

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-EMPRESARIAIS



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**O DEVER DE NÃO APROPRIAÇÃO DAS OPORTUNIDADES
SOCIETÁRIAS**

André Filipe de Meneses Pereira

Lisboa
2016

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-EMPRESARIAIS



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**O DEVER DE NÃO APROPRIAÇÃO DAS OPORTUNIDADES
SOCIETÁRIAS**

(Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais, sob a orientação
da Professora Doutora Ana Paz Ferreira Câmara Perestrelo de Oliveira)

André Filipe de Meneses Pereira

Lisboa
2016

Siglas e Abreviaturas

al.	Alínea
ALI	<i>American Law Institute</i>
als.	Alíneas
art.º	Artigo
arts.º	Artigos
CC	Código Civil
Cit.	Citado
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-Lei
ed.	Edição
IDET	Instituto de direito das Empresas e do Trabalho
JOUE	Jornal Oficial União Europeia
L.	<i>Law</i>
Mo.	<i>Missouri</i>
n.º	Número
n.ºs	Números
Ob.	Obra
p.	Página
PCG	<i>Principles of Corporate Governance</i>

pp.	Páginas
Rev.	<i>Review</i>
ss.	Seguintes
UE	União Europeia
V.	Vide
Vol.	Volume

Resumo

A presente dissertação de mestrado consiste na apresentação e análise de um estudo sobre um dos deveres fundamentais do administrador das sociedades comerciais - o dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias. Inicia-se o presente estudo com uma análise geral do dever de lealdade, consagrado no artigo 64.º do CSC. Seguindo-se do breve estudo de uma figura próxima, o dever de não concorrência e da sua relação com o dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias.

Pretendemos assim realizar uma análise sob uma perspetiva prática e crítica da doutrina das oportunidades societárias, procurando tentando compreender a sua estrutura interna e o fundamento da sua aplicabilidade, numa derradeira demanda pelo sentido e utilidade da sua receção no ordenamento jurídico interno.

Abstract

This master degree dissertation consists in the presentation and analysis of a study on the fundamental duties of the administrator of commercial companies - the duty of non-appropriation of corporate business opportunities. We begin this study with a general review of the duty of loyalty, enshrined in Article 64 of the CSC. Following the brief study of a next figure, the duty of non-competition and their relationship with the duty of non-appropriation of corporate business opportunities.

We intend to carry out an analysis from a practical and critical perspective of the corporate opportunities doctrine, looking trying to understand its internal structure and the foundation of its applicability in a final demand for meaning and usefulness of its reception in the domestic legal system.

Índice

Introdução.....	11
Capítulo I. O Dever de Lealdade e o Dever de Não Apropriação de Oportunidades societárias	13
1. Deveres de Conduta dos Administradores	13
2. Origem do Dever de Lealdade	14
2.1. No sistema de common law	14
2.2. No plano interno	16
3. O Interesse da sociedade	18
4. O Conteúdo Material do Dever de Lealdade.....	23
5. As dimensões do dever de lealdade	26
6. A consagração legal dos “deveres” de lealdade	29
Capítulo II. Figura Próxima: O Dever de Não Concorência	32
1. Breve enquadramento histórico	32
2. O conceito de “atividade concorrente”	32
3. O ato isolado de concorrência	37
4. A relação de autonomia entre os deveres.....	39
Capítulo III. O Dever de Não Apropriação de Oportunidades Societárias	42
1. Enquadramento factual.....	42
2. Origem da doutrina das oportunidades societárias.....	43
2.1. Teste do interesse ou da expectativa	43
2.2. Teste da linha de negócio da sociedade	50
2.3. Teste da justiça	54
2.4. Teste de BRUDNEY / CLARK	57
2.5. Teste do American Law Institute	59
3. Sistematização e estrutura do dever	60
4. A dicotomia do dever	63
5. O interesse prático do dever	68

6. Por um critério unitário	73
7. A dimensão positiva do dever	75
8. Autorização de apropriação	78
9. Argumentos de defesa do administrador	81
9.1. A relevância do contexto privado	81
9.2. A incapacidade financeira	84
9.3. A incapacidade legal	87
10. Breve análise dos grupos societários	89
11. Consequências da violação do dever	92
Conclusões.....	96
Bibliografia.....	100

Introdução

A presente dissertação de mestrado, realizada na área das ciências jurídico-empresariais, consiste na apresentação e análise de um estudo sobre um dos deveres do administrador das sociedades comerciais¹, o dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias, ainda em fase de integração e consolidação no sistema jurídico nacional.

Optamos assim por realizar um estudo sobre um dever fundamental, dos administradores, que apesar de centenário nos sistemas jurídicos de *Common Law*, ainda se encontra a dar os primeiros passos no Direito societário português, a apar da generalidade dos restantes sistemas de base romanística.

Com efeito, é deveras intrigante o distanciamento que existe entre a Ciência Jurídica inglesa e estadunidense e a Ciência Jurídica portuguesa, juntamente com os Direitos continentais, no que respeita ao tratamento e relevância concedida à doutrina das oportunidades societárias, no âmbito do direito societário. De facto, nos sistemas jurídicos de *Common Law*, a doutrina das oportunidades societárias é considerada como o mecanismo que melhor expressa e materializa o dever de lealdade dos administradores em face da sociedade. O que se reflete na abundância de artigos e estudos exclusivamente dedicados ao tema das *corporate opportunities doctrine*.

No polo oposto a este, até há bem pouco tempo, o dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias, era ignorado por completo no ordenamento jurídico nacional, e mesmo na atualidade, diga-se que a Ciência Jurídica portuguesa, ainda pouca atenção tem dispensado ao tema, reservando-lhe apenas um exíguo e tímido lugar no seio do direito societário. Não obstante, compreendemos que a resistência em receber esta doutrina, se deveu ao facto de os Direitos continentais, onde se inclui o Direito português, terem desenvolvido mecanismos alternativos de resolução dos conflitos de interesses entre o administrador e a sociedade, sobretudo através do dever de não concorrência.

Consideramos que a exposição e definição do dever de não apropriação das oportunidades societárias não reveste especial dificuldade, sendo porém, complexa a questão de saber qual o critério (ou critérios) competente para realizar a delimitação, rigorosa e com propriedade, das oportunidades que devem ser consideradas como

¹ Cumpre referir que ao longo da presente dissertação, nos referiremos à figura do administrador, tendo em vista o administrador da sociedade anónima, salvo referência em contrário.

pertencentes da sociedade, daquelas outras que podem livremente ser apropriadas pelo administrador. Cumpre assim, explorar o conteúdo material e o campo de aplicação do dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias, de modo a indagar da utilidade e interesse prático da receção deste dever no seio da ordem jurídica portuguesa.

Entendemos que este ponto específico deve ser alvo de análise, pelo que nos iremos deter sobre duas questões fulcrais: sendo a primeira, sobre qual será o fundamento e a estrutura interna do dever de não apropriação; a segunda, quando é que podemos afirmar que determinada oportunidade pertence à sociedade; e, a terceira, se existirão casos concretos que reclamem a aplicação do dever de não apropriação, atendendo à insuficiência dos mecanismos alternativos vigentes (*maxime*, o dever de não concorrência), para regular o caso.

Podemos assim, em suma, delimitar genericamente o âmbito da nossa dissertação a uma análise, sob uma perspetiva prática e crítica, da sistematização e do sentido útil do dever de não apropriação das oportunidades societárias no âmbito do sistema jurídico português.

Capítulo I. O Dever de Lealdade e o Dever de Não Apropriação de Oportunidades Societárias

1. Deveres de conduta dos administradores

Por imposição legal, os administradores das sociedades comerciais estão genericamente vinculados a deveres de cuidado e de lealdade perante a sociedade que administram.

Tais deveres de cuidado e de lealdade consubstanciam verdadeiros deveres legais gerais, por contraposição aos deveres legais específicos, atendendo à impossibilidade de o legislador regular e especificar, no catálogo legal, todas as inúmeras situações suscetíveis de violarem os valores ético-jurídicos vigentes.²

Neste sentido, o legislador estabeleceu no art.º 64.º, n.º 1, do CSC que:

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

Resulta assim claramente da lei que os administradores, no exercício das suas funções, deverão pautar-se por dois grandes e distintos deveres, o dever de cuidado (*duty of care*) por um lado, e o dever de lealdade (*duty of loyalty*), por outro.

Tais deveres já se encontravam a nosso ver espelhados, ainda que implicitamente, na anterior redação do art.º 64.º do CSC, dada pelo DL n.º 280/87, de 08 de Julho, ao consagrar de forma semelhante que:

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

² V. ABREU, J. M. Coutinho de, *Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social*, em *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, 2007, pp.16 e ss.

Com efeito, apesar de a anterior redação da lei, ora transcrita, ter como epígrafe “Dever de diligência”, era já àquela data, perfeitamente defensável, a presença implícita do dever de lealdade no texto da lei, aquando da referência ao dever de o administrador prosseguir o interesse social, considerando os interesses dos sócios e trabalhadores da sociedade.³

Posto isto, dada a técnica legislativa adotada pelo legislador, na consagração dos deveres de cuidado e lealdade, percebe-se que o intérprete, em especial a Doutrina e Jurisprudência, ficaram onerados com a hercúlea tarefa de concretização do campo de aplicação dos presentes conceitos normativos, e em especial da definição da extensão exata e precisa da sua aplicação aos casos concretos.

2. Origem do dever de lealdade

2. 1 No sistema de *common law*

Desde muito cedo que os tribunais norte-americanos têm considerado que os administradores das sociedades comerciais devem ser tidos como fiduciários, atendendo ao facto de gerirem património e interesses alheios em benefício de terceiros, o que conduziu à aplicação dos deveres fiduciários, inicialmente criados para outras figuras jurídicas. O que levou os tribunais norte-americanos a estenderem a teoria da agência também aos administradores das sociedades comerciais.

