; MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, cit., pp. 221 ss. (de resto, CARNEIRO DA FRADA esclarece que a exigência legal de inexistência de um interesse pessoal na tomada da decisão se refere exclusivamente ao controlo do respectivo mérito enquanto medida de administração).

cuidado e lealdade -- e este não é um dever de resultado, é defensável que sobre a sociedade recaia apenas o ónus de apresentar indícios suficientes da violação dos seus deveres, cabendo aos administradores provar que não devem responder por, tendo sido observadas todas as prescrições do número 2 do referido artigo, não estar preenchido o ilícito²¹.

2. O DEVER DE NÃO APROPRIAÇÃO DE OPORTUNIDADES DE NEGÓCIO SOCIETÁRIAS

2.1. Introdução

Apesar de não existir expressa consagração legal que proíba especificamente os administradores de sociedades de desviarem, em benefício próprio ou de terceiros, oportunidades de negócio que pertencem à sociedade que administram, a violação do dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias tem sido identificada pela doutrina portuguesa como um dos exemplos mais expressivos de ilícito que constitui violação do dever de lealdade (a par do dever de não concorrência, este consagrado nos artigos 398.º e 428.º do CSC)²².

De resto, a figura é alvo de amplo tratamento doutrinal e jurisprudencial.

²¹ Acompanhamos aqui de perto a posição de MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, cit., pp. 225 e ss.. O Autor especifica que sobre a sociedade deve impender tão só o ónus de provar a existência de um dano que, plausivelmente, derivou de “uma conduta desconforme com o Direito”, até porque ela se debaterá, em regra, com grandes dificuldades, “quer pelo lado da especificação do cuidado exigível, quer no plano da individualização e prova da concreta conduta dos administradores susceptível de conduzir a responsabilidade”. Com a mesma leitura da norma do número 2 do artigo 72.º do CSC, embora criticando a sua formulação e o seu alcance, cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais*, cit., pp. 23 ss., e *Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais*, cit., pp. 58 ss.. PAIS DE VASCONCELOS afirma que, nos termos da lei, cabe à sociedade alegar e provar os factos que imputa aos administradores e alegar a respectiva ilicitude, cabendo por sua vez aos administradores demonstrarem que cumpriram os deveres de cuidado e de lealdade a que estão vinculados, ou seja, que agiram licitamente, acrescentado a propósito que “[c]hoca que se obrigue o gestor a demonstrar que agiu licitamente em vez de se impor esse ónus a quem exige a responsabilidade”.

²² NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, cit., pág. 285 e pp. 287 ss.; PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, cit., pág. 53..

dencial noutros quadrantes²³, sendo tradicionalmente objecto de especial atenção no direito norte-americano e no direito alemão.

2.2. A criação da figura no direito norte-americano

Cabe reconhecer o importante papel da jurisprudência²⁴ e da doutrina norte-americanas na identificação e desenvolvimento da *corporate opportunities doctrine*²⁵, mas também deve salientar-se que não existe

²³ Embora a nossa análise se dirija especialmente aos ordenamentos norte-americano e do espaço europeu, nota-se que no direito brasileiro está expressamente previsto, no artigo 155 da Lei das Sociedades Anónimas, com a redacção que lhe foi dada em 2001 pela Lei 10.303/01, por violação do dever de lealdade, que o administrador deixe de aproveitar oportunidade comercial, em nome da sociedade, com o objectivo de obter vantagem para si ou para outra pessoa. Cf. FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de Direito Comercial. Direito da Empresa*, vol. 2, 15.^a ed., Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 273 ss..

²⁴ O primeiro caso relativo à aplicação da *corporate opportunities doctrine* terá sido o caso *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co* (1900), embora aquele que é considerado o mais significativo seja o caso *Guth v. Loft* (1939). Cf. RICHARD A. EPSTEIN, *Contract and trust in corporate law: the case of corporate opportunity*, cit., pp. 14 ss..

²⁵ Cf. KLAUS J. HOPT, *Self-dealing and use of corporate opportunity and information: regulating directors' conflicts of interest*, in “Corporate Governance and Directors’ Liabilities. Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility” (dir. KLAUS HOPT/GUNTHER TEUBNER), Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1985, 285-326, pp. 295 ss.. Para a doutrina e a jurisprudência norte-americanas, os administradores de sociedade encontram-se numa situação de *trust*, no sentido de que estão sujeitos a uma série de obrigações de carácter fiduciário (*fiduciary duties*). Cf. a análise de JAMES L. ROBERTSON, *The law of corporate governance...*, cit., pp. 500 ss. (note-se que ROBERTSON, ob. cit., pp. 502 ss., salienta que os administradores não são *trustees* em sentido técnico e que existem diferenças de relevo entre a situação de um *trustee* e a de um administrador: desde logo, o papel do *trustee* é, acima de tudo, o de preservar o estado do *trust*, sendo-lhe permitido realizar investimentos prudentes, que impliquem pouco ou nenhum risco para o *trust*, o que não é, estritamente, o que se espera de um administrador diligente; a este propósito, cf. ainda o esclarecedor estudo de ROBERT FLANNIGAN, *The adulteration of fiduciary doctrine in corporate law*, in “Law Quarterly Review”, 122, 2006, 449-468, pp. 449 ss.). Concretamente, os *corporate managers* devem observar dois deveres fundamentais: o *duty of care* e o *duty of loyalty*. Mas também se enquadra a posição dos *corporate managers* na perspectiva da *agency*, nos termos que ficaram expostos. No que à *corporate opportunity doctrine* respeita, pode sintetizar-se o problema nos seguintes termos: existem situações em que um *agent* usurpa uma oportunidade de negócio que, legitimamente, pertence ao *principal*, violando com este comportamento o *fiduciary duty* que sobre ele impende de não aproveitar em benefício próprio uma oportunidade do *principal*. Cf. STEPHEN M. BAINBRIDGE, *Rethinking Delaware’s corporate opportunity doctrine*, in “UCLA School of Law”, Law-Economics Research Paper n.º

nos Estados Unidos uma sistematização clara e rigorosa deste instituto, sobretudo devido à diversidade de *tests* e critérios a que recorrem os tribunais no tratamento dos casos que lhes são submetidos (a que acabam por corresponder diferentes concepções do que seja uma oportunidade de negócio da sociedade). Esta criação jurisprudencial e doutrinária foi entretanto acolhida no § 5.05 dos *Principles of Corporate Governance* (instrumento de *soft law* de grande relevância na harmonização em matéria de governo de sociedades, elaborado pelo *American Law Institute* em 1992).

Devido ao significado que, no sistema económico norte-americano, tem o princípio da livre iniciativa privada, aceita-se pacificamente que os *corporate managers* possam apropriar-se de quaisquer *business opportunities*. Todavia, o *duty of loyalty* impede-os de se apropriarem de oportunidades de negócio que pertençam à sociedade que administram, ou seja, das chamadas *corporate opportunities*²⁶. Cabe, pois, determinar quais as *business opportunities* que podem ser livremente apropriadas pelos *corporate managers* de uma sociedade e quais aquelas que constituem *corporate opportunities*.

a) A corporate opportunity

No domínio dos *tests* desenvolvidos pelos tribunais²⁷, merecem

08-17, 6 de Novembro 2008, 1-15, pp. 2 ss..

²⁶ Cf. a análise de ÁNGEL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, *La doctrina de las «corporate opportunities» en los Estados Unidos de America*, cit., pp. 480 ss.. Note-se que esta proibição também é analisada a outra luz: o facto de um administrador se apropriar de uma oportunidade de negócio da sociedade tem reflexos imprevisíveis e não antecipáveis ao nível da sua remuneração efectiva, que passa a integrar uma parte “oculta”; logo, passam a estar em causa as regras de transparência que, neste domínio, se impõem. Cf. KLAUS J. HOPF, *Self-dealing and use of corporate opportunity and information ...*, cit., pp. 296 ss.; VICTOR BRUDNEY/ROBERT CHARLES CLARK, *A new look at corporate opportunities*, in “Harvard Law Review”, 94, 1981, 997-1062, pp. 999 ss.; FRANK H. EASTERBROOK/DANIEL R. FISCHEL, *Corporate control transactions*, in “The Yale Law Journal”, 91, 1982, 698-737, pág. 706.

²⁷ Note-se que, apesar de a doutrina norte-americana se ter debruçado essencialmente sobre a análise da profícuca jurisprudência, merece referência um estudo de grande impacto: trata-se do trabalho de VICTOR BRUDNEY/ROBERT CHARLES CLARK, *A new look at corporate opportunities*, cit., *passim*, no qual os autores propõem soluções distintas, neste âmbito, para as *public corporations* e para as *close corporations*. No primeiro caso, defende-se a proibição geral e absoluta de os administradores se apropriarem de oportunidades de negócio societárias (*idem*, pp. 1022 ss.). No segundo, parte-se de

destaque o *interest or expectancy test*, o *line of business test*, o *fairness test* e o *two-step test*.

Nos termos do *interest or expectancy test*²⁸, a oportunidade de negócio é da sociedade sempre que esta tenha uma expectativa ou um interesse criados relativamente à mesma (derivados da existência de um direito ou de uma relação jurídica pré-existente), ou sempre que essa oportunidade seja considerada essencial para a sociedade. Neste *test*, a oportunidade de negócio é tida como societária essencialmente por referência à actividade que é efectivamente exercida pela sociedade, numa perspectiva actual e não prospectiva. Por outro lado, essa atribuição está limitada aos projectos dos quais a empresa societária já tem um razoável conhecimento²⁹. Em síntese, a sua aplicação estrita confere grande segurança jurídica³⁰, mas um escasso grau de protecção dos interesses da sociedade³¹.

À luz do *line of business test*³², cuja finalidade essencial é, precisamente, a de aumentar o grau de protecção dos interesses da sociedade, a oportunidade é societária sempre que se mostre conexas com a actividade que a sociedade exerce ou se propõe exercer. A aplicação deste *test* implica a ponderação de todos os aspectos que se mostrem relevantes, em cada caso concreto, para determinar se a sociedade poderia pretender aproveitar a oportunidade de negócio (nomeadamente, estratégias de gestão, técnicas de produção, capitalização), num horizonte temporal

uma análise do caso concreto e da aplicação de um determinado número de critérios para determinar se os administradores podem ou não aproveitar uma oportunidade de negócio que pertença à sociedade (*idem*, pp. 1006 ss.).

²⁸ A primeira consagração deste *test* remonta à decisão *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.*, proferida em 1900 no Alabama.

²⁹ Cf. MICHAEL BEGERT, *The Corporate Opportunity Doctrine and Outside Business Interests*, in 56 “University of Chicago Law Review”, Spring 1989, 827-863, pp. 830 ss.; ERIC TALLEY, *Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine*, in 108 “Yale Law Journal”, November, 1998, 279-375, pp. 292 ss.; DAVID J. BROWN, *When opportunity knocks: an analysis of the Brudney & Clark and All Principles of Corporate Governance proposals for deciding corporate opportunity claims*, in 11 “The Journal of Corporate Law”, Winter 1986, 255-276, pp. 262 ss..

³⁰ DAVID J. BROWN, *When opportunity knocks...*, cit., pág. 263.

³¹ Cf. a análise de JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 53 ss.. Nas palavras deste Autor, o âmbito de aplicação deste *test* é essencialmente o daqueles negócios que não são directamente subsumíveis à esfera de actividade da sociedade em causa.

³² Cuja origem remonta à decisão *Guth v. Loft, Inc.*, proferida em 1939 no Delaware.

razoável. Nesta perspectiva dinâmica, são também atribuídas à sociedade oportunidades de negócio em potenciais áreas de crescimento da actividade empresarial³³. Todavia, este *test*, dada a falta de precisão das circunstâncias a ter em conta na sua aplicação, gera grande incerteza na determinação das oportunidades de negócio que pertencem à sociedade (não obstante, como será exposto, os *Principles of Corporate Governance* acolhem uma das variantes possíveis do *line of business test*)³⁴.

Por sua vez, o *fairness test*³⁵, partindo do pressuposto de que entre o administrador e a sociedade existe uma relação fiduciária, recorre a critérios éticos. Logo, para que a oportunidade possa ser considerada societária, deve determinar-se se a sua apropriação pelo administrador não satisfaz padrões éticos de justiça e equidade para a sociedade, considerados determinados factos (desde logo, se essa conduta do administrador é adequada, tendo em conta o que se espera de alguém a quem foi confiada a gestão dos interesses sociais), ou seja, se é *unfair*. Este *test* também permite que sejam consideradas societárias oportunidades de negócio actuais e prospectivas³⁶. Mas a determinação do que seja o padrão de justiça para a sociedade revela-se de tal modo complexa que

³³ MICHAEL BEGERT, *The Corporate Opportunity Doctrine and Outside Business Interests*, cit., pág. 838; ERIC TALLEY, *Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine*, cit., pp. 289 ss.; DAVID J. BROWN, *When opportunity knocks...*, cit., pp. 257 ss.. Cf. a análise de JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 48 ss., que compara o âmbito da protecção conferida pela aplicação deste *test* ao daquela que, no direito alemão, proporciona a proibição de concorrência imposta aos administradores.

³⁴ Cf. BRYAN CLARK, *UK company law reform and directors' exploitation of "corporate opportunities"*, in "International Company and Commercial Law Review", 2006, 231-241, pág. 237.

³⁵ Aplicado pela primeira vez na decisão *Durfee v. Durfee & Canning, Inc.*, em 1948, no Massachusetts.

³⁶ MICHAEL BEGERT, *The Corporate Opportunity Doctrine and Outside Business Interests*, cit., pág. 838; ERIC TALLEY, *Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine*, cit., pp. 293 ss.; DAVID J. BROWN, *When opportunity knocks...*, cit., pág. 259.

o *test* tem sido considerado fonte de confusão e imprevisibilidade^{37/38}.

Surgem ainda alguns *tests* alternativos e híbridos, de entre os quais de destaca o *two-step test*³⁹, nascido da combinação do *fairness test* com o *line of business test*, determinando-se que a oportunidade de negócio é da sociedade se ela tiver ligação com a actividade que a sociedade exerce ou se propõe exercer e que, além disso, ela deve ser-lhe atribuída sempre que essa solução seja justificada por juízos de equidade⁴⁰.

Em caso de dúvida, e uma vez que está em causa o dever de lealdade e um conflito entre o interesse da sociedade e o interesse dos administradores, defende-se que é preferível correr o risco de considerar societária uma oportunidade que possa, afinal, não o ser e, consequentemente, fazer com que os administradores também assim considerem antes de se apropriarem dessa oportunidade⁴¹.

No âmbito dos *Principles of Corporate Governance* (nos termos dos quais os administradores de uma sociedade têm o dever de não se apropriarem de oportunidades de negócio que a esta pertençam⁴²) veio a estabelecer-se que existe oportunidade de negócio societária quando

³⁷ Por esta razão, surgiu a abordagem *strict-trust*, nos termos da qual a apropriação de uma oportunidade de negócio considerada societária pelo tribunal em virtude da aplicação de qualquer um dos anteriores *tests* conduz necessariamente à responsabilização do administrador, independentemente da possível *fairness* dessa apropriação. Cf. ROGER L. CARTER, *Corporate Opportunity – Borden v. Sinskey – strict trust at last?*, in “The Journal of Corporation Law”, Winter 1978, vol. 3, issue 2, 422-435, pp. 425 ss..

³⁸ Cf. KLAUS J. HOPT, *Self-dealing and use of corporate opportunity and information...*, cit., pág. 299. Cf. ainda a análise de JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 58 ss., que nota que este *test* revela uma debilidade metodológica: a de misturar meio e fim, uma vez que a *fairness* relativamente à sociedade é o fim que a *corporate opportunities doctrine* pretende atingir, pelo que não pode ser simultaneamente o meio a utilizar para o efeito.

³⁹ Com origem na decisão *Miller v. Miller*, em 1974, no Minnesota.

⁴⁰ Cf. JAMES E. NERVIG, *Corporate opportunity – Miller v. Miller – Proper application of the fairness doctrine in the corporate opportunity area*, in “The Journal of Corporation Law”, Winter 1977, vol. 2, issue 2, 405-420, pp. 410 ss.; STEPHEN W. HAMILTON, *Corporate opportunity – Tennessee Dressed Beef Co. v. Hall – The strict-trust rationale*, in “The Journal of Corporation Law”, Spring 1977, vol. 2, issue 3, 558-568, pp. 560 ss.; DAVID J. BROWN, *When opportunity knocks...*, cit., pp. 259 ss.. Cf. ainda a análise de JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 64 ss..

⁴¹ Cf. STEPHEN M. BAINBRIDGE, *Rethinking Delaware’s corporate opportunity doctrine*, cit., pág. 14.

⁴² Cf. o § 5.05 dos *Principles of Corporate Governance*.

o administrador toma conhecimento de uma oportunidade de negócio no exercício das suas funções⁴³, ou em circunstâncias que lhe permitam razoavelmente acreditar que o oferente da mesma espera que ela seja oferecida à sociedade⁴⁴; ou quando o administrador toma conhecimento da oportunidade de negócio através da utilização de bens ou informações da sociedade⁴⁵, sempre que seja razoável que ele acredite que o negócio possa interessar à sociedade. Também pertence à sociedade a oportunidade de exercer uma actividade de que o administrador toma conhecimento e que ele sabe estar intimamente relacionada com a actividade que a sociedade exerce ou se propõe exercer (embora esta regra não se aplique aos chamados *outside directors*).

O dever de não apropriação de oportunidade de negócio societária subsiste, durante um período de tempo razoável, mesmo após a cessação da relação entre o administrador e a sociedade; o administrador que, tendo decidido aproveitar uma oportunidade de negócio da sociedade,

⁴³ Este critério, acolhido também em Espanha no *Informe Olivencia* e no *Reglamento Tipo de la CNMV*, merece da doutrina espanhola a crítica de ser excessivo, uma vez que, abrangendo toda e qualquer operação surgida ou descoberta em conexão com o exercício das funções de administração, “levaria a impor ao administrador dedicação exclusiva à empresa societária”, o que não constitui uma manifestação natural do dever de lealdade. Cf. PEDRO PORTELLANO DIEZ, *Las oportunidades de negocio en el «Informe Olivencia» y en el Reglamento Tipo de la CNMV*, cit., pág. 2870.

⁴⁴ Esta previsão visa resolver o problema da alegação, por parte dos administradores demandados, de que a oferta da oportunidade lhes era pessoalmente dirigida, e não na sua condição de administradores da sociedade. Este ponto será retomado.