No entanto, os deveres fiduciários nasceram inicialmente a partir das decisões (*case law*) dos tribunais britânicos, que se dedicaram à análise da figura do *trust*. O *trust* define-se como a operação de transmissão de bens ou direitos para o *trustee* pelo *settlor*, com vista a beneficiar um terceiro. Assim, com vista a proteger os interesses do terceiro beneficiário, relativos ao património ou aos direitos detidos pelo *trustee*, os tribunais britânicos impuseram a este, deveres fiduciários na sua relação com o beneficiário. Perante o sucesso desta fórmula, os tribunais do sistema de *common law*, iniciaram um processo de expansão e de extensão destes deveres fiduciários, típicos da figura do *trustee*, para outros institutos como o *partnership*, até passarem a ser aplicados também aos administradores (*directors*) e a todos os

³ V. ABREU, J. M. Coutinho de, *Deveres de Cuidado e de Lealdade...*, ob. cit., p.18 e 19.

executivos (*officers*) em geral, das sociedades comerciais.⁴

De facto, existe alguma semelhança entre a figura do *trust* e a situação da sociedade comercial. Pois quer numa situação quer noutra, são atribuídos a um determinado sujeito (*trustee* ou administrador), poderes sobre o património/interesses de um terceiro beneficiário (*owner* ou sociedade).

Sendo certo que em ambos os casos é difícil ao terceiro beneficiário (*owner* do património) fiscalizar e exercer um controlo eficaz sobre a ação e comportamento empreendido pelo sujeito a quem foram confiados vários poderes sobre o património.

No que respeita em particular às sociedades comerciais, sabemos que o grau de controlo suscetível de ser exercido pela sociedade e pelos seus sócios da ação da administração, varia em função do tipo societário em causa, sendo claramente mais difícil o exercício deste controlo numa sociedade aberta, cotada em bolsa, do que numa sociedade fechada, de cariz pessoalista (como é o caso da sociedade em nome coletivo).

A par disto, tal como ocorre no *trust*, também na sociedade, há um elevado risco de surgirem conflitos de interesses, concretamente a oposição dos interesses da sociedade (beneficiário) e os interesses pessoais do administrador. Destarte, atendendo à semelhança material e aos traços comuns identificados entre as figuras, os tribunais estadunidenses desde cedo, impuseram aos administradores os deveres fiduciários que originalmente haviam sido concebidos e impostos aos *trustees* e aos *agents*. Os deveres fiduciários, no direito norte-americano, impostos aos administradores consistem assim, num dever de lealdade (*duty of loyalty*) e num dever de diligência (*duty of care*).⁵

Contudo, a extensão operada pelos tribunais, da teoria da agência aos gestores das sociedades comerciais foi alvo de duras críticas. Porquanto, apesar de todas as semelhanças, uma grande diferença existe entre a posição do *trustee* e a do administrador de uma sociedade comercial. Pois enquanto, em relação àquele espera-se que adote uma postura prudente e que evite riscos para o património do *trust*. Em relação ao administrador de uma sociedade comercial, pelo contrário espera-se que assuma riscos, ainda que razoáveis, no âmbito da política empreendedora escolhida

⁴ V. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, 2006, pp. 51 e ss.

⁵ V. FRANKEL, Tamar, *Fiduciary duties*, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New York, Stockton Press, 1998, pp. 127-132; NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit. p. 52; DAVIES, Paul L., *Gower and Davies: Principles of Modern Company Law*, London, Sweet & Maxwell, 2003, pp. 380-381.

para a sociedade. Pois é princípio basilar da ciência económica que o lucro é a contrapartida do risco assumido, pelo que, na ausência de risco, não há lucro para a sociedade.⁶

1.2 No plano interno

No âmbito do ordenamento interno, a par dos ordenamentos jurídicos continentais, o dever de lealdade tem uma origem e fundamento diversos, aparecendo como um dever acessório de conduta, emanando diretamente do princípio da boa-fé. Tal entendimento tem o suporte da lei, uma vez que o dever de agir de boa-fé foi consagrado no art.º 762.º, n.º 2 do CC, a respeito do cumprimento das obrigações.

No entanto, a Doutrina nacional divide-se no que respeita à definição do fundamento dogmático do dever de lealdade, enquanto dever acessório de conduta das obrigações.

Por um lado, o Ilustre Professor MENEZES CORDEIRO⁷ elucida-nos que o fundamento dos deveres acessórios de conduta, e assim também do dever de lealdade, se encontra no princípio da tutela da confiança. O que implica que em cada situação, para que se possa afirmar a imposição de deveres acessórios de conduta no caso concreto, terá de previamente se averiguar da existência cumulativa dos vários requisitos da tutela da confiança, nomeadamente, a situação de confiança, a justificação de confiança, justificação da confiança, investimento de confiança e a imputação da situação de confiança.

Contrariamente, CARNEIRO DA FRADA⁸ advoga que os deveres acessórios de conduta têm o seu fundamento diretamente na regra de conduta de boa-fé, negando a sua derivação ou fundamento no princípio da tutela da confiança. Com efeito, este Autor, concebe a regra de conduta de boa-fé como um “*civiliter agere*” que agrega em si mesmo um conteúdo vasto e vários valores ético-jurídicos coerentemente ordenados. De tal forma que, segundo este pensamento, a boa-fé, enquanto regra de conduta, fundamenta em si mesmo e impõe a exigência de um comportamento leal,

⁶ V. REIS, Nuno Trigo dos, *Os Deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, em *Temas de direito comercial*, Cadernos O Direito, n.º 4, (2009), pp. 282-283.

⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português*, I, tomo I, Almedina, 2000, pp. 231 e ss.; CORDEIRO, António Menezes, *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra, 1984, pp. 554, 616, 1244 e ss.

⁸ FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, 2004, pp. 381 e ss.

correto e honesto.

Deste modo, e à parte da presente divergência doutrinária, é consensual a aceitação da imposição do dever de lealdade aos administradores das sociedades comerciais. Até porque, decorre diretamente da lei a imposição expressa da vinculação dos administradores ao dever de lealdade, nos termos do art.º 64.º, n.º1, al. b) do CSC.

Mas sempre se diga que, ainda que inexistisse regulação específica no âmbito do direito das sociedades comerciais, seríamos forçados a admitir a vinculação dos administradores ao dever de lealdade por aplicação direta do art.º 762.º do CC.

Pois, partilhamos do entendimento perfilhado por CAETANO NUNES, que considera a relação jurídica entre os administradores e a sociedade, uma relação fiduciária *lato sensu*.⁹ Isto porque, e seguindo de perto o pensamento do Autor, os administradores estão investidos numa posição de poder de gestão de um património que é alheio, devendo em contrapartida, exercer tal poder no interesse da sociedade, beneficiário. Sendo certo que os administradores estão empossados de vastos poderes discricionários, decidindo da vida, atividade e património societários, o que os diferencia de um comum contraente ou parceiro contratual. Percebe-se assim que é inerente a esta relação de administração, a ideia de confiança. A sociedade deposita assim uma especial confiança nos seus administradores, esperando que estes desempenhem o seu cargo o melhor possível, com vista à promoção dos interesses societários.

Em consequência, da caracterização desta relação como fiduciária, resulta que o padrão de conduta exigível aos administradores terá de ser mais intenso do que aquele que é aplicável à generalidade das relações contratuais. Sendo também mais intenso o dever de lealdade imposto aos administradores, os quais estão onerados com estritos deveres acessórios de conduta, com especial destaque para o dever de lealdade.¹⁰

Cumprе esclarecer que o grau intensidade do dever de lealdade, a que se encontram adstritos os administradores, variará consoante o tipo societário adotado. Razoavelmente, nas sociedades anónimas (*maxime* nas sociedades abertas, cotadas em bolsa) o dever de lealdade deverá ser mais intenso, devido ao maior distanciamento que existe entre a gestão e os titulares do capital social (acionistas) e

⁹ V. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., p. 89.

¹⁰ V. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., p. 89.

à inerente dificuldade de controlar e fiscalizar com eficácia a gestão empreendida pelos administradores.

Antes de mais desenvolvimentos sobre o objeto específico do nosso estudo relativo ao dever de não aproveitamento das oportunidades de negócio, decorrente do dever de lealdade, cumpre antes de mais fazer algumas breves considerações sobre o que deve afinal entender-se por interesse social. Porquanto, quer o dever de lealdade, quer o dever de não apropriação, são animados pelo conceito de interesse social.

3. O Interesse da sociedade

O conceito de interesse societário surge plasmado no art.º 64.º do CSC, intimamente ligado ao dever de lealdade. Devemos assim, fazer uma breve e fugaz incursão sobre o conceito de interesse social.

O conceito de interesse é classicamente definido como a relação que se mantém entre um sujeito e um certo bem que se julga ser apto a satisfazer a necessidade daquele sujeito. De uma forma simplista diríamos que é a relação entre uma necessidade e um bem apto a satisfazê-la.

No âmbito da empresa, a necessidade consiste na obtenção de lucro e o bem será variável, porque são vários os meios idóneos a satisfazer aquela necessidade. O que implica que se afirme a existência de vários interesses sociais e não apenas de um. Cabendo, não raras vezes à maioria de votos, decidir afinal qual o interesse social a seguir, através da escolha do bem mais apto a realizar a necessidade de obtenção de lucro.¹¹

No entanto, seguindo COUTINHO DE ABREU será preciso não confundir interesse social com o interesse da maioria, até porque essa associação implicaria que se julgassem todas as deliberações dos sócios, desde que tomadas com a maioria exigida, como adequadas a realizar o interesse social.¹² O que nem sempre ocorre.

Tradicionalmente, a respeito do estudo do interesse social, foram criadas as teorias contratualistas e institucionalistas na análise de qual será o interesse da sociedade.

¹¹ V. ABREU, J. M. Coutinho de, *Deveres de Cuidado e de Lealdade...*, ob. cit., pp. 36-37.

¹² V. ABREU, J. M. Coutinho de, *Deveres de Cuidado e de Lealdade...*, ob. cit., pp. 36-37.

De acordo com as teorias institucionalistas o interesse social é o interesse comum dos sócios e de outros sujeitos, como sejam os trabalhadores e credores. Ao passo que para as teorias contratualistas, o interesse social é tão só o interesse comum apenas dos sócios, na qualidade de sócios.

Quer internamente quer noutros países, a teoria contratualista sempre reuniu maior aceitação em detrimento das restantes teorias. Mesmo na atualidade devemos entender, a nosso ver, o interesse social como aquele interesse que é comum aos sócios, enquanto tais. Sendo certo que, a redação do art.º 64.º do CSC deixou a porta aberta à afirmação das concepções institucionalistas do interesse social no que concerne pelo menos à administração.¹³

Com efeito, logo aquando da entrada em vigor do CSC em 1986, ficou estabelecido no art.º 64.º que:

“Os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar (...), no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.”

Perante este novo normativo, surgiu o entendimento segundo o qual seria imperioso reconhecer internamente uma perspetiva institucionalista, ainda que moderada, atendendo à necessidade imposta pela lei de serem considerados os interesses dos trabalhadores.¹⁴

A solução plasmada na lei provinha do projeto da 5.ª Diretriz de Direito das Sociedades¹⁵, concretamente do n.º 2 do art.º10.º a), que previa o seguinte:

“Todos os membros dos órgãos de direcção e de vigilância exercem as suas funções no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos acionistas e dos trabalhadores. (...)”

A semelhança de redação entre os preceitos não foi acidental, pelo que não deixa dúvidas sobre a concreta fonte que animou a criação do art.º 64.º do CSC, havia sido a 5.ª Diretriz.

¹³ V. ABREU, J. M. Coutinho de, *Deveres de Cuidado e de Lealdade...*, ob. cit., pp. 36-37.

¹⁴ V. ABREU, J. M. Coutinho de, *Da empresarialidade. As empresas no direito*, Coimbra, 1999, pp. 227 e ss. Defende este Autor que perante a redação do D.L 76-A/2006, o art.º 64.º mantém vivo o institucionalismo, que *“se não mais intenso, pelo menos mais extenso (são mais os interesses a ponderar pelos administradores)”* V. ABREU, J. M. Coutinho de, *Deveres de Cuidado e de Lealdade...*, ob. cit., p. 34-35.

¹⁵ JOCE N.º C-5, 2-33, de 9-Jan -2004.

Sucedem que a 5.^a Diretriz nunca chegou a ser efetivamente aplicada pelos Estados-membros, não alcançando assim o seu desígnio de uniformizar o direito das sociedades dentro da UE. A consideração dos interesses dos trabalhadores pela administração na 5.^a Diretriz era de toda a utilidade e sentido, atendendo ao facto de a mesma pretender impor a estrutura dualista e a o sistema de co-gestão, isto é, a obrigatoriedade de participação dos trabalhadores na gestão da empresa.

No entanto, face à ausência de um sistema de co-gestão no ordenamento jurídico interno, a consideração dos interesses dos trabalhadores surge como algo desfasado da realidade societária portuguesa. Todavia, permanece a necessidade de procurar um sentido útil a dar à norma, quando remete o administrador para a consideração dos interesses dos trabalhadores.

Nesta busca por um sentido útil a dar à norma, MENEZES DE CORDEIRO pugna que a utilidade possível da norma respeita simplesmente ao facto de os administradores deverem cumprir as regras do ordenamento jurídico.¹⁶ O Autor acaba por criticar a solução legal, porque considera que esta situação já nada tem a ver com a lealdade, quando muito com o dever de diligência.

Por seu turno, COUTINHO DE ABREU afirma que a norma tem um “*conteúdo positivo quase nulo*” no que respeita à menção dos interesses dos trabalhadores e bem assim, relativamente aos interesses dos clientes e credores.¹⁷

No entanto, este Autor acaba por encontrar um interessante sentido útil a dar à norma. Defende assim o Autor que as leis de trabalho e da segurança social são insuficientes para realizar uma cabal tutela dos interesses dos trabalhadores. Acrescido do facto de na maioria das vezes as leis laborais e as convenções coletivas não regularem tudo, optando antes por estabelecer limites máximos e mínimos. Devendo assim os administradores terem em conta os interesses dos trabalhadores na aplicação destas normas.¹⁸

Acompanhamos o pensamento deste Autor na medida em que aos administradores é atribuído um espaço de discricionariedade, que deverá ser preenchido por estes, tendo em conta os interesses dos trabalhadores. Pelo que só

¹⁶ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das sociedades*, vol. I – *Parte geral*, 3.^a ed., Almedina, 2011, p. 871. Afirma contudo, este Autor a propósito da problemática dos interesses dos trabalhadores que “*temos um campo que poderia ser aproveitado por uma jurisprudência empenhada, numa ligação às normas laborais. Ou seja, o universo dos administradores deveria atender, além da dimensão societária pura, também ao Direito do trabalho.*”

¹⁷ V. ABREU, J. M. Coutinho de, *Deveres de Cuidado e de Lealdade...*, ob. cit., p. 41.

¹⁸ V. ABREU, J. M. Coutinho de, *Deveres de Cuidado e de Lealdade...*, ob. cit., pp. 41 e ss.

através deste raciocínio é possível atribuir um sentido útil à presente norma. Assim, parece ser intenção do legislador que a sociedade seja vista como uma entidade que promove os interesses de outras entidades, para além dos interesses dos sócios.¹⁹

Porém, cumpre não esquecer que caso os administradores não levem em conta, na tomada de decisões, os interesses dos trabalhadores e bem assim de outros sujeitos não sócios, nenhuma responsabilidade daí decorrerá para aqueles, nem estes sujeitos terão à sua disposição qualquer meio de reação contra essa situação.

No entanto, estamos em crer, que a referência aos interesses dos trabalhadores e de outros sujeitos tem o inconveniente de possibilitar uma limitação ou mesmo desoneração da responsabilidade dos administradores por uma gestão contrária ou incompatível com o interesse social.²⁰

Ora, perante a redação legal, nada impede os administradores de, uma vez confrontados com o facto de terem praticado atos lesivos do património e interesse sociais, venham mais tarde invocar que a sua atuação se justificou na medida em que atenderam aos interesses de outros sujeitos (*maxime* dos trabalhadores), em estrito cumprimento do normativo do art.º 64.º do CSC.

O art.º 64.º estabelece ainda que os administradores deverão ponderar os interesses de longo prazo dos sócios. Ora, como dissemos, entendemos o interesse social como o interesse comum dos sócios. Assim, perante a letra da lei, consideramos que o legislador terá pretendido acentuar o carácter de longo prazo, realçando a sua importância. No entanto, obviamente não poderão ser desprezados os interesses comuns de curto e médio prazo dos sócios, os quais também devem ser considerados aquando da definição e determinação do interesse social.

Para MENEZES CORDEIRO²¹, tal referência ao interesse de longo prazo dos sócios tem a finalidade de evitar que numa situação de demanda desenfreada por lucros imediatos se destrua a viabilidade e solidez financeira da sociedade.

Estamos em crer que a necessidade de os administradores ponderarem os interesses de longo prazo dos sócios tem razão de ser e encontra fundamento na atualidade.

Com a eclosão da recente crise financeira global, ficou claro que na base da

¹⁹ GOMES, Fátima, *Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redação do artigo 64.º do CSC*, em *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. II, Coimbra, 2007, pp. 566 e ss.

²⁰ V. ABREU, J. M. Coutinho de, *Deveres de Cuidado e de Lealdade...*, ob. cit., p. 41.

²¹ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das sociedades...*, ob. cit., pp. 872 e ss.

queda de grandes empresas esteve o motivo de os administradores terem cedido face aos interesses dos acionistas especuladores, que procuravam a obtenção imediata de grandes lucros no mais curto espaço de tempo, o que em regra era alcançado mediante uma subida veloz do valor das ações. Este fator associado a uma atitude mercenária dos administradores em obterem elevadas remunerações e prémios no imediato, conduziu a que estes desprezassem por completo o interesse de longo prazo dos restantes sócios, arrastando assim as sociedades para a insolvência.²²

Assim, consideramos que hoje em dia, mais do que nunca, tem plena utilidade a referência expressa ao interesse comum de longo prazo dos sócios. É duvidoso se o interesse de longo prazo dos sócios não integra já o núcleo do interesse social, porque no fim de contas aquele se apresentará, por via de regra, como o mais apto e adequado a proteger e realizar o interesse social. De todo o modo, a menção expressa ao interesse de longo prazo, cumpre a tarefa de dar maior visibilidade a uma relevante obrigação dos administradores.²³ O administrador perante a necessidade de decidir entre dois bens, igualmente aptos a realizar o interesse social, na ausência de outros fatores, deverá escolher aquele bem que atenda ao interesse de longo prazo dos sócios, o qual, presumivelmente, promoverá em melhor medida o interesse social.

Por fim, seguindo de perto MENEZES CORDEIRO, cumpre dizer que a técnica legislativa escolhida não foi a mais acertada. Como afirmou o Autor, “(...) *exigir “lealdade” no interesse da sociedade e ainda, atentando aos interesses (longo prazo) dos sócios, e ponderando os de outros sujeitos, entre os quais, os trabalhadores, os clientes e os credores, é permitir deslealdades sucessivas. Quem é “leal” a todos, particularmente havendo sujeitos em conflito, acaba a desleal perante toda a gente.*”²⁴

Em bom rigor, o verdadeiro credor dos deveres de conduta, nomeadamente do dever de lealdade é a sociedade, não existindo assim um dever de lealdade do administrador em relação aos trabalhadores ou credores da sociedade, apesar de mencionados no art.º 64.º do CSC. A exigência de um comportamento correto e leal

²² Para fazer face a esta realidade, várias sociedades, nos ordenamentos jurídicos externos, criaram as chamadas ações de lealdade, que visam precisamente gratificar, através da atribuição de dividendos bonificados, os acionistas que mantêm na sua posse as mesmas ações por um período mínimo de tempo (em regra 3 anos), por tal comportamento beneficiar a longo prazo a posição e o interesse da empresa.

²³ Em sentido diverso, v. REIS, Nuno Trigo dos, *Os Deveres de lealdade...*, ob. cit., pp. 340 e ss. O Autor defende que “*mais do que um dever, concreto, de agir de acordo com os interesses de longo prazo dos sócios, parece antes um vetor de conteúdo difuso no exercício da administração e que surgiria mais apropriado nos quadros da soft law, nos códigos e “normas” de bom governo das sociedades. Alias, a adoção de condutas, para além das citadas normas, exige uma concretização.*”

²⁴ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das sociedades...*, ob. cit., p. 472.

justifica-se apenas na relação entre o administrador e a sociedade, por tudo o que já referimos. Pois é da natureza fiduciária da relação de administração, em consequência de a sociedade colocar a gestão do seu património nas mãos de um administrador, que decorre o fundamento da imposição de deveres fiduciários aos administradores, em especial do dever de lealdade.