⁴⁵ Por este critério, sempre que um administrador utiliza activos da sociedade para descobrir ou desenvolver uma oportunidade de negócio em benefício próprio ou de terceiro, essa oportunidade deve ser atribuída à sociedade. Cf. VICTOR BRUDNEY/ROBERT CHARLES CLARK, *A new look at corporate opportunities*, cit., pp. 1006 ss.. Todavia, para PEDRO PORTELLANO DIEZ, *Las oportunidades de negocio en el «Informe Olivencia» y en el Reglamento Tipo de la CNMV*, cit., pág. 2871, este constitui um grupo de casos que não é subsumível à proibição de apropriação de negócios societários, pois trata-se, no fundo, tão-só da proibição de utilização de activos sociais em benefício próprio ou de terceiros. Embora em ambas as situações esteja em causa o dever de lealdade, elas são bem distintas: o administrador não deve apropriar-se de oportunidades de negócio da sociedade, sendo indiferente se o faz com recurso a meios próprios, de terceiros ou da sociedade; o administrador não deve utilizar activos da sociedade para outro fim que não a obtenção de benefícios para a sociedade, sendo indiferente se o destino dos mesmos é a realização de um negócio lucrativo (para si ou para terceiros) ou a mera satisfação imediata de necessidades pessoais ou familiares.

se afasta da administração da mesma, viola certamente a regra da *corporate opportunity*⁴⁶.

b) O apropriamento indevido, pelo administrador, de uma *corporate opportunity*

Se a oportunidade de negócio pertence à sociedade, o administrador deve abster-se de retirar dela qualquer benefício, ou, se tiver algum interesse pessoal na mesma, informar a sociedade da sua existência e dos termos em que ela se apresenta⁴⁷, esperando que a sociedade a rejeite ou autorize o seu aproveitamento pessoal. Para que a sociedade possa tomar uma decisão informada, o administrador deverá comunicar-lhe todos os aspectos relevantes do negócio, bem como o seu interesse pessoal no aproveitamento do mesmo. A rejeição da oportunidade de negócio por parte da sociedade deve ser expressa, geralmente através de aprovação ou ratificação pelos administradores relativamente aos quais não exista conflito de interesses, ou aprovação ou ratificação pelos sócios relativamente aos quais não exista conflito de interesses e desde que por este acto não se afecte negativamente o património da sociedade. Esta rejeição pode ainda ter lugar por qualquer meio, desde que seja *fair* para a sociedade. A aplicação destas regras estende-se aos casos de apropriação de oportunidades societárias em benefício de terceiro.

Se o administrador aproveita indevidamente uma oportunidade de negócio da sociedade, a consequência pode consistir na sua responsabilização pelos danos causados, mas têm sido preferidas soluções como a transferência do negócio para a sociedade (o mecanismo *constructive trust* consiste, basicamente, em considerar que a *corporate opportunity* apropriada pelo administrador pertence à sociedade, pelo que ele está obrigado a transferir a propriedade ou a titularidade dos bens ou direitos pessoalmente adquiridos por essa via para a sociedade), com a devolução dos lucros auferidos pelo administrador com o aproveitamento do mesmo⁴⁸. Por vezes, em alternativa, pode o administrador ser

⁴⁶ MELVIN A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, cit., pág. 633.

⁴⁷ Sobre as vantagens e os inconvenientes deste *disclosure*, cf. KLAUS J. HOPT, *Self-dealing and use of corporate opportunity and information...*, cit., pág. 318.

⁴⁸ No fundo, uma vez que se considera a relação de administração uma relação fiduciária, o administrador é tratado como um *trustee*. Cf. a análise de JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 102 ss..

condenado a indemnizar os danos causados à sociedade, mas esta não é tida como a melhor solução, uma vez que se considera problemática a determinação dos danos causados⁴⁹.

O § 5.05 dos *Principles of Corporate Governance* ainda regula especificamente a distribuição do ónus da prova no caso de violação da obrigação de não apropriação de oportunidade de negócio societária: em princípio, cabe à sociedade provar que a oportunidade de negócio era sua e que o administrador dela se apropriou ilicitamente; todavia, impende sobre o administrador o ónus de provar que a rejeição e o consequente aproveitamento da oportunidade de negócio foram *fair* para a sociedade, caso essa rejeição não tenha sido expressamente manifestada pelos administradores ou sócios relativamente aos quais não exista conflito de interesses.

c) Os meios de defesa tipicamente invocados pelos administradores

Em resposta às chamadas *corporate opportunities doctrine actions*, os administradores têm ensaiado três tipos de meios de defesa. O primeiro (a *source rule*) consiste na alegação de que a oportunidade de negócio foi oferecida ao administrador pelas suas características pessoais e profissionais, não se destinando à sociedade. Nomeadamente, nos *Principles of Corporate Governance*, ficam excluídas da definição de oportunidade de negócio societária as situações em que essas oportunidades são oferecidas pessoalmente ao administrador, e não adquiridas por este através da utilização de bens ou informações da sociedade. Mas a doutrina salienta, neste contexto, a dificuldade em isolar os atributos pessoais do administrador do facto de ele estar integrado na estrutura organizativa da sociedade⁵⁰.

⁴⁹ Cf. JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 105 ss.; RICHARD A. EPSTEIN, *Contract and trust in corporate law: the case of corporate opportunity*, cit., pág. 24.

⁵⁰ Existem outras razões para não considerar este meio de defesa do administrador. Desde logo, uma vez que é seu dever fazer tudo o que seja razoavelmente possível para maximizar o valor da empresa, nomeadamente estabelecer contactos sociais que possam revelar-se úteis nesse contexto, é irrelevante que o administrador tenha tido acesso a determinada informação relativa a uma oportunidade de negócio graças ao seu círculo de relações pessoais. Depois, o cumprimento do dever de servir o interesse da sociedade não está limitado a um específico horário de trabalho, nem ao facto de se adquirir o conhecimento de negócios que possam interessar à sociedade em circunstâncias institucionais ou privadas. Cf. HOLGER FLEISCHER, *Gegenwartsfragen*

Outro dos argumentos a que os administradores recorrem para afastar a violação do dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias é o de que a sociedade estaria de algum modo “incapacitada” de aproveitar essa oportunidade (a “*incapacity*” defense). Essa alegada “incapacidade” pode ser de vários tipos; predominantemente são invocadas três ordens de razões: legais, financeiras, ou relacionadas com limitações empresariais de ordem genérica (como a falta de trabalhadores qualificados, ou a recusa de terceiros em contratar com a sociedade). Embora todas estas formas de defesa mereçam sérias reservas⁵¹, tem sido particularmente alvo de rejeição pelos tribunais a alega-

der Geschäftschancenlehre im englischen und deutschen Gesellschaftsrecht, cit., pp. 656 ss., e PEDRO PORTELLANO DíEZ, *Deber de Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidades de Negocio*, cit., pág. 48. PEDRO PORTELLANO DíEZ, *Las oportunidades de negocio en el «Informe Olivencia» y en el Reglamento Tipo de la CNMV*, cit., pág. 2872., alerta, todavia, para o facto de não ser exigível a “imolação” dos interesses da esfera pessoal ou familiar do administrador. Por outro lado, ainda, STEPHEN M. BAINBRIDGE, *Rethinking Delaware’s corporate opportunity doctrine*, cit., pág. 11, adverte para o facto de ser muito provável que um administrador invoque que a oportunidade de negócio lhe foi apresentada devido às suas capacidades individuais, mas que tal defesa só pode ser atendida se o próprio administrador conseguir prová-lo (sendo irrelevante a mera alegação do facto).

⁵¹ As alegações de incapacidade financeira ou de impedimentos jurídicos não constituem meios de defesa admissíveis, uma vez que esses problemas podem ser ultrapassados, precisamente, através do efectivo empenho dos administradores na obtenção do financiamento necessário ou na resolução dos obstáculos legais: então, o facto de virem a poder alegar estas “incapacidades” para afastarem a qualificação da oportunidade de negócio como societária vai incentivá-los a não desenvolverem o esforço necessário para o efeito. Cf. PEDRO CAETANO NUNES, *Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Accionistas*, cit., pág. 64; Cf. STEPHEN M. BAINBRIDGE, *Rethinking Delaware’s corporate opportunity doctrine*, cit., pág. 11; JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 228 ss.; MARTIN LÖHNIG, *Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte*, cit., pág. 382; HOLGER FLEISCHER, *Gegenwartsfragen der Geschäftschancenlehre im englischen und deutschen Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 655 ss.; *idem*, *Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre*, cit., pág. 988; DAVID J. BROWN, *When opportunity knocks...*, cit., pp. 263 ss.; JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 77 ss.; HANNO MERKT, *Unternehmensleitung und Interessenkollision*, in “*Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*”, 1995, 423-453, pp. 443 ss.. Apenas a situação de insolvência da sociedade (apurada em termos de *balance sheet test*) tem sido pacificamente considerada motivo para que a oportunidade de negócio não seja considerada societária. Cf. ALLEN ROSS MORTON, *Corporate & Commercial Law*, in “*Mississippi Law Journal*”, 50, 1979, 741-761, pág. 748. Note-se ainda que,

ção da recusa de terceiros em contratar com a sociedade, uma vez que quer o administrador quer o terceiro têm um interesse óbvio em invocar e tentar demonstrar que essa recusa era inultrapassável⁵².

Finalmente, os administradores também invocam com alguma frequência a *implied rejection*, ou seja, o facto de, apesar de a sociedade ter sido adequadamente informada acerca da oportunidade de negócio, nada ter feito no sentido de a aproveitar. Os tribunais tendem a mostrar-se receptivos a este meio de defesa, permitindo que o administrador se aproprie da oportunidade de negócio se a sociedade nada faz decorrido um período de tempo lido como razoável após a comunicação do administrador.

2.3. A recepção e desenvolvimento da figura no espaço europeu

No espaço europeu, o dever de não apropriação de oportunidades de negócio já merece consagração legal expressa em vários ordenamentos jurídicos; e, nos restantes, a sua existência é em geral pacificamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência.

a) A consagração legal nos direitos italiano, espanhol e inglês

No direito italiano, o artigo 2391, *comma* 4, do *codice civile* (introduzido neste diploma pelo *Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6*) prescreve a responsabilidade do administrador pelos danos que tenha causado à sociedade por ter utilizado em benefício próprio ou de terceiro dados, informações ou oportunidades de negócio obtidos no exercício das suas funções⁵³. Embora a norma não preveja expressamente, no caso, a obrigação de o administrador informar a sociedade acerca da oportunidade de negócio em causa e do seu interesse pessoal no

como adverte PEDRO PORTELLANO DIEZ, *Deber de Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidades de Negocio*, cit., pág. 72, o administrador estará sempre, nestes casos, obrigado a não se aproveitar da oportunidade de negócio e a informar a sociedade de qualquer obstáculo legal existente, para que esta possa assegurar-se da sua autenticidade e, se for o caso, para tentar solucionar o problema.

⁵² Cf. ERIC TALLEY, *Complexity in corporate governance: the case of corporate opportunities*, in “OECD The Fourth Asian Roundtable on Corporate Governance. Shareholder Rights and the Equitable Treatment of Shareholders”, Mumbai, 2002, <http://www.oecd.org/dataoecd/48/58/2484797.pdf>; JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 81 ss..

⁵³ Cf. GIORGIO BIANCHI, *Gli Amministratori di Società di Capitali*, Cedam, Padova, 2006, pp. 522 ss..

respectivo aproveitamento, a doutrina tem considerado que esse dever é corolário necessário da previsão legal de responsabilidade no caso da respectiva utilização em benefício próprio⁵⁴.

Em Espanha, o artigo 228 da *Ley de Sociedades de Capital* (correspondente ao artigo 127 ter. da *Ley de Sociedades Anónimas*, nela introduzido pela *Ley 26/2003 de 17 de julio*) prescreve que nenhum administrador poderá realizar, em benefício próprio ou de pessoas com ele especialmente relacionadas, investimentos ou quaisquer operações⁵⁵ ligados aos bens da sociedade, dos quais tenha tido conhecimento no exercício do cargo⁵⁶, quando o investimento ou operação tenham sido oferecidos à sociedade ou quando esta tivesse interesse neles⁵⁷, sempre que a sociedade não tenha rejeitado tal investimento ou operação sem

⁵⁴ Cf. DUCCIO RUBEN DUCCI, *L'Appropriazione di corporate opportunities da parte di amministratori di società. Testi giurisprudenziali e definizione della fattispecie*, Tese de doutoramento inédita, Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 2009, pp. 97 ss..

⁵⁵ Com esta formulação, o legislador terá querido compreender no âmbito da proibição, não apenas as relações de natureza negocial, mas ainda qualquer outro tipo de relação estabelecida pelo administrador em prejuízo da sociedade, mesmo sem carácter contratual. Cf. JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ/VICENTE MAMBRILLA RIVERA, *Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular; los conflictos de interés y las operaciones vinculadas*, in “Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados). Tomo II” (FERNANDO ROBRÍGUEZ ARTIGAS/ALBERTO ALONSO UREBA/LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/LUIS VELASCO SAN PEDRO/JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ/GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO) Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, 915-989, pág. 962.

⁵⁶ A doutrina tende a interpretar a norma de modo a considerar irrelevante a procedência da informação acerca da oportunidade de negócio (ou seja, que o administrador tenha tido conhecimento da mesma no exercício das funções próprias do cargo, quando em representação da sociedade, ou por outro qualquer meio), dado o contexto sócio-económico em que se movimentam, em regra, os administradores das sociedades. Cf. JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ/VICENTE MAMBRILLA RIVERA, *Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular; los conflictos de interés y las operaciones vinculadas*, cit., pág. 962; JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2.^a ed., Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 172.

⁵⁷ Pelo que qualquer outra oportunidade de negócio, mesmo podendo ser considerada conveniente para a prossecução do objecto social, não constitui uma oportunidade de negócio societária, podendo o administrador apropriar-se dela, em benefício próprio ou de terceiro. Cf. JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, cit., pág. 173.

que o administrador em causa tenha influído nessa decisão⁵⁸. A determinação do órgão competente para a autorização de aproveitamento da oportunidade de negócio tem sido controvertida⁵⁹.

No direito inglês, o entendimento da relação entre administrador e sociedade como fiduciária conhece ainda maior ênfase do que no espaço norte-americano, pelo que na decisão dos casos em que está em causa o aproveitamento de oportunidades de negócio societárias os tribunais têm tendido a ser bastante rigorosos na aplicação da *corporate opportunity doctrine*⁶⁰. Inequívoco parece ser o entendimento de que o dever de não apropriação de oportunidades da sociedade subsiste mesmo quando o administrador entretanto deixou de o ser⁶¹.

Actualmente, no *Companies Act 2006*, o artigo 175. veio prever ex-

⁵⁸ Na doutrina, esta determinação dos pressupostos em que existe a proibição de aproveitamento de oportunidades de negócio tem sido considerada pouco precisa. Cf. JOSÉ ORIOL LIEBOT, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, in “La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles” (dir. ÁNGEL ROJO/EMILIO BELTRÁN), 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 38.

⁵⁹ Sobre o tema, cf. PEDRO PORHELLANO DíEZ, *Las oportunidades de negocio en el «Informe Olivencia» y en el Reglamento Tipo de la CNMV*, cit., pp. 2887 ss. (que defende sempre a competência da assembleia geral); JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ/VICENTE MAMBRELLA RIVERA, *Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas*, cit., pp. 962 ss. e JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, cit., pág. 174 (estes últimos autores consideram que o órgão competente será sempre o órgão de administração da sociedade).

⁶⁰ Cf. BRYAN CLARK, *UK company law reform and directors' exploitation of “corporate opportunities”*, cit., pp. 232 ss.. As razões que fundamentam esta *strict approach* são várias: desde logo, o administrador interessado em apropriar-se da oportunidade societária pode manipular os factos relevantes para o efeito de se apurar se a sociedade não tinha qualquer interesse ou possibilidade de aproveitar a mesma; depois, é economicamente mais eficiente não sujeitar um *principal* a despende meios a controlar o *agent* (com o objectivo de assegurar que ele não prossegue os seus interesses pessoais). Cf. ainda a análise de HOLGER FLEISCHER, *Gegenwartsfragen der Geschäftschancenlehre im englischen und deutschen Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 646 ss..

⁶¹ “[T]he underlying basis of the liability of a director who exploits after his resignation a maturing business opportunity of the company is that the opportunity is to be treated as if it were property of the company in relation to which the director had fiduciary duties. By seeking to exploit the opportunity after resignation he is appropriating for himself that property. He is just as accountable as a trustee who retires without properly accounting for trust property”. Cf. *CMS Dolphin Ltd v. Simonet & Anr* [2001] EWHC Ch 415 (23rd May, 2001), in <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2001/415.html>.

pressamente que os administradores têm o dever de evitar as situações em que exista ou possa vir a existir um conflito de interesses, directo ou indirecto, com a sociedade, particularmente nos casos de exploração de bens, informações ou oportunidades societárias (salientando a norma que é irrelevante que a sociedade possa efectivamente aproveitar esses bens, informações ou oportunidades). Os administradores estão, nos termos do artigo 170.2, sujeitos a este dever mesmo depois de terem deixado de exercer funções de administração na sociedade, quanto a bens, informações ou oportunidades a que tenham tido acesso enquanto ainda as exerciam. Contudo, não existe violação do dever em causa sempre que tenha havido autorização do órgão de administração, em deliberação na qual não pode votar o administrador interessado (a qual pode ter sempre lugar nas *private companies*, a menos que os estatutos prevejam o contrário; e apenas pode ter lugar nas *public companies* se os estatutos dispuserem expressamente nesse sentido) e desde que a sociedade tenha sido informada pelo administrador de todos os dados relevantes para a autorização⁶².

b) A elaboração da doutrina e da jurisprudência alemã

No direito alemão, não se encontra ainda expressamente prevista a obrigação de os administradores não se apropriarem de oportunidades de negócio societárias, mas a doutrina e a jurisprudência desenvolveram, assimilando grande influência do direito norte-americano e inglês, a *Geschäftschancenlehre*⁶³.

Note-se que aqui, tal como no direito italiano e, no fundo, nas construções norte-americana e britânica⁶⁴, a *Geschäftschancenlehre* se dirige, não apenas às oportunidades de negócio societárias, mas também

⁶² Cf. BRYAN CLARK, *UK company law reform and directors' exploitation of "corporate opportunities"*, cit., pp. 238 ss..

⁶³ Cf. JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 125 ss.; MARTIN LÖHNIG, *Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte*, cit., pp. 372 ss.. Com inspiração em BAINBRIDGE, HOLGER FLEISCHER, *Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre*, cit., pág. 986, atribui à *Geschäftschancenlehre* o desempenho das seguintes funções nas relações fiduciárias: impedir os administradores de adoptarem comportamentos oportunistas e reduzir os custos de controlo a cargo dos sócios.

⁶⁴ Onde a protecção de *corporate opportunities* e de *corporate information* se entrecruzam frequentemente.

às informações da sociedade que possam ser relevantes nesse âmbito⁶⁵.

Podem encontrar-se dois distintos critérios de atribuição da oportunidade de negócio à sociedade: um critério formal e um critério material.

Nos termos do primeiro, a oportunidade imputa-se à sociedade se existir uma perspectiva ou possibilidade concreta da sua apropriação societária – o que pode ter lugar, nomeadamente, quando já se tenha celebrado um contrato, quando os administradores já tenham iniciado o processo de contratação em nome da sociedade, quando os administradores tenham recebido, no exercício das suas funções, uma oferta de negócio, quando a oportunidade tenha sido criada com recurso a meios da sociedade, bem como quando a sociedade tenha manifestado, através de deliberação social, o seu interesse no aproveitamento da oportunidade de negócio⁶⁶. Pode afirmar-se que, em todos estes casos, existe uma manifestação expressa de que a oportunidade de negócio cabe no círculo de interesse da sociedade, pelo que os administradores devem abster-se de se apropriarem dessa oportunidade; mas, para além disso, eles devem diligenciar no sentido de tudo fazerem para que a sociedade possa ter pleno acesso à mesma⁶⁷.

O critério de imputação pode ainda ser material, ou seja, serão societárias todas as oportunidades de negócio que tenham uma relação de facto com a actividade comercial desenvolvida pela sociedade (quer se trate de actividade compreendida no objecto estatutário, quer não)⁶⁸, bem como aquelas cuja apropriação possa representar uma vantagem (nomeadamente, económica) para a sociedade⁶⁹.