Destarte, os administradores serão leais à sociedade na medida em que realizarem, e não preterirem, o interesse (ou interesses) social. Porquanto, a sociedade comercial, aquando da constituição da relação de administração, espera legitimamente do seu administrador que este exerça as suas funções de forma correta e leal, praticando os atos adequados à melhor promoção do interesse social, em detrimento dos seus próprios interesses pessoais. Entendemos assim o interesse social como o fator que enforma e norteia o conteúdo e os limites do dever de lealdade. Estando nessa medida o dever de lealdade funcionalmente dependente do interesse social.²⁵

O interesse social desempenha um papel fundamental de clarificação e concretização do conteúdo indeterminado do dever de lealdade. Pois, o que é a lealdade se não o imperativo de privilegiar e proteger o interesse alheio que nos foi confiado (interesse social) em detrimento dos seus próprios interesses egoístas pessoais.²⁶

4. O conteúdo material do dever de lealdade

Consideramos ser de toda a utilidade fazer uma abordagem, ainda que sumária, ao princípio de lealdade. Afinal de contas, o dever de não apropriação das

²⁵ Neste sentido, v. LARGUINHO, Marisa, *O dever de lealdade: concretizações e situações de conflito resultantes da cumulação de funções*, em *Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Março 2013, Ano 5, Vol. 9, p. 196. Em sentido contrário, v. REIS, Nuno Trigo dos, *Os Deveres de lealdade...*, ob. cit., p. 338. Defende este Autor que “os interesses (da sociedade ou de terceiros) são disponíveis ou, pelo menos, a consideração dos interesses pela administração é disponível e renunciável, o que não sucede com a lealdade na conduta dos administradores. Por estas razões, pode mesmo dizer-se que os “interesses” estarão mais próximos do dever de cuidado do que do dever de lealdade.” O Argumento da indisponibilidade da lealdade não convence, atendendo a que a sociedade pode livremente isentar qualquer dos seus administradores do cumprimento de determinadas vertentes ou manifestações do dever de lealdade, por exemplo através da permissão do exercício atividade concorrente ou da apropriação de certas oportunidades de negócio.

²⁶ Contrariamente, v. FRADA, Manuel Carneiro da, “A *business judgement rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores”, em *A reforma do código das sociedades comerciais*, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Almedina, 2007, ponto 4. Pugna este Autor que “a lealdade não realiza, por si, interesses. Está acima, e para além deles. Pode, assim, levar ao sacrifício de interesses ou - em casos mais raros - alheios”.

oportunidades societárias é uma materialização do dever de lealdade. Pelo que, cumprirá dissecar o conteúdo do dever de lealdade.

A fonte do dever de lealdade é normativa, tendo o seu assento principal no art.º 64.º do CSC. Mas o que deverá entender-se por lealdade? Quando é que se poderá afirmar que um determinado sujeito (administrador) é desleal?

A este propósito, escreveu MENEZES CORDEIRO que há *“lealdade na atuação de quem aja de acordo com uma bitola correta e previsível”*. O Autor vê ainda a lealdade *“como o contraponto da confiança”*.²⁷

Neste sentido, acompanhando o Autor, diríamos de um modo genérico, que a lealdade assenta em dois pilares, na previsibilidade da atuação e na correção desse mesmo comportamento (aquele que *“é imprevisível não é leal”*²⁸). Isto porque, a confiança em alguém baseia-se na previsibilidade da atuação correta dessa outra pessoa. Sendo esta possibilidade de realizar um prognóstico da conduta futura de outrem, de acordo com as bitolas de correção, que permite a entrega e o investimento (*maxime* confiança de valores ou interesses) na pessoa que se considera ser leal.²⁹

Segundo MENEZES CORDEIRO³⁰, a confiança é um princípio concretizador do conteúdo do princípio da boa-fé. Sendo necessária a verificação de certos requisitos para se poder afirmar da existência e necessidade de proteção da confiança. Esses requisitos seriam, já o dissemos, a situação de confiança legítima nos termos do ordenamento jurídico, a justificação dessa confiança traduzida em elementos objetivos e razoáveis, um investimento de confiança, expresso através por exemplo da entrega de valores ou interesses assentes nessa confiança e a imputação da situação de confiança criada ao terceiro, que por algum meio objetivo contribuiu para a criação dessa confiança pelo confiante.

Somos do entendimento que os referidos requisitos da tutela da confiança se verificam de forma abstrata e típica numa relação de administração. Com efeito, a sociedade entrega aos administradores a gestão dos seus bens e interesses sociais, contra o pagamento de uma remuneração, o que configura uma legítima situação de confiança e de investimento de confiança. Por outro lado, esta entrega deve-se ao facto de a sociedade estar convicta que os administradores se absterão de prosseguir os seus próprios interesses, promovendo os interesses societários, o que traduz da

²⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das sociedades...*, ob. cit., p. 451.

²⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das sociedades...*, ob. cit., p. 451.

²⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das sociedades...*, ob. cit., p. 451.

³⁰ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa-fé...*, ob. cit., pp. 1248 e ss.

justificação da confiança. Por fim, os administradores aceitam desempenhar o cargo de acordo com aquilo que é esperado pela sociedade, e ser remunerados, o que implica a imputação da situação de confiança criada a um ato daqueles.³¹

Mas a afirmação da tutela da confiança na relação de administração, impõe-se ainda pelo facto de a relação existente entre os administradores e a sociedade, configurar uma qualificada relação de fidúcia, carecida de uma especial proteção. De facto, o administrador de uma sociedade comercial, não se apresenta a esta como um comum e normal contraente. Pelo contrário, o administrador adquire um especial poder de decisão sobre o património e a “vida” da sociedade, necessário à concretização da finalidade de societária de maximização dos lucros. Porém, o administrador poderá conduzir esse mesmo poder discricionário para a satisfação de interesses pessoais, desvirtuando integralmente a sua finalidade. Situação agravada pelo facto de a relação de administração tender a perdurar no tempo, não sendo fácil a destituição do administrador.

Posto isto, será de afirmar que o dever de lealdade ganha uma particular intensidade e extensão na relação de administração, dado o facto de esta relação se apresentar como uma relação de confiança qualificada. O que nos leva a considerar que a lealdade se impõe na relação de administração, não apenas como um tradicional dever acessório de conduta correta, mas como um dever fundamental da relação de administração e um elemento que densifica o próprio conteúdo da prestação principal do administrador.³²

O dever de o administrador gerir a sociedade, implicará, por imposição da lealdade, que vá além da mera gestão criteriosa e ordenada, devendo em determinadas circunstâncias obter para a sociedade novas oportunidades de negócios, favoráveis e adequadas à promoção do interesse societário. Pois só nesse plano poderemos falar que o administrador cumpriu na integralidade os seus deveres principais para com a sociedade que administra e só nessa medida terá cumprido o dever de lealdade que tem para com esta.

³¹ No mesmo sentido, v. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., p. 89.

³² Em sentido próximo, v. REIS, Nuno Trigo dos, *Os Deveres de lealdade...*, ob. cit., pp. 357-358. Afirma o Autor que no âmbito da relação de administração, a lealdade “...assume um efeito definidor do conteúdo contratual.”

5. As dimensões do dever de lealdade

Comumente o dever de lealdade é definido genericamente como o dever de os administradores promoverem e realizarem os interesses da sociedade, procurando abster-se de prosseguir os interesses pessoais ou alheios em detrimento do interesse social.

Por outras palavras, o dever de lealdade é visto como tendo a finalidade de prevenir que o administrador se coloque numa situação de conflito de interesses e bem assim, de impedir o administrador de desatender ao interesse societário para satisfazer os seus próprios interesses ou os interesses alheios.

Para facilitar a compreensão e sistematização do dever de lealdade, a doutrina de um modo geral, tem entendido que o presente dever integra uma dimensão positiva e uma dimensão negativa.³³

Por dimensão positiva do dever de lealdade entende-se como a obrigação de o administrador prosseguir e realizar o interesse ou interesses sociais. Ao passo que tem-se entendido que a dimensão negativa do dever de lealdade consiste no dever de o administrador se abster de promover os seus interesses pessoais ou alheios, em prejuízo do interesse social.

O dever de lealdade integra em si mesmo, por um lado, uma obrigação genérica de *non facere* do administrador, de modo a que este omita os atos tendentes a satisfazer os interesses pessoais ou de terceiros, em detrimento do interesse social. (dimensão negativa)

Por outro lado, o dever de lealdade agrega ainda uma obrigação genérica de *facere* do administrador, no sentido de que este deve agir e atuar, de modo a realizar aquele que é o interesse social. (dimensão positiva)

Parte da Doutrina³⁴ tem entendido que o dever de lealdade se traduz primordialmente através de obrigações de *non facere*, ou seja de abstenção ou omissão de atos, ao contrário do dever de cuidado que consubstanciaria deveres de *facere*, o que implicaria uma atuação positiva do administrador.

³³ *Inter alia*, v. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., p. 90.

³⁴ COUTINHO DE ABREU advoga que o dever de lealdade dos sócios tem um conteúdo mais negativo do que positivo, V. ABREU, J. M. Coutinho de, *Deveres de Cuidado e de Lealdade...*, ob. cit., p. 22; v. MAGALHÃES, Vânia Patrícia Filipe, «*A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social*», RDS, Ano I (2009), n.º 2, Almedina, 2009, pp 399. Defende esta Autora que a maioria das manifestações do dever de lealdade integram-se na dimensão negativa, constituindo obrigações de *non facere*.

Não podemos acompanhar este pensamento, pois estamos em crer que o dever de lealdade contém no seu núcleo, uma significativa dimensão positiva, porventura de igual ou maior relevância do que a dimensão negativa. Com efeito, não podemos olvidar o conteúdo de sentido positivo inserto no dever de lealdade.³⁵

Assim, o dever de lealdade não expressa apenas a obrigação de o administrador se abster de prosseguir os interesses egoístas pessoais ou de terceiros, obriga de igual modo, o administrador a realizar positivamente o interesse societário, devendo para o efeito empreender e praticar todos os atos adequados a maximizar os fins da sociedade.³⁶

No que concerne em particular ao dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio, torna-se claro o nosso pensamento, atendendo que este dever integra não apenas uma dimensão negativa (*non facere*) mas igualmente uma importante dimensão positiva (*facere*). O dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio implica por um lado que o administrador omita ou se abstenha do comportamento de aproveitar a título individual ou alheio, aquelas oportunidades de negócio que proporcionariam relevantes ganhos sinérgicos para a sociedade.