⁶⁵ HOLGER FLEISCHER, *Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre*, cit., pág. 986.

⁶⁶ Cf. JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 164 ss.; MARTIN LÖHNIG, *Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte*, cit., pp. 375 ss.; HOLGER FLEISCHER, *Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre*, cit., pp. 986 ss.; HANNO MERKT, *Unternehmensleitung und Interessenkollision*, cit., pp. 439 ss..

⁶⁷ Cf. HOLGER FLEISCHER, *Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre*, cit., pág. 986.

⁶⁸ Cf. HOLGER FLEISCHER, *Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre*, cit., pág. 987; HANNO MERKT, *Unternehmensleitung und Interessenkollision*, cit., pág. 440.

⁶⁹ Cf. JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 146 ss.; MARTIN LÖHNIG, *Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte*, cit., pp. 379 ss.; HANNO MERKT, *Unternehmensleitung und Interessenkollision*, cit., pág. 440.

Também aqui se admite que o administrador possa aproveitar a oportunidade de negócio quando exista autorização da sociedade (defende-se que o órgão competente é, para a *Aktiengesellschaft*, o órgão de fiscalização, por analogia com o disposto no § 88 da AktG; na *GmbH*, será a assembleia geral de sócios, embora se admita que a autorização possa provir dos restantes gerentes, desde que fique demonstrado que daí não resultam para a sociedade quaisquer danos^{70/71}).

É entendimento pacífico que a obrigação de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias subsiste mesmo depois de o administrador ter deixado de exercer as suas funções na sociedade⁷².

Em consequência da violação da obrigação de não apropriação de oportunidades de negócio societárias, a sociedade tem direito à reparação dos danos causados (o que decorre do disposto no § 93 II 1 AktG). Também se defende que tenha aqui aplicação analógica o disposto no § 88 II AktG⁷³, que consagra para a violação da obrigação de não concorrência o direito de a sociedade optar entre o direito à reparação dos danos causados e o *Eintrittsrecht*, pelo qual o administrador deve atribuir à sociedade todos os benefícios que para ele resultaram do negócio (sempre que isso seja possível, o que não acontecerá quando o negócio tiver sido apropriado por terceiro): a sociedade pode substituir-se ao administrador no negócio e ver serem-lhe restituídos os lucros que entretanto tiverem sido auferidos pelo administrador na execução do mesmo.

⁷⁰ Cf. JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 207 ss.; HOLGER FLEISCHER, *Gegenwartsfragen der Geschäftschancenlehre im englischen und deutschen Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 657 ss.. Note-se que HANNO MERKT, *Unternehmensleitung und Interessenkollision*, cit., pp. 445 e ss., propõe que também na *GmbH* seja o *Aufsichtsrat* o órgão competente, a menos que se trate de uma sociedade onde não exista tal órgão, caso em que a competência pertencerá à assembleia geral.

⁷¹ Cf. HANNO MERKT, *Unternehmensleitung und Interessenkollision*, cit., pp. 444 ss..

⁷² Cf. HOLGER FLEISCHER, *Gegenwartsfragen der Geschäftschancenlehre im englischen und deutschen Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 659.

⁷³ FRIEDRICH KÜBLER, *Erwerbchancen und Organpflichten - Überlegungen zur Entwicklung der Lehre von den "corporate opportunities"*, in "Festschrift für Winfried Werner", Walter de Gruyter, Berlin/new York, 1984, 437-448, pp. 440 ss.; JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 234 ss.; HANNO MERKT, *Unternehmensleitung und Interessenkollision*, cit., pág. 447; NOTKER POLLEY, *Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre...*, cit., pp. 165 ss..

2.4. O dever jurídico de não apropriação de oportunidades de negócio societárias no ordenamento jurídico português

No direito societário português não existe ainda, como já ficou exposto, consagração legal expressa do dever de os administradores não aproveitarem, em benefício próprio ou de terceiro, as oportunidades de negócio da sociedade que administram, nem das consequências que possam advir desse comportamento. Desde logo, nem está expressamente estabelecido quais as oportunidades de negócio que devem considerar-se societárias.

Aproveitando a experiência e os contributos doutriniais e jurisprudenciais colhidos nos ordenamentos analisados, cabe agora responder à questão de saber se, à luz das regras e preceitos legais vigentes no ordenamento jurídico português, é de afirmar a existência de tal dever. Em caso de resposta afirmativa, cumpre especificar em que termos e analisar as consequências da sua violação. Mas antes disso é necessário começar por responder à questão prévia de saber quais as oportunidades de negócio que devem considerar-se societárias.

a) As oportunidades de negócio que devem considerar-se societárias

Devem considerar-se oportunidades de negócio societárias⁷⁴ todas aquelas relativamente às quais a sociedade manifestou o seu interesse⁷⁵, bem como as que possam considerar-se convenientes para a pros-

⁷⁴ Entre nós, PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, cit., pp. 100 ss., propõe que, ao invés de se determinar quando uma oportunidade de negócio pertence à sociedade, se deve “questionar quando é que o princípio da boa fé impõe que o administrador não se aproprie de uma oportunidade de negócio, por imperativos de lealdade para com a sociedade”, pelo que defende uma apreciação realizada casuisticamente. Enumera, contudo, quatro “casos-padrão”: celebração de um negócio vantajoso de que se teve conhecimento por força do exercício de funções, ou com utilização de informação privilegiada ou de património ou de pessoal da sociedade; celebração de um negócio que ofereceria à sociedade ganhos sinérgicos relevantes; prática de um acto isolado de concorrência. Por seu turno, NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, cit., pág. 379, indica os “casos-padrão” seguintes: aproveitamento de um bem ou um negócio no qual a sociedade tinha uma expectativa, celebração de um negócio de que o administrador teve conhecimento por força da utilização de pessoal, bens ou informações da sociedade, celebração de um negócio que ofereceria à sociedade ganhos sinérgicos relevantes.

⁷⁵ Esta manifestação pode proceder de uma assembleia geral de sócios ou do conselho de administração. Cf. PEDRO PORTELLANO DIEZ, *Las oportunidades de negocio en el*

secação do seu interesse⁷⁶, independentemente de o administrador ter tido conhecimento da oportunidade de negócio no exercício das suas funções ou particularmente (a menos que se trate de negócio estritamente dirigido à satisfação das suas necessidades básicas pessoais e/ou familiares)⁷⁷; também não deve relevar que a oportunidade de negócio apenas tenha surgido devido às características ou conhecimentos da pessoa do administrador⁷⁸.

A oportunidade não deixa de considerar-se societária pelo facto de o administrador alegar que a sociedade não teria condições para a aproveitar, nomeadamente por razões de ordem financeira ou pela existência de obstáculos legais⁷⁹. Na verdade, cabe ao administrador empregar toda a diligência na obtenção dos meios financeiros necessários e na remoção de eventuais obstáculos legais; a entender-se que, por força destas circunstâncias, a oportunidade poderia deixar de ser considerada societária, estar-se-ia a incentivar a falta de diligência dos administradores no exercício das suas funções, de modo a poderem, “justificadamente”, sobrepor o seu interesse pessoal ao da sociedade^{80/81}.

b) O dever de o administrador não se aproveitar, em benefício próprio ou de terceiro, de uma oportunidade de negócio societária

Se a oportunidade de negócio for societária, o administrador deve abster-se de se apropriar dela ou de a desviar para terceiro⁸²: a violação da obrigação de não apropriação de oportunidade de negócio societária existe, não apenas nos casos em que o administrador a aproveita

«Informe Olivencia» y en el Reglamento Tipo de la CNMV, cit., pp. 2880 e ss..

⁷⁶ Cf. WALTER G. PAEFGEN, §43 *Haftung der Geschäftsführer*, cit., pág. 1044.

⁷⁷ Cf. HOLGER ALTMIPPEN, §43, *Haftung der Geschäftsführer*, in “Holger Altmeppen/Günter H. Roth GmbHG Kommentar”, 5.ª ed., C.H.Beck, München, 2005, pág. 652.

⁷⁸ Cf. HOLGER ALTMIPPEN, §43, *Haftung der Geschäftsführer*, cit., pág. 652.

⁷⁹ Cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, cit., pág. 381.

⁸⁰ Pode constituir excepção a situação em que a sociedade se encontra insolvente, desde que essa situação não tenha sido provocada ou agravada pelo comportamento do administrador interessado.

⁸¹ Cf. PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, cit., pág. 103. Para a incapacidade financeira, cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, cit., pág. 310.

⁸² Cf. HOLGER ALTMIPPEN, §43, *Haftung der Geschäftsführer*, cit., pág. 652; WALTER G. PAEFGEN, §43, *Haftung der Geschäftsführer*, cit., pág. 1044.

pessoalmente, mas ainda sempre que tal aproveitamento tenha sido levado a cabo por terceiro que com ele esteja especialmente relacionado⁸³.

O administrador apenas pode desviar a oportunidade de negócio para si ou para terceiro depois de obtida, para o efeito, autorização da sociedade. Para que a sociedade possa autorizar, o administrador deve comunicar-lhe todos os elementos e informações relevantes de que tenha conhecimento, relativos ao negócio em causa, manifestando o seu interesse na respectiva apropriação. Na ausência de uma comunicação efectuada nestes termos, não fica afastada a responsabilidade do administrador pelo aproveitamento da oportunidade de negócio societária, mesmo que a sociedade tenha autorizado a sua apropriação⁸⁴. A autorização da sociedade não deve nunca ser genérica (dada a impossibilidade de antecipar as consequências que de uma decisão deste tipo poderiam advir para a sociedade, em termos de ponderação entre os custos e os benefícios da mesma), mas apenas concreta e depois de cumprido o referido dever de comunicação à sociedade (uma vez que só assim esta poderá tomar uma decisão informada)⁸⁵.