No entanto, o sentido ético-jurídico ínsito no princípio de lealdade que conforma a relação de administração permite extrair deste uma vertente positiva, além da comum dimensão negativa.

Entendemos que o dever de lealdade que vincula os administradores exige destes a prática de atos objetivamente necessários à realização do interesse da sociedade. Com efeito, em determinado momento e circunstâncias, o dever de cuidado poderá exigir ao administrador que este adquira determinados conhecimentos técnicos sobre certo tema. Porém, é o dever de lealdade que imporá ao administrador que aplique efetivamente os conhecimentos técnicos adquiridos, em prol da melhor promoção dos interesses sociais.

Do mesmo modo, quando o administrador se depara com uma oportunidade de negócio, por imposição do dever de lealdade, este deverá abster-se de aproveitar

³⁵ Em sentido próximo, v. LARGUINHO, Marisa, *O dever de lealdade...*, ob. cit., p.

³⁶ Neste sentido, v. CÂMARA, Paulo, *O governo das sociedades e a reforma do Código das Sociedades Comerciais*, em *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, 2008, p. 36. Afirmo este Autor que o dever de lealdade constitui um “*limite endógeno à actuação do administrador, ao impedir a utilização dos poderes inerentes à titularidade do órgão social em ilegítimo proveito próprio ou de terceiro*”. Porém, escreve ainda o Autor que o dever de lealdade também deve “*ser lido, em sentido positivo, como o dever de aportar a maximização de benefícios em prol da sociedade, e não em proveito próprio ou de terceiros*”.

pessoalmente o negócio, e simultaneamente, deverá praticar os atos indispensáveis para que a sociedade possa aproveitar o negócio.

O dever de lealdade pode assim caracterizar-se também como um dever de comportamento positivo, na medida em que em face das circunstâncias concretas de cada caso, exige do administrador uma atuação e a execução de atos concretos.

De facto, o dever de lealdade não pode ser visto apenas como uma obrigação passiva, de nada fazer, que apenas pode ser violado com a prática de um ato pelo administrador.

O fundamento deste entendimento aqui veiculado prende-se, conforme já tivemos oportunidade de explicar, com o facto de a relação de administração demandar uma especial tutela da confiança investida pela sociedade nos seus administradores. Em consequência, a relação em causa exige um especial dever de lealdade, que tutele as legítimas expectativas da sociedade sobre a atuação futura dos seus administradores.

O dever de lealdade deve assim considerar-se, na sua dimensão negativa, como um limite aos poderes de gestão dos administradores e na sua dimensão positiva, como a “*estrela polar*”³⁷ que deverá guiar o exercício do poder de gestão do administrador no sentido da maior promoção possível daquele que é o verdadeiro interesse societário.³⁸

Defende CARNEIRO DA FRADA que é conveniente não confundir o dever de lealdade com o dever de administrar.³⁹ Porquanto, segundo o Autor, um bom administrador poderá em algum momento, ser desleal, do mesmo modo que um administrador leal pode não administrar convenientemente o património societário.

Apesar de aceitarmos a existência de um claro campo de autonomia do dever de lealdade em face do dever de cuidado, temos sérias dúvidas que um administrador desleal possa ser considerado um bom administrador. Pois se a atuação desleal implica, frequentemente, ou mesmo sempre, a produção de graves danos ou perdas de lucros para a sociedade, não vemos como é que se possa afirmar que o administrador geriu convenientemente o património da sociedade.

Ademais, não devemos ignorar a tendencial aproximação do dever de cuidado ao dever de lealdade, com a conseqüente interpenetração em certos casos do

³⁷ Para usar a expressão de COUTINHO ABREU, v. *Deveres de Cuidado e de Lealdade...*, ob. cit., p. 27.

³⁸ No mesmo sentido, v. CÂMARA, Paulo, *O governo das sociedades...*, ob. cit., pp 36.

³⁹ V. FRADA, Manuel Carneiro da, “*A business judgement rule...*”, ob. cit., p. 209.

conteúdo e aplicação dos deveres em causa.⁴⁰

No que respeita à questão da violação do dever de lealdade, enquanto dever geral, somos do entendimento que o mesmo constitui em si mesmo uma fonte autónoma de responsabilidade civil dos administradores. De facto, uma vez verificados os elementos de que depende a responsabilidade civil, os administradores responderão perante a sociedade, no caso de incumprirem, por ação ou omissão, culposamente, o dever de lealdade a que estão vinculados, nos termos do art.º 72.º, n.º1 do CSC.

Assim, o administrador responderá pelos danos causados à sociedade que decorram da prática de atos ou da sua omissão ilícita, sempre que tal configure uma violação do dever de lealdade, nos termos do art.º 64.º, n.º1 do CSC.

6. A consagração legal dos “deveres” de lealdade

O dever de lealdade dos administradores tem consagração expressa na lei, conforme acima referimos, mais propriamente no art.º 64., n.º 1 do CSC. Porém, a lei ao invés de adotar a terminologia no singular, optou por consagrar a expressão plural de “deveres de lealdade”. O que nos poderia levar a pensar que existem várias lealdades e vários de deveres. A nosso ver, parece-nos mais correto falar em dever de lealdade do que em “deveres” de lealdade. Porquanto, a lealdade é apenas uma e una, enquanto realidade dotada de um sentido ético-jurídico coerente e unitário no sistema jurídico. Ainda que se admita que dela irradiam diversos outros deveres que a visam concretizar. A razão da lei ter adotado a fórmula plural de “deveres” prende-se precisamente com o conteúdo plural que integra o dever de lealdade, de forma a não serem esquecidos os diversos deveres específicos que decorrem do dever de lealdade.

Apesar da bondade legislativa, consideramos que os deveres que decorrerem do dever de lealdade se traduzem em manifestações do dever geral de lealdade, o qual assume diversas formas de manifestação.

O legislador ao consagrar o dever de lealdade no art.º 64.º, n.º1, al. b) do CSC, adotou a técnica legislativa de cláusula geral.⁴¹ Pois, a redação dada ao referido normativo contém um elevado nível de abstração e indeterminação. Este método de

⁴⁰ V. LARGUINHO, Marisa, *O dever de lealdade...*, ob. cit., p. 198.

⁴¹ Neste sentido, v. REIS, Nuno Trigo dos, *Os Deveres de lealdade...*, ob. cit., p. 360 e ss.; v. LARGUINHO, Marisa, *O dever de lealdade...*, ob. cit., p. 194.

legislar acarreta para o interprete-aplicador, não raras vezes, grandes dificuldades de interpretação e concretização dos seus conceitos. No entanto, o uso de cláusula geral tem a vantagem de proporcionar uma maior elasticidade e flexibilidade ao sistema jurídico, na medida em que permite a sua aplicação a um maior número de situações insuscetíveis de serem todas previstas. De facto, a multiplicidade e pluralidade das situações factuais do dia-a-dia da vida de uma sociedade comercial, impede razoavelmente a previsão exaustiva de todos os casos que o dever de lealdade pretende ver regulados por si.

Assim, o legislador ao prever o dever de lealdade como cláusula geral delegou na doutrina e no interprete-aplicador a real tarefa de densificar e determinar o seu conteúdo, perante os contornos do caso concreto.

O melhor método de proceder ao preenchimento da cláusula geral é a criação de grupos de casos típicos, de modo tornar visível a extensão e os contornos do dever de lealdade dentro do sistema jurídico. Estes grupos de casos não são ainda o caso concreto a ser decidido, mas implica já uma grande aproximação do dever geral à factualidade casuística. Esta agregação de vários casos sobre a cúpula de um caso típico ou padrão tem a vantagem de facilitar o estudo e o aprofundamento científico sobre o tema, permitindo em última análise uma aplicação séria e consolidada ao caso concreto. Da existência de cada constelação de casos é possível a criação de uma norma de conduta que sintetize e expresse o sentido ético-jurídico em que assenta o caso típico, o que possibilita a emissão de um comando de conduta para os sujeitos jurídicos, *maxime* o administrador, destinatário da presente normatividade.

Disto isto, cumpre proceder a uma maior concretização do que deve entender-se por dever de lealdade.

De um modo geral, entende-se que o administrador respeita o dever de lealdade para com a sociedade, quando se comporta com correção nos negócios celebrados com esta, não concorre diretamente com a sociedade, aproveita as oportunidades de negócio societárias em benefício dela e bem assim, sempre que não abusa dos bens e informações da sociedade, nem do estatuto e cargo de administrador.

O dever de lealdade, enquanto dever geral, integra dentro de si diversos deveres específicos, que impõem um comando de conduta concreto e objetivo.

De entre esse leque de deveres específicos, alguns têm consagração legal com *nomen iuris* e regulação jurídica, ao passo que outros desses deveres são completamente ignorados pelo legislador. No primeiro conjunto temos com deveres

nominados e tipificados legalmente, o dever de não concorrência⁴² e o dever de não negociar com a sociedade⁴³. No segundo grupo de casos temos, *inter alia*, o dever de não aproveitamento das oportunidades de negócio.

Assim, o dever de não concorrência, o dever de não abusar de informações societárias, o dever de não negociar com a sociedade, o dever de não utilizar em benefício pessoal os meios da sociedade, o dever de não abusar da sua posição ou estatuto e o dever de não aproveitamento das oportunidades de negócio societárias, constituem cada um deles, uma materialização do dever geral de lealdade.⁴⁴

Entendemos assim, que o dever de não aproveitamento das oportunidades de negócio societárias é uma concretização imediata do dever de lealdade, tendo neste o seu fundamento dogmático.

Apesar de o nosso estudo ter como objeto o dever de não aproveitamento das oportunidades de negócio societárias, é imperativo primeiramente abordar, ainda que de forma perfunctória, o dever de não concorrência, dada a proximidade com o dever de não apropriação. Poderíamos ser levados a pensar que o estudo do dever de não aproveitamento das oportunidades de negócio societárias se bastaria com o desenvolvimento aprofundado e isolado dos seus traços e características. A verdade, é que só poderemos alcançar um nível mais elevado de compreensão deste dever, se delimitarmos previamente os limites e o campo de aplicação do dever de não concorrência. Pois só da articulação e do preciso posicionamento sistemático do dever de não concorrência, será possível descortinar a função e o território de aplicação próprio do dever de não aproveitamento das oportunidades de negócio societárias, e em especial, desvendar da utilidade (ou inutilidade) deste dever no plano nacional.

⁴² V. arts.º 254.º, n.º 1, 398.º, n.º3 e 428.º

⁴³ V. arts.º 397.º, n.º 1 e 428.º

⁴⁴ V. ABREU, J. M. Coutinho de, *Deveres de Cuidado e de Lealdade...*, ob. cit., p. 23.

Capítulo II. Figura Próxima: o Dever de Não Concorrência

1. Breve enquadramento histórico

Em princípio, os administradores estão vinculados a um dever de não exercerem, por conta própria ou alheia, atividade concorrente com as atividades da sociedade que administram, salvo consentimento desta.

Com efeito, a proibição de concorrência dos gestores comerciais é um instituto secular no direito comercial nacional. Já no Código Comercial de 1833, mais conhecido por Código Ferreira Borges, se estabelecia no art.º 148.º, que o gerente de estabelecimento comercial ou fabril, denominado na época de feitor, estava proibido de “*negociar por conta própria tomar interesse debaixo de seu nome ou alheio em negociações do mesmo género ou espécie da sua feitoria*”.⁴⁵

Tal oneração do feitor justificava-se na época em razão da confiança depositada neste pelo proponente e bem assim na prevenção de situações de conflitos de interesses, evitando assim que o feitor privilegiasse os seus interesses pessoais, desprezando a promoção dos interesses que lhe haviam sido confiados.

O Código Comercial de 1888, veio manter esta proibição de concorrência em relação aos feitores e estendeu a mesma proibição em relação aos administradores (denominados à data de diretores) das sociedades anónimas.

2. O conceito de “atividade concorrente”

Na atualidade, encontramos igualmente consagrada na lei a proibição de concorrência para os gestores e administradores de sociedades comerciais. Porém, dependendo do tipo societário, o conceito do que deve entender-se por atividade concorrente varia.

Com efeito, em relação às sociedades em nome coletivo, consagrou-se no art.º 180.º, n.º 3, do CSC, o seguinte:

“Entende-se como concorrente qualquer atividade abrangida no objeto da

⁴⁵ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine)*, Parte II: *Direito Português*, em *Revista de Direito das Sociedades*, Ano 5º, 2013 – 3, pp. 750.

sociedade, embora de facto não esteja a ser exercida por ela.”

No n.º 1 do art.º 180.º prescreve-se que todos os sócios, e não apenas os sócios gerentes, estão proibidos de exercer atividade concorrente, estando-lhes vedado o exercício de atividade, na qualidade de sócio, em qualquer outra sociedade de responsabilidade ilimitada. Tal regime é aplicável também às sociedades em comandita por remissão do art.º 477.º.

De igual modo, em relação às sociedades por quotas, está também prevista no art.º 254.º n.º 1, a proibição de concorrência para os seus gerentes. Mas, contrariamente ao regime que se encontra estabelecido para as sociedades em nome coletivo, a lei estabelece uma diversa densificação do conceito de atividade concorrente para as sociedades por quotas. Assim, preceitua-se no art.º 254.º que:

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

Tal regime é também aplicável às sociedades anónimas, por remissão do art.º 398.º n.º 5 do CSC.

Da análise comparativa dos dois regimes, extrai-se que enquanto para as sociedades em nome coletivo o critério a considerar para aferir da existência de atividade concorrente, é o objeto social, independentemente do exercício efetivo da atividade, ao passo que para as sociedades por quotas e anónimas, o critério assenta no exercício efetivo atual ou iminente da atividade societária.

Conquanto, encontramos a posição isolada de SOVERAL MARTINS⁴⁶, que considera que a violação da proibição de concorrência só ocorrerá quando a atividade exercida pelo administrador coincidir com alguma das atividades abrangidas pelo objeto social. Assim, para o Autor, na ausência desta exata coincidência entre a atividade exercida pelo administrador e alguma das atividades definidas no objeto social, não haverá qualquer violação da proibição de concorrência. Deste modo, no caso de a sociedade exercer efetivamente uma atividade que apesar de tudo extravasa o objeto social, o administrador que venha a exercer a mesma atividade, não violará o dever de não concorrência. Este pensamento é sustentado no argumento literal da lei, ao considerar que a expressão “objeto” que consta do art.º 254.º significa

⁴⁶ V. MARTINS, Alexandre Soveral, *O exercício de actividades concorrentes pelos gerentes de sociedades por quotas*, em *Boletim da Faculdade de Direito*, 1996, pp. 330 e ss.

objeto social e não objeto de facto.⁴⁷

Por outro lado, o outro argumento avançando prende-se com o facto de os atos praticados fora do objeto social pelo administrador, constituírem atos ilícitos por violação do prescrito no art.º 6.º, n.º 4.

A verdade é que os argumentos aventados são frágeis e facilmente refutáveis. Razão pela qual a restante parte da doutrina defende a tese contrária⁴⁸. Com efeito, o argumento literal não convence, atendendo que o elemento teleológico aponta no sentido oposto, isto é, a *ratio* da norma teve em vista prevenir as situações de concorrência real e efetiva entre o administrador e a sociedade que administra, concorrência esta que seria especialmente danosa para sociedade, quando respeitasse à atividade exercida por esta, dado o papel preponderante do administrador.

De igual modo, não pode colher o argumento assente no art.º 6, n.º 4. Porquanto, os atos praticados para além do objeto social são igualmente imputáveis à sociedade comercial, respondendo por eles os seus administradores. Pelo que, seria destituído de sentido, ou até caricato, que o administrador se pudesse escudar da violação do dever de não concorrência, mediante a invocação da ilicitude dos atos por si praticados, enquanto administrador da sociedade.⁴⁹

Assim, somos da opinião que o administrador de uma sociedade anónima não violará o dever de não concorrência, se exercer atividade concorrente com atividade não efetivamente exercida pela sociedade. Mas já violará a proibição de concorrência aquele administrador que desenvolver atividade concorrente com atividade exercida pela sociedade que administra, ainda que esta extravase o objeto social que está definido, conforme referido.

Por outras palavras, o administrador só violará a nosso ver a proibição de concorrência, em três situações.

Em primeiro plano, sempre que o administrador exercer por conta própria ou

⁴⁷ V. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., p. 94. O Autor apesar de afirmar que o conceito de atividade concorrente previsto no art.º 254.º não abrange inequivocamente, uma atividade que a sociedade exerce mas extravasa o objecto social, acaba por concluir que ainda assim, o administrador que exerça atividade concorrente com aquela, age em conflito de interesses e por essa via viola o dever de lealdade, na modalidade do dever de não concorrência, por aplicação direta do art.º 762.º, n.º 2 do CC.

⁴⁸ V. VENTURA, Raúl, *Sociedades por quotas*, Vol. III, 3ª ed., Almedina, 2006, p. 59; v. ABREU, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Almedina, 2010, p. 29. V. CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das sociedades comerciais*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 533.

⁴⁹ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, ob. cit., pp. 757-758.

alheia, qualquer atividade incluída no objeto comercial e cumulativamente a mesma se encontre a ser desenvolvida pela sociedade, haverá clara violação do dever de não concorrência.

Em segundo lugar, haverá igualmente violação do dever de não concorrência, quando o administrador exercer, por conta própria ou alheia, atividade que vem sendo exercida efetivamente pela sociedade, mas apesar de tudo não se encontra abrangida pelo objeto comercial.

Em terceiro lugar, haverá violação do dever de não concorrência pelo administrador quando este inicie atividade que apesar de ainda não estar a ser exercida pela sociedade e extravasar o objeto social, já exista deliberação dos sócios sobre o seu futuro exercício.

Surge, no entanto, a questão de saber se se verificará a violação da proibição de concorrência pelo administrador que inicia o exercício de determinada atividade que a sociedade já havia planeado vir a desenvolver no futuro, através da sua administração ou comissão executiva, apesar de não ter havido ainda deliberação dos sócios.

Apesar da lei não resolver diretamente o presente problema, não nos afigura razoável que a sociedade se encontre desprotegida até ao momento em que se verifique a deliberação dos sócios.

Pelo que, não temos dúvidas em afirmar que será ilícita a atuação de um administrador que conhecendo, ou não devendo ignorar, que a sociedade planeou iniciar o desenvolvimento de uma nova atividade, decide tomar a iniciativa de realizar, em proveito pessoal, negócios nesse mesmo domínio.

Pois numa situação abstrata como a presente, o administrador atuou seguramente em conflito de interesses, tendo em consequência violado, com culpa, o dever de lealdade, enquanto dever geral de conduta.

Para A. BARRETO MENEZES CORDEIRO⁵⁰, a solução a dar a estes casos deverá passar pela aplicação analógica do regime previsto para o dever de não concorrência. O Autor defende a sua posição com base no argumento da proximidade entre as situações e nos valores de transparência e segurança que resultam da aplicação de um regime já positivado.

No entanto, não nos parece que neste caso seja correto falar em violação do dever de não concorrência, atendendo ao facto de a sociedade ainda não se encontrar

⁵⁰ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., p. 762.

a exercer a atividade nem de facto, nem *de iure*, nem existir qualquer deliberação dos sócios sobre a mesma.

Assim, na nossa visão, esta situação, não poderá considerar-se abrangida pelo dever de não concorrência, na medida em que a atividade iniciada pelo administrador, não é exercida pela sociedade, nem o seu exercício foi ainda decidido.

Parece-nos que será forçado defender-se a existência de concorrência, quando ainda não existe qualquer exercício, ou sequer decisão de exercício futuro de atividade (pela sociedade). Sendo certo que este exercício de atividade pode muito bem, nunca vir a ocorrer, assim como a sua decisão de exercício pela sociedade, pode nunca se verificar.

Note-se que o conceito de “atividade concorrente” plasmado no art.º 254.º do CSC não compreende claramente a situação de atividade meramente planeada pela sociedade. Pelo que, um entendimento contrário, implicaria o alargamento do dever de não concorrência para um campo que o legislador não quis manifestamente abranger no art.º 254.º.

Consideramos porém, correta a aplicação do art.º 762, n.º2 do CC e do art.º 64.º do CSC, para fundamentar a atuação contrária ao dever de lealdade por parte do administrador.