Quanto à determinação do órgão competente para conceder a autorização, parecem poder aplicar-se aqui, sem reservas, as regras que vigoram no domínio da obrigação de não concorrência: nas sociedades cuja estrutura organizativa obedeça ao sistema monista, a competência é da assembleia geral, por aplicação analógica do disposto no artigo 398.º, n.ºs 3 e 4, do CSC; para o sistema dualista, a autorização deve caber ao conselho geral e de supervisão, por aplicação analógica do artigo 428.º do CSC⁸⁶.

Salienta-se que a autorização não deve nunca violar o disposto no artigo 6.º, ou seja, deve servir o fim da sociedade, que é o fim lucrativo. Por outras palavras: o acto pelo qual se conceda autorização que não se revele necessária ou conveniente à prossecução deste fim é nulo, pelo

⁸³ Cf. PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, cit., pág. 103; NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, cit., pág. 381.

⁸⁴ Cf. PEDRO PORTELLANO DIEZ, *Las oportunidades de negocio en el «Informe Olivencia» y en el Reglamento Tipo de la CNMV*, cit., pág. 2887.

⁸⁵ Sobre o tema, cf. PEDRO PORTELLANO DIEZ, *Las oportunidades de negocio en el «Informe Olivencia» y en el Reglamento Tipo de la CNMV*, cit., pp. 2884 ss..

⁸⁶ Note-se que para PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, cit., pp. 107 ss., a competência para conceder esta autorização cabe aos administradores das sociedades

que a oportunidade continuará a ser societária e o seu aproveitamento pelo administrador será ilícito.

A obrigação de o administrador da sociedade não se apropriar de oportunidades de negócio societárias mantém-se mesmo após a cessação de funções⁸⁷. Na verdade, existem relações jurídicas que, por força da sua natureza, produzem efeitos jurídicos mesmo após a sua extinção⁸⁸. Na relação de administração, estabelece-se entre a sociedade e o administrador uma relação de confiança, da qual nascem deveres de protecção e de lealdade (existe o dever jurídico de o administrador “não atentar contra os bens jurídicos” da sociedade e de “providenciar a efectiva obtenção e manutenção do escopo contratual”)⁸⁹. A presença destas concretizações da boa fé permite recorrer à fórmula *culpa post factum finitum*. Não existe pós-eficácia do dever de prestar principal, mas a sobrevivência dos deveres acessórios depois de extinta a relação contratual (a obrigação propriamente dita) é justificada pelo facto de, por força das circunstâncias criadas, se manterem ou surgirem condições que podem motivar a constituição de deveres acessórios (sob pena de se admitir que, “a coberto da obrigação, sejam infringidos danos às partes”)⁹⁰.

c) As consequências jurídicas da violação da obrigação de não aproveitamento de uma oportunidade de negócio societária

A violação do dever de não aproveitamento de oportunidade de negócio societária constitui, como já ficou exposto, violação dos deveres dos administradores. Assim sendo, constitui fundamento para a sua destituição com justa causa, até por aplicação analógica do disposto, para a obrigação de não concorrência, nos artigos 254.º n.º 5, 398.º n.º 5 e 428.º do CSC.

Consequência do aproveitamento indevido de uma oportunidade

⁸⁷ Cf. JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 175 ss.; HOLGER FLEISCHER, *Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre*, cit., pág. 990. Entre nós, cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, cit., pág. 311, nota 95.

⁸⁸ Esta realidade começou por ser reconhecida no âmbito da relação laboral e da “situação mútua de lealdade, com deveres conexos”, que decorre da “relação de tipo pessoal” que se estabelece entre empregador e trabalhador. Cf. a análise de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Pós-Eficácia das Obrigações*, Separata dos “Estudos em Honra do Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira”, Lisboa, 1984, pp. 23 ss..

⁸⁹ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Pós-Eficácia das Obrigações*, cit., pp. 30 ss..

⁹⁰ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Pós-Eficácia das Obrigações*, cit., pág. 43.

societária deve ser também, normalmente (uma vez que tal actuação causará, na generalidade dos casos, dano à sociedade), o recurso ao instituto da responsabilidade civil, nos termos do disposto nos artigos 72.º e seguintes do CSC: os administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por esta actuação violadora dos seus deveres legais⁹¹.

A sociedade poderá optar pela reconstituição natural ou pela indemnização por equivalente (no nosso direito, nos termos dos artigos 562.º e 566.º, n.º 1, do Código Civil, o lesante está obrigado a colocar o lesado na situação em que estaria se não tivesse existido a lesão -- através da restauração natural ou da restituição em forma específica dos interesses lesados; se isso não for possível, ou não reparar integralmente os danos, ou for excessivamente oneroso para o lesante, deve este pagar uma indemnização em dinheiro). Na questão que nos ocupa, reveste particular importância a possibilidade de a sociedade optar pela reconstituição natural^{92/93}, uma vez que a esta luz a sociedade poderá exigir a

⁹¹ Como é sabido, e porque estamos no âmbito da responsabilidade contratual, é presumida a culpa do administrador. Note-se que, embora a obrigação de não apropriação de oportunidades de negócio societárias seja concretização do dever de lealdade, e este constitui genericamente uma obrigação de meios, podemos afirmar que aquela deve, algo paradoxalmente, ser qualificada como obrigação de resultado: o administrador de uma sociedade, pelo facto de o ser, não se compromete a empregar determinados meios para satisfazer o interesse da sociedade em que ele não se aproprie, em benefício próprio ou de terceiro, das oportunidades de negócio societárias; ele compromete-se a esse resultado. Deste modo, não existe razão para questionar o cabimento da aplicação, ao caso, da presunção do artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil (sobre o problema da sua aplicabilidade quando estejam em causa obrigações de meios, cf. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 80 ss.).

⁹² Cf. NOTKER POLLEY, *Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre...*, cit., pág. 160. A doutrina alemã retira esta solução da aplicação analógica do disposto no §88 Abs.2 AktG, destinado a sancionar a violação da obrigação de não concorrência. Cf. HANNO MERKT, *Unternehmensleitung und Interessenkollision*, cit., pág. 447.

⁹³ Em Espanha, a devolução à sociedade dos lucros obtidos pelos sócios na celebração, por conta própria, de negócios por aquela não autorizados está consagrada no artigo 136 do *Código de Comercio* para as sociedades em nome colectivo, quando esta não tenha objecto determinado. Também o artigo 1.683 do Código Civil dispõe que o sócio que exerça actividade concorrente com a da sociedade civil deverá entregar a esta os lucros obtidos com essa actividade. A doutrina considera estes casos exemplos de consagração de uma acção de enriquecimento sem causa. Cf. PEDRO PORTELLANO Díez, *Deber de Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidades de*

transferência da oportunidade (a “entrada” da sociedade no negócio), bem como a entrega dos lucros entretanto obtidos ilicitamente pelo administrador, sempre que isso seja material e juridicamente possível, nos termos do artigo 566.º do Código Civil^{94/95}.

Tal solução encontra, também, apoio na aplicação analógica do artigo 180.º n.º 2, do CSC⁹⁶, que prevê, na situação em que um sócio viole a obrigação de não concorrência prevista no n.º 1, o seguinte: “O sócio que violar o disposto no número antecedente fica responsável pelos danos que causar à sociedade; em vez da indemnização por aquela responsabilidade, a sociedade pode exigir que os negócios efectuados pelo sócio, de conta própria, sejam considerados como efectuados por conta da sociedade e que o sócio lhe entregue os proventos próprios resultantes dos negócios efectuados por ele, de conta alheia, ou lhe ceda os seus direitos a tais proventos”⁹⁷.

Mas existe o problema da determinação do montante dos lucros a restituir: a aceitar-se a existência de uma obrigação de restituição global, que ultrapasse os lucros que a sociedade demonstre que poderia razoavelmente esperar obter com o aproveitamento da sua oportuni-

Negocio, cit., pág. 130; JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ/VICENTE MAMBRELLA RIVERA, *Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas*, cit., pág. 982.

⁹⁴ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, cit., pág. 110, considera que nesta hipótese se estará perante uma indemnização em espécie.

⁹⁵ JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 233 ss.; FRIEDRICH KÜBLER/JENS WALTERMANN, *Geschäftschancen der Kommanditgesellschaft. Besprechung der Entscheidung BGH ZIP 1989, 986 ff*, in “Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht”, 1991, 162-174, p. 172; HANNO MERKT, *Unternehmensleitung und Interessenkollision*, cit., pág. 447; PEDRO PORTELLANO DIEZ, *Deber de Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidades de Negocio*, cit., pág. 129.

⁹⁶ Neste sentido, cf. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a obrigação de restituir dos administradores*, in “I Congresso. Direito das Sociedades em Revista”, Almedina, Coimbra, 2011, 353-358, pp. 356 ss..

⁹⁷ Cf. RAÚL VENTURA, *Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1994, pp. 249 ss. (o autor qualifica expressamente a possibilidade de a sociedade “exigir que os negócios efectuados pelo sócio, por conta própria, sejam considerados como efectuados por conta da sociedade” e que o sócio “lhe entregue os proventos próprios resultantes dos negócios efectuados por ele, de conta alheia, ou lhe ceda os seus direitos a tais proventos”, prevista no n.º 2 do artigo 180.º do CSC, como modalidade de indemnização em espécie).

dade de negócio (lucros cessantes), a transmissão assumirá, para lá de uma função ressarcitória, um carácter “punitivo”⁹⁸. Tal solução, cuja aceitação não é pacífica, tem sido justificada com o argumento de que, de outro modo, pode ser compensadora para o administrador a prática do acto ilícito⁹⁹. Simplesmente, o lucro só deve ser restituído ao lesado,

⁹⁸ Na verdade, a indemnização assumiria em tal caso um carácter punitivo e/ou preventivo, o que não é geralmente aceite entre nós. No entanto, na nossa doutrina, cf. PAULA MEIRA LOURENÇO, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pág. 126 (para os casos de violação culposa de direitos de propriedade industrial) e HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual: a sua Legitimação pelo Dano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 551 e ss.. De resto, nos sistemas da *common law*, vigoram no domínio dos contratos fiduciários regras que impõem a restituição, ao fiduciante, dos lucros ilicitamente obtidos pelo fiduciário, ainda que aquele não tivesse obtido, por si, tal lucro (*restitutionary damages*), pela razão de que o fiduciário que não observou as regras de conduta que lhe são impostas deve ser “desprovido” de todas as vantagens que tenha retirado dessa violação. Cf. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento sem Causa*, UCP, Porto, 1998, pp. 770 ss.. Note-se que a doutrina vê nos *restitutionary damages* a vantagem de, ao contrário do que acontece nos *punitive damages* ou nos *exemplary damages*, existir uma muito menor arbitrariedade na fixação da indemnização. Cf. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento sem Causa*, cit., pp. 780 ss.; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual*, cit., pág. 575. Cf. ainda, quanto à arbitrariedade, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, cit., pp. 67 ss., que também salienta que o arbitramento de indemnizações punitivas tem a desvantagem de constituir uma reacção *ex post* “largamente imprevisível”.

⁹⁹ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, cit., pág. 67, defende que o enquadramento dogmático da restituição do lucro efectivamente obtido pelo infractor cabe, antes, no instituto do enriquecimento sem causa, particularmente quando esteja em causa a interferência do autor da lesão em direitos de exclusividade. Para mais, estamos aqui no âmbito da responsabilidade contratual, onde se torna mais difícil aceitar a restituição ao credor dos lucros obtidos pelo devedor, uma vez que aquele apenas terá, em princípio, direito à prestação. Contudo, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *últ. ob. cit.*, pág. 70, reconhece algum espaço para admitir que a restituição dos lucros possa ter lugar, a título de indemnização punitiva, nos “casos de grave censurabilidade da conduta” do devedor quando esteja em causa a execução de “negócios de confiança”, definidos como aqueles nos quais “alguém, em confiança, prossegue interesses alheios ou detém bens por conta de outrem”. Ora, a relação entre administrador e sociedade, particularmente no contexto da questão que se analisa neste trabalho, cabe sem dificuldade neste restrito grupo de casos. Merece

nos quadros da responsabilidade civil, “até ao limite do dano concretamente sofrido por este”¹⁰⁰. E também é verdade que o facto de o lesado vir a receber uma indemnização que excede o dano pode representar para ele “um benefício inteiramente gratuito e imerecido”, a menos que a restituição dessa diferença possa ser justificada à luz do funcionamento do instituto do enriquecimento sem causa¹⁰¹.

In casu, então, nos termos do artigo 562.º do Código Civil, a reconstituição da situação que, para a sociedade privada da sua oportunidade de negócio, existiria se não se tivesse verificado o desvio da mesma implica a transmissão da oportunidade de negócio para a esfera jurídica da sociedade e a restituição dos lucros entretanto obtidos pelo administrador na exploração dessa oportunidade, se isso for possível¹⁰² — mas apenas a restituição daquele montante que corresponde ao lucro cessante da sociedade, ou seja, aquele que a sociedade teria podido obter com o aproveitamento, em seu benefício, do negócio indevidamente apropriado ou desviado pelo administrador.

Quando não há lugar à reconstituição natural, “a indemnização é fixada em dinheiro”. Esta é também a solução prevista, no ordenamento jurídico português, para os casos de violação da obrigação de não concorrência, nos artigos 254.º, n.º 5, 398.º, n.º 5 e 428.º do CSC. Na determinação do dano, deve atender-se, desde logo, ao dano emergente e ao lucro cessante¹⁰³. Admite-se ainda a compensação do dano não patrimonial sofrido pela sociedade, uma vez que habitualmente o desvio de oportunidades de negócio societárias prejudica a reputação comer-

análise autónoma o facto de o tribunal eventualmente aceitar os lucros do devedor como critério de avaliação dos danos sofridos pelo credor (cf. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *últ. ob. cit.*, pág. 71), uma vez que aqui ainda estaríamos estritamente no âmbito da expressão da função ressarcitória, ou seja, seguramente no domínio da responsabilidade civil.

¹⁰⁰ Cf. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, Separata da “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, anos, XV e XVII, Coimbra, 1970, pp. 80 ss..

¹⁰¹ Cf. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, *cit.*, pp. 36 ss..

¹⁰² Cf. JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, *cit.*, pp. 234 ss.. Desde logo, notam RAINER SALEFELD, *Wettbewerbsverbote im Gesellschaftsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main/Bern/New York, 1987, pp. 277 ss., e HANNO MERKT, *Unternehmensleitung und Interessenkollision*, *cit.*, pp. 447 ss., que o recurso a tal solução só se mostra possível quando o negócio tenha sido apropriado pelo próprio administrador, e não por terceiro.

¹⁰³ Cf. PEDRO PORTELLANO Díez, *Deber de Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidades de Negocio*, *cit.*, pág. 126.

cial da sociedade¹⁰⁴.

Mas o cálculo e a prova do dano, sobretudo no que respeita ao lucro cessante, podem apresentar, nesta sede, particular complexidade. A doutrina tende a fazer coincidir o montante do lucro cessante com o *quantum* dos benefícios obtidos pelo administrador¹⁰⁵. Curiosamente, dispunha o revogado n.º 3 do artigo 428.º, que estabelecia as consequências da violação da obrigação de não concorrência por director de sociedade anónima, que sobre este impedia o dever de indemnizar a sociedade, nos seguintes termos: “deve aquele indemnizar os prejuízos sofridos por esta, os quais se consideram, pelo menos, de montante igual aos lucros ou proventos auferidos pelo director”. Contudo, uma solução deste tipo merece as mesmas reservas que foram colocadas a propósito da restituição dos lucros obtidos pelo administrador no âmbito da reconstituição natural.

Uma vez que pode ser muito difícil para a sociedade a prova do dano concreto¹⁰⁶, tem-se defendido que deve ser-lhe permitido o recurso ao “dano típico”, até através da aplicação do disposto no artigo 566.º, n.º 3, do Código Civil (que permite, quando não seja possível determi-

¹⁰⁴ Cf. PEDRO PORTELLANO DIEZ, *Deber de Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidades de Negocio*, cit., pp. 126 ss.. Também FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, cit., pp. 87 ss., alerta para o facto de a intervenção causar, frequentemente, danos não patrimoniais ao titular do direito.

¹⁰⁵ Cf. PEDRO PORTELLANO DIEZ, *Deber de Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidades de Negocio*, cit., pág. 126. Na doutrina alemã, tal solução é defendida com base na aplicação analógica do disposto no §88 II 2 AktG (cf. JOHANNES WEISSER, *Corporate Opportunities...*, cit., pp. 233 ss.; NOTKER POLLEY, *Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre...*, cit., pp. 165 e ss.; HOLGER FLEISCHER, *Wettbewerbs- und Betätigungsverbote für Vorstandsmitglieder im Aktienrecht*, cit., pág. 346; HOLGER ALTMEPPEL, §43, *Haftung der Geschäftsführer*, cit., pág. 653; WALTER G. PAEFGEN, §43 *Haftung der Geschäftsführer*, cit., pág. 1046), como um critério possível de determinação dos lucros cessantes da sociedade (cf. NOTKER POLLEY, *Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre...*, cit., pp. 160 e ss.).

¹⁰⁶ Único a que o instituto da responsabilidade civil atende, em regra, nos termos do artigo 562.º do Código Civil. Cf. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, cit., pág. 11, nota 12. Note-se, contudo, que no artigo 566.º, n.º 2, do Código Civil se parte de um conceito de dano em sentido patrimonial, na medida em que se determina que a indemnização em dinheiro “toma como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data, se não existissem danos”.

nar com exactidão o valor dos danos, o recurso à equidade na fixação da indemnização¹⁰⁷⁾¹⁰⁸. Nesta sede, pode ser tido como parâmetro o lucro efectivamente obtido pelo lesante, sempre desde que lhe seja permitida a demonstração de que esse lucro não seria obtido pela sociedade se não tivesse existido a apropriação ilícita da oportunidade de negócio. Mas se se admitir que o proveito que o agente retirou da prática do ilícito deva ser sempre restituído ao lesado, com o argumento de que aquele não pode ficar numa situação mais vantajosa do que aquela em que estaria se não tivesse existido a lesão, poderemos estar já no domínio do enriquecimento sem causa, uma vez que já não se trata de repor o lesado na situação em que estaria sem a ocorrência da lesão¹⁰⁹.

Note-se que o comportamento do administrador pode não originar qualquer dano para a sociedade, pode esta não conseguir demonstrar a sua existência, ou podem os benefícios obtidos pelo administrador infractor superar os prejuízos causados à sociedade. Nestes casos, é ainda possível à sociedade o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa (por intervenção em património alheio¹¹⁰⁾¹¹¹. Com isto, afirma-se o possível cúmulo do recurso à reparação do dano com a pretensão de

¹⁰⁷ Cf. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, cit., pp. 93 ss..

¹⁰⁸ Cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, cit., pág. 386.

¹⁰⁹ Cf. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, cit., pág. 96.

¹¹⁰ A situação de enriquecimento por intervenção, também conhecida como lucro por intervenção, respeita aos casos em que “alguém obtenha um enriquecimento através de uma ingerência em bens jurídicos alheios, especialmente em virtude do uso, fruição, consumo ou disposição desses bens”. Apesar de o artigo 473.º, n.º 2, do Código Civil omitir esta situação, ela integra a tipologia de categorias do enriquecimento sem causa, como de resto tem sido pacificamente reconhecido pela doutrina. Cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações. Volume I. Introdução. Da Constituição das Obrigações*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pág. 431. O recurso ao instituto do enriquecimento sem causa, nesta sede, destina-se a permitir ao empobrecido obter a restituição do enriquecimento. Cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil (Estudo Dogmático sobre a Viabilidade da Configuração Unitária do Instituto, face à Contraposição entre as Diferentes Categorias de Enriquecimento sem Causa)*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 176, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1996, pp. 688 ss..