Assim, somos do entendimento que perante a factualidade acima apresentada, a violação do dever de lealdade deverá ser analisada sob o prisma do dever de não apropriação de oportunidades societárias. Porquanto, decorrerá, não da violação do dever de não concorrência, mas da violação do dever específico de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias.⁵¹

De facto, viola o dever de não aproveitamento de oportunidades societárias, o administrador que conhecendo os planos da sociedade de alargar o ramo de negócio para outro domínio, realiza negócios em proveito pessoal nesse campo de atividade.

Veja-se por exemplo, o caso de uma empresa que se dedica à distribuição

⁵¹Contra, v. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., p. 95, apesar de considerar que o conceito de atividade concorrente enunciado no art.º. 254.º, n.º 2, “*não abrange igualmente uma atividade correspondente a uma atividade que a sociedade planeava exercer e cujo exercício não tenha sido deliberado pela coletividade dos sócios*”. Porém, o autor conclui que devido à atuação do administrador em conflito de interesses, verifica-se uma violação do dever de lealdade, na modalidade de violação do dever de não concorrência, por aplicação direta do art.º. 762.º n.º 2 do CC. Curiosamente o Autor, a propósito da apresentação do caso padrão de oportunidades societárias de prática de um ato isolado de concorrência, o Autor considera que é de integrar no âmbito do dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio, a presente situação em que existe previamente um planeamento da sociedade em exercer a atividade.

alimentar por grosso a retalhistas (*cash and carry*) em Portugal Continental, tendo a administração planeado adquirir um armazém central na ilha da Madeira, essencial ao alargamento do negócio para este novo território. Um dos seus administradores, conhecendo os planos da sociedade, decide antecipar-se e adquire em proveito próprio, o referido armazém, de modo a iniciar o negócio de distribuição alimentar na ilha da Madeira.

Num caso destes não temos dúvidas em considerar que o administrador violou o seu dever de não apropriação em benefício próprio das oportunidades pertencentes da sociedade.

Consideramos que é duplo o fundamento que atribui à sociedade o domínio sobre oportunidade de negócio, concretamente prendem-se com o facto de a sociedade já ter manifestado interesse na aquisição do negócio e por outro lado, na tomada de conhecimento da oportunidade pelo administrador mediante a utilização de informação contida nos planos ou investimentos realizados pela sociedade. Pois será comum a realização de estudos ou trabalhos preparatórios. Mas ainda que tais estudos não existam, haverá sempre um mero planeamento por parte da administração ou comissão executiva de aproveitar futuramente determinada oportunidade de negócio, os quais acabam por chegar ao conhecimento do administrador.

Ademais, este investimento por parte da sociedade na realização do novo projeto ou alargamento da atividade para um novo domínio, fundamenta a obrigação de o administrador se abster de aproveitar em benefício pessoal a oportunidade, sobre a qual a sociedade já expressou o seu interesse de vir a prosseguir no futuro.

3. O ato isolado de concorrência

Uma questão fundamental sobre a qual se tem debruçado a nossa Doutrina que se dedica à proibição de concorrência, prende-se com a situação de saber se os atos isolados de concorrência podem ser abrangidos pelo dever de não concorrência.

Em resposta, os Autores dividem-se entre aqueles que defendem a recondução dos atos isolados à proibição de concorrência e entre aqueles que negam tal relação.

Assim, para SOVERAL MARTINS⁵² e CAETANO NUNES⁵³ a prática de um ato isolado de concorrência pelo administrador não pode jamais implicar a violação do dever de não concorrência. Defendem estes Autores que o ato isolado de concorrência não está abrangido pelo conceito de atividade concorrente plasmado no art.º254.º, n.º 2 do CSC, dado que este conceito exige a existência de um conjunto de atos, pressupondo uma continuidade que não encontramos na prática de um ato isolado.

Para RAUL VENTURA⁵⁴, NUNO TRIGO REIS⁵⁵ e MENEZES CORDEIRO⁵⁶, a prática de um ato isolado de concorrência pode implicar a violação do dever de não concorrência. Para estes Autores só em concreto, perante os contornos do caso e do tipo de atividade desenvolvida pela sociedade será possível afastar a aplicação do dever de não concorrência.

Cumprir tomar partido nesta demanda. Consideramos que a razão está nesta última posição doutrinária. Com efeito, a defesa exacerbada do elemento literal contido no conceito de “atividade” concorrente, levar-nos-ia a uma questão de difícil solução que é a de saber afinal quantos atos seriam necessários para se verificar a suposta continuidade, pressuposta no conceito de atividade.

De facto, existem casos, que não temos dúvidas em afirmar que a prática de um único ato de concorrência é por si só tão significativo, que é suficiente para preencher o conceito de atividade concorrente e para podermos concluir pela violação do dever de não concorrência.

Olhemos por exemplo, o caso de uma pequena sociedade que se dedica à intermediação imobiliária, a qual atravessa um período de escassez de vendas no negócio. Um dos seus administradores aliena um imóvel de luxo, em proveito pessoal, na área de atuação da sociedade.

Assim, em certas circunstâncias especiais de mercado, atendendo à dimensão da empresa e às consequências efetivas da prática de um ato de concorrência, entre outros fatores relevantes, consideramos que a prática de um ato isolado preenche o conceito de atividade, sendo por conseguinte abrangido pela proibição de concorrência. Porém, consideramos que esta não será a situação mais típica.

Em nosso entendimento, a prática de um ato isolado de concorrência implicará

⁵² V. MARTINS, Alexandre Soveral, *Código das Sociedades Comerciais em comentário, Anotação ao artigo 398.º*, Vol. VI, Almedina, 2013, pp. 343 e ss.

⁵³ V. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., p. 94.

⁵⁴ V. VENTURA, Raúl, *Sociedades por quotas*, ob. cit., p. 56.

⁵⁵ V. REIS, Nuno Trigo dos, *Os Deveres de lealdade...*, ob. cit., p. 376.

⁵⁶ V. CORDEIRO, António Menezes, *Direito das sociedades*, vol. II, ob. cit., p. 431.

primeiramente a violação do dever de não apropriação de oportunidades de negócio, podendo eventualmente, traduzir também a violação do dever de não concorrência, se estiverem verificados certos requisitos *supra* referidos.⁵⁷

Somos da opinião que a prática de um ato isolado de concorrência implicará por via de regra, a violação do dever de não apropriação de oportunidades societárias, sempre que se verifique um aproveitamento indevido uma oportunidade de negócio com estreita conexão (em concorrência) com a atividade da sociedade. Sendo certo que tal ato isolado só eventualmente, é que poderá constituir também uma violação da proibição de não concorrência.

4. A relação de autonomia entre os deveres

A doutrina alemã, entre outros ordenamentos, tem vindo a debater-se sobre a caracterização e a definição da relação que se estabelece entre o dever de não concorrência e o dever de não aproveitamento de oportunidades societárias.

Seguindo A. BARRETO MENEZES CORDEIRO⁵⁸, diríamos que as várias teorias expostas se agregam em três grupos:

–tese da absorção do dever de não concorrência pelo dever de não aproveitamento;

–tese da absorção do dever de não aproveitamento pelo dever não concorrência;

–tese da autonomia e complementaridade entre os deveres.

O expoente máximo da defesa da teoria da absorção do dever de não concorrência pelo dever de não aproveitamento foi KLAUS HOPT⁵⁹. Na perspetiva deste Autor, o exercício de uma atividade concorrente com a da sociedade integrará sempre o âmbito mais vasto do dever de não apropriação de oportunidades societárias.

⁵⁷Em sentido próximo, V. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., p. 94. Em sentido contrário, v. REIS, Nuno Trigo dos, *Os Deveres de lealdade...*, ob. cit., pp. 376. Este Autor advoga que a prática de um ato isolado de concorrência pode não representar a apropriação ilícita de uma oportunidade de negócio societária. Sem prejuízo de maior desenvolvimento que faremos infra, devemos referir que não podemos concordar com esta posição, pelo motivo de a prática de um ato isolado de concorrência, se traduzir na realização de um negócio com uma conexão estreita com a atividade da sociedade, razão pela qual será de qualificar tal situação como oportunidade de negócio societária.

⁵⁸ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. Cit., 764 e ss.

⁵⁹ V. HOPT, Klaus J., *Self-dealing and the Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Directors' Conflicts of interests*, em *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analysis on Corporate Social Responsibility*, de Gruyter, Berlim, 1985, p. 300.

Temos como formalmente válida a proposição proposta pelo Autor. Pois, sendo a atividade de concorrência composta afinal por um aglomerado de atos isoladamente concorrenciais com a atividade da sociedade, tal implica que se possa formalmente concluir que o conceito de oportunidade societária abrange, logicamente, a atividade concorrencial. O que levaria à conclusão da absorção total do dever de não concorrência pelo dever de não aproveitamento.

Apesar da atração do raciocínio lógico avançado, cremos que será, ainda assim, de rejeitar a receção desta posição formalista no seio do direito interno. Devendo pelo contrário defender-se a existência de um espaço de autonomia de cada dever em face do outro, concluindo assim pela complementaridade na aplicação dos dois deveres.⁶⁰

De facto, consideramos que será de adotar o entendimento subjacente ao terceiro grupo de teorias que recusa a absorção formal mútua entre os deveres em causa.

Tanto o dever de não concorrência, como o dever de não apropriação de oportunidades societárias, são manifestações do vasto dever de lealdade. Pelo que não seria substancialmente correto considerar o dever de não concorrência como uma materialização do dever de não apropriação de oportunidades societárias.

Ademais, seria pouco razoável afirmar que o secular dever de não concorrência emana afinal de um dever (*corporate opportunities*) que até há cerca de uma década atrás, era desconhecido pela Ciência Jurídica portuguesa. E mesmo no momento presente, acreditamos que o dever de não apropriação ainda se encontra numa fase de integração e consolidação no âmbito do sistema jurídico nacional.⁶¹

Apesar da admissibilidade da existência de alguma sobreposição dos campos de aplicação dos dois deveres, certo é que cada dever tem um campo de aplicação próprio. No que respeita ao dever de não apropriação, verifica-se que existem diversas oportunidades societárias que não integram manifestamente o conceito de atividade concorrente. Tal como dificilmente o conceito de oportunidade de negócio societária consegue compreender toda a dimensão e conteúdo material da atividade concorrencial, sem a forçosa e artificial desagregação em atos isolados.

Com efeito, a amplitude temporal e a abrangência do campo de aplicação de cada dever varia, o que resulta numa vigência e extensão diferentes.