¹¹¹ Cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, cit., pp. 382 ss., e pág. 387.

enriquecimento (bastante provável no enriquecimento por intervenção, uma vez que estarão frequentemente preenchidas as condições para o recurso à responsabilidade civil por factos ilícitos), afastando-se o entendimento de total subsidiariedade desta última relativamente àquela: uma vez que os institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa desempenham diferentes funções (aquele visa reparar o dano¹¹² e este reprimir o enriquecimento; só eventualmente – e indirectamente – pode cada um destes institutos desempenhar a função essencial do outro¹¹³)^{114/115}, a alegada subsidiariedade da pretensão de restituição do enriquecimento sem causa relativamente a “outro meio” (como resulta do artigo 474.º do Código Civil) deve considerar-se limi-

¹¹² Embora se reconheçam ao instituto outras funções, menos importantes, como a função de prevenção, ponderando-se ainda a existência de uma função retributiva, de uma função social (re)distributiva e de uma função punitiva, como salienta MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, cit., pp. 64 ss..

¹¹³ Cf. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, cit., pp. 24 ss.. Note-se que a distinção entre os dois institutos é plenamente conseguida se o enriquecimento por intervenção for explicado à luz da teoria do conteúdo da destinação, que assenta no facto de existir um enriquecimento obtido à custa de outrem, a quem a ordem jurídica reconhece a titularidade de um direito subjectivo absoluto (com a correspondente exclusividade no gozo e da fruição do bem) e cuja posição jurídica foi afectada; e não à luz da teoria da ilicitude, que configura o enriquecimento por intervenção como uma pretensão de compensação pela prática de um facto ilícito, prescindindo da culpa do agente. Cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil ...*, cit., pp. 815 ss.; *idem*, *Direito das Obrigações. Volume I. Introdução*, cit., pp. 436 ss.; MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, cit., pp. 67 ss..

¹¹⁴ É, de resto, por esta razão que não deve interpretar-se o requisito de que o enriquecimento deve ter sido obtido “à custa de outrem” como a consagração da exigência de que tenha havido real empobrecimento na esfera do “outrem” (mesmo correspondendo, no enriquecimento por intervenção, à perda de lucro cessante): com o instituto do enriquecimento sem causa não se visa compensar uma diminuição num dos patrimónios (que, no enriquecimento por intervenção, pode não existir), mas eliminar a vantagem que, sem causa e afectando a situação patrimonial do empobrecido, se produziu no outro. Cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações. Volume I. Introdução*, cit., pp. 454 ss..

¹¹⁵ Todavia, a mesma ideia subjaz aos dois institutos: são “duas distintas técnicas de restauração ou restabelecimento de um equilíbrio patrimonial perturbado”, ou seja, dois processos através dos quais “a ordem jurídica corrige a distribuição natural da riqueza ou, se quisermos, a redistribui, segundo exigências de justiça”, porque há casos em que o dano ou o enriquecimento não devem ficar no património onde se produziram. Cf. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, cit., pág. 22.

tada àquelas situações em que o empobrecido consegue obter idêntico resultado através do mesmo, mas não quando um resultado superior possa ser assegurado pelo concurso de pretensões¹¹⁶.

Ora, como se expôs, o acto de intervenção pode causar um dano ao titular do direito e, neste caso, o dano pode ser igual, superior ou inferior ao enriquecimento do interventor¹¹⁷. E é no caso em que o lucro da intervenção excede o dano causado ao titular do direito (repete-se que a intervenção pode, até, não lhe causar dano algum) que surgem as dificuldades na qualificação da pretensão da sociedade à diferença entre os dois montantes. Isto, porque se reconhece que nem sempre será evidente a delimitação, nestes casos (como, de resto, em tantos outros¹¹⁸), da fronteira entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa.

Paralelamente, coloca-se o problema da determinação do objecto da restituição, que se faz sentir particularmente no domínio do enriquecimento por intervenção: deve corresponder ao “valor” da oportunidade de negócio (o critério não pode ser nunca aqui, como se expôs, o valor do empobrecimento, pois ele pode nem existir), numa concepção real do enriquecimento, ou ao valor do aumento patrimonial do devedor, numa concepção patrimonial do enriquecimento? Como a doutrina portuguesa defende, quase pacificamente¹¹⁹, que o enriquecimento relevante para a determinação da obrigação de restituição deve ser considerado, entre nós, nos termos da concepção patrimonial, ou seja, em concreto (correspondendo à valorização ou não desvalorização do património do enriquecido, globalmente considerado, quando comparada com a valorização ou não desvalorização do mesmo se não

¹¹⁶ Cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil ...*, cit., pp. 700 ss. e 949 ss.; *idem*, *Direito das Obrigações. Volume I. Introdução*, cit., pp. 411 e 431 ss., nota 944.

¹¹⁷ Cf. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, cit., pág. 7, que acrescenta que esta diferença resulta do facto de o interventor fazer um uso, aproveitamento ou exploração económica dos bens objecto da intervenção diversos dos que teria feito o titular do direito.

¹¹⁸ Cf. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, cit., pp. 41 e 68 ss..

¹¹⁹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações. Volume I. Introdução*, cit., pág. 452, afasta-se desta concepção, por na lei portuguesa não ser feita qualquer referência a “um incremento patrimonial global”, concluindo que o enriquecimento consiste antes “numa vantagem patrimonial concreta”.

fosse a intervenção)¹²⁰, no enriquecimento por apropriação de negócio societário não pode ignorar-se o facto de a possível diferença entre estes dois valores, quando o enriquecimento seja superior, resultar eventualmente da capacidade negocial (incluindo as características pessoais e patrimoniais) do enriquecido, pelo que a sua restituição integral poderia levar a novo enriquecimento injusto, agora do titular do direito à custa do interventor¹²¹.

De todo o modo, nos termos do artigo 479.º do Código Civil, a obrigação de restituir compreende “tudo quanto se tenha obtido à custa do empobrecido”, no que a doutrina vê o outro limite à obrigação de restituir: o dano em sentido real, ou seja, o que estava reservado ao empobrecido em face do conteúdo de destinação do direito ou bem jurídico violado, “que lhe «pertencia» *ainda que só potencial ou virtualmente*”¹²². A consideração deste duplo limite, no âmbito dos casos de apropriação indevida de oportunidade de negócio societária, pode contribuir para solucionar o problema do referido enriquecimento injusto do empobrecido.

Assim, o interventor deve restituir ao titular do direito o lucro da intervenção até ao limite do dano real sofrido por este, ou seja, do valor objectivo do uso ou dos bens objecto da intervenção. Para Menezes Leitão, “o que deve ser restituído é sempre o valor da exploração e não os ganhos patrimoniais do interventor”, sendo a restituição destes ganhos apenas admissível nos quadros da gestão de negócios imprópria¹²³.

¹²⁰ Cf. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, cit., pág. 43.

¹²¹ Cf. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, cit., pág. 20.

¹²² Esta é a leitura de FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, cit., pp. 48 ss., e de DIOGO JOSÉ PAREDES LEITE DE CAMPOS, *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, Almedina, Coimbra, 1974, pp. 480 ss.. Na formulação da doutrina portuguesa dominante, pode não existir coincidência absoluta entre o valor que resulta da aplicação deste limite e o valor objectivo da coisa: a restituição deve abranger tudo o que o enriquecido conseguiu à custa do titular da coisa (“mediante o uso, fruição ou consumo indevidos dela”), o que pode não coincidir com o valor objectivo do seu uso, fruição ou consumo, descontando-se “o que resultou de factores diferentes e pessoais do beneficiado, como o seu trabalho, espírito de iniciativa, experiência ou perícia”. Cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pág. 513.

¹²³ Cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil ...*, cit., pp. 469 ss.. Na ausência de previsão legal que a preveja e defina, entende-se que existirá gestão de negócios imprópria quando alguém gere por conta

Ora, neste ponto, concluímos que o instituto do enriquecimento sem causa não vai permitir fundamentar a obrigação de entrega, à sociedade, daquela parte dos lucros obtidos pelo administrador com a apropriação indevida da oportunidade de negócio societária que ultrapassem o valor do empobrecimento real, ou seja, não vai permitir resolver completamente este aspecto da tutela dos interesses da sociedade que o instituto da responsabilidade civil deixa sem resposta. Em nosso entender, à luz do que fica exposto quanto a ambos, só a evolução para uma concepção punitiva e preventiva da responsabilidade civil permitiria justificar a entrega da totalidade dos lucros obtidos pelo administrador à sociedade, o que, no nosso sistema jurídico, passaria necessariamente pela consagração expressa de tal solução.

própria um negócio que sabe ser alheio. Na doutrina portuguesa, os autores dividem-se: defende-se que o princípio da gestão de negócios imprópria não foi seguido entre nós (na sequência da não consagração, no Código Civil, da proposta do artigo 717.º do Anteprojecto de Vaz Serra; neste sentido, cf. DIOGO JOSÉ PAREDES LEITE DE CAMPOS, *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, cit., pp. 499 ss.), mas também se defende o seu reconhecimento e a aplicação analógica de algumas das regras vigentes para a gestão de negócios própria. No segundo sentido, Cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil ...*, cit., pág. 505. Admitindo a possibilidade de intervenção desta figura para auxiliar na resolução do problema que nos ocupa, embora com reservas, cf. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a obrigação de restituir dos administradores*, cit., pág. 357. Note-se que este autor convoca, ainda, neste contexto, o contributo do artigo 253.º do Código Comercial (“como base”), onde se prevê que, quando o gerente infrinja o dever de não “negociar por conta própria, nem tomar interesse debaixo do seu nome ou alheio em negociação do mesmo género ou espécie da de que se acha incumbido”, pode o proponente “reclamar para si, como feita em seu nome, a respectiva operação”.