⁶⁰ V. GRUNDMANN, *Der Treuhandvertrag insbesondere die werbende Treuhand*. München 1997: Beck, p. 443.

⁶¹ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., p. 765.

No que concerne ao dever de não apropriação de oportunidades de negócio, constatamos que este dever vincula o administrador mesmo depois da cessação da relação de administração com a sociedade. No entanto, a proibição só existirá em relação aquelas oportunidades que o administrador tomou conhecimento durante o período em que esteve ao serviço da sociedade, na qualidade de seu representante.⁶²

Por outro lado, o dever de não concorrência já se revela incapaz de responsabilizar o administrador, pela apropriação a título pessoal, de uma oportunidade de negócio que, por exemplo, ofereceria ganhos sinérgicos à sociedade.

Por fim, sempre se diga que a sobreposição do dever de não concorrência e do dever de não aproveitamento em relação a certo grupo de casos (*maxime* nas situações de prática de um ato isolado de concorrência), não tolhe o reconhecimento de espaços próprios de aplicação dos deveres em causa. O que permite poder afirmar-se que os dois deveres se complementam, permitindo assim uma maior coerência e completude do sistema jurídico na resolução a dar aos futuros litígios de conflitos de interesses.

⁶² V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., p. 776.

Capítulo III. O Dever de Não Apropriação de Oportunidades Societárias

1. Enquadramento factual

A emanção do dever de não apropriação de oportunidades societárias do dever de lealdade é consensual entre a doutrina. Porém, cumpre compreender profundamente quais as situações que reclamam efetivamente a aplicação do dever específico de não apropriação de oportunidades societárias. Para o efeito de ser encontrada a melhor solução a dar aos casos concretos.

Assim, consideremos alguns exemplos de casos para uma melhor compreensão da factualidade que demanda a aplicação do dever em análise:

- Um administrador de uma sociedade que se dedica à exploração mineira, utiliza o pessoal, maquinaria e demais equipamentos da sociedade para fazer a prospeção de uma jazida de sal-gema num terreno. Uma vez descoberta a jazida de sal-gema, o administrador adquire o terreno para si próprio.

- No âmbito de uma reunião da administração, um administrador ao tomar conhecimento do interesse da sociedade de produção de fármacos, em adquirir os direitos de produção de um novo fármaco, decide adquirir pessoalmente o negócio em causa.

- Um administrador, ao tomar conhecimento dos planos da sociedade em expandir as suas instalações fabris para os terrenos contíguos, adquire a título individual os referidos terrenos adjacentes.

- Uma sociedade de distribuição alimentar inicia negociações tendentes à aquisição de algumas lojas no Algarve. Um dos administradores, em reunião de negócios, ao conhecer os termos da negociação, acaba por adquirir para si próprio as referidas lojas.

- Um administrador de uma sociedade produtora de refrigerantes recebe uma proposta de uma sociedade concorrente, referente à aquisição de uma participação social relevante no capital social desta sociedade. O administrador ao invés de comunicar a proposta à sociedade que administra, compra para si a participação da sociedade concorrente.

Perante todas as hipóteses acabadas de enunciar, há uma questão que se impõe

fazer, nomeadamente a de saber qual é a responsabilidade do administrador em face da sociedade, em cada caso. Porém, para responder a esta questão, cumpre em primeiro lugar, encontrar um critério capaz de delimitar quais as oportunidades que pertencem à sociedade de entre todo o universo de possíveis oportunidades de negócio. Pois só em relação àquelas oportunidades que considerarmos como pertencentes da sociedade, é que se poderá afirmar a responsabilidade do administrador no seu desvio.

2. Origem da doutrina das oportunidades societárias

Para solucionarmos o problema de saber quais as oportunidades de negócio que devem considerar-se “propriedade” da sociedade, temos de indagar a existência de regras que permitam, com a maior adequação possível, a separação entre as oportunidades societárias das oportunidades não societárias.

Neste sentido, será de toda a relevância e conveniência, debruçarmo-nos por agora, nos vários critérios clássicos criados no âmbito do ordenamento estadunidense, dado que foi a Ciência Jurídica Estadunidense, que deu mais contributos para a solução do presente problema. Com efeito, do notável tratamento dado pela jurisprudência norte-americana ao presente tema, resultaram importantes teorias (*tests*) que contribuíram para a consolidação e aperfeiçoamento gradual da doutrina das oportunidades societárias. As três principais teorias criadas foram: a teoria do interesse ou da expectativa; a teoria da linha de negócio e a teoria da justiça. Repare-se que estas teorias não eram antagónicas entre si, o que levou a não raras vezes serem aplicadas cumulativamente pelos tribunais. Mais tarde, surgiria ainda a teoria de BRUDNEY e CLARK e a teoria do *American Law Institute*.

2.1 Teste do interesse ou da expectativa

A teoria do interesse ou da expectativa (*interest or expectancy test*) foi o primeiro teste a ser construído pela Jurisprudência norte americana, com o fim de esclarecer quais as oportunidades de negócio que pertenceriam à sociedade. Esta teoria foi firmada jurisprudencialmente pela primeira vez em 1900, no conhecido caso judicial

*Lagarde v. Anniston.*⁶³

Nesta decisão determinou-se expressamente que os administradores das sociedades comerciais estão sujeitos aos mesmos deveres vigentes nas relações fiduciárias, em especial ao dever de lealdade, na medida em que proíbe o administrador de perseguir os interesses pessoais em detrimento do interesse social.

A presente teoria do *interest or expectancy*, baseava-se no princípio de que o administrador de uma sociedade estava impedido de prosseguir uma oportunidade de negócio, quando a sociedade por si administrada já possuísse, previamente, um interesse jurídico ou uma expectativa juridicamente protegida.⁶⁴

Podendo ler-se, a este respeito, a celebre frase afirmada no acórdão *Lagarde v. Anniston*:

*"[I]n general the legal restrictions which rest upon such officers in their acquisitions are generally limited to property wherein the corporation has an interest already existing, or in which it has an expectancy growing out of an existing right, or to cases where the officers' interference will in some degree balk the corporation in effecting the purposes of its creation."*⁶⁵

A verdade é que este critério encontrado pela jurisprudência revelou ser demasiado restrito e insipiente na busca da fronteira entre aqueles negócios pertencentes da sociedade, daqueles outros que os administradores podem legitimamente aproveitar. De facto, se a teoria em causa não requer a existência de um direito, tal e qual, também não lhe basta a existência de uma mera expectativa da sociedade.⁶⁶

Analisando o caso, a *Anniston Lime & Stone Co*, era uma sociedade comercial que se dedicava à exploração de pedreiras e à produção de cal. Em 1896, a *Anniston* entrou em negociações com vista à aquisição de terrenos com interesse para a exploração comercial da sociedade, tendo adquirido um terço desses terrenos. Em relação a outro terço das propriedades a *Anniston* firmou apenas um acordo com vista à compra futura dos terrenos, mais propriamente um contrato promessa. Posteriormente, *Jonh* e *Louis Lagarde*, acionistas e administradores da *Anniston*, apercebendo-se da oportunidade de negócio, compraram para si próprios, os

⁶³ 28 So 199-202 (Ala 1900).

⁶⁴ V. JACKON III, John E, *Corporate Opportunity Doctrine: A Historical View with a Proposed, The*, 53, Mo. L. Rev. (1988), pp. 396 e ss.

⁶⁵ 28 So. At 201.

⁶⁶ V. BRUDNEY, Victor e CLARK, Robert C., *A new look at corporate opportunities*, 94 Harvard L. Rev. (1981), pp. 997-1062, 1013-1014.

restantes dois terços das referidas propriedades.⁶⁷

O tribunal decidiu que a *Anniston* tinha um interesse já existente apenas em relação ao terço de terras, sobre o qual tinha firmado um contrato promessa de compra, inexistindo porém, qualquer interesse ou expectativa em relação ao terço de terras remanescente. Deste modo, para o tribunal os administradores *Lagarde* apenas tinham violado o seu dever de lealdade no que respeita à aquisição daquele terço de terrenos, abrangido pelo prévio contrato promessa. Afirmando mesmo que, relativamente ao um terço remanescente, tal não era necessário para a continuação da atividade da empresa e por outro lado, a compra do mesmo pelos administradores não prejudicava em nada a sociedade.⁶⁸

Percebe-se que o Tribunal está correto no que respeita à primeira parte da decisão, ao concluir pela violação do dever de lealdade dos administradores. Até porque não seria preciso a existência de uma teoria explícita no âmbito do direito societário para concluir pela ilicitude do ato praticado pelos administradores *Lagarde*. Porquanto, a *Anniston* já se encontrava suficientemente protegida pelo direito dos contratos, atendendo que a mesma havia celebrado um contrato promessa com a contraparte no respeitante a esse terço de terras, o que lhe permitia ter um direito de opção de compra das mesmas. No entanto, repudia a solução encontrada pelo tribunal no que concerne ao restante terço das propriedades, sobre o qual a *Anniston* tinha apenas iniciado meras negociações preliminares.⁶⁹

Com efeito, era neste preciso ponto que se esperaria uma solução que de algum modo impedisse o desvio da oportunidade de negócio da sociedade pelo seu Administrador. A verdade é que o Tribunal decidiu que a expectativa da *Anniston* em adquirir o último terço não podia ser considerada, uma vez que tal expectativa não era suportada por nenhum contrato. Sendo certo que a *Anniston* tinha efetivamente todo o interesse na aquisição do restante terço, dada a clara existência de ganho de sinergias e desenvolvimento da atividade.

Por outro lado, o tribunal desconsiderou ainda o facto de a aquisição de parte das propriedades pelos administradores fazerem destes, de algum modo, concorrentes da própria sociedade que administravam, relativamente aos recursos em exploração naquele local. Ignorando ainda o facto de esses mesmos administradores beneficiarem de um conhecimento privilegiado, relativo às informações internas e

⁶⁷ V. JACKON III, John E, *Corporate Opportunity Doctrine...*, ob. cit., pp. 396-397.

⁶⁸ V. JACKON III, John E, *Corporate Opportunity Doctrine...*, ob. cit., p. 397.

⁶⁹ V. TALLEY, Eric e HASHMALL, Mira, *The Corporate Opportunity Doctrine*, February (2001) pp. 4-5.

estratégicas da sociedade, em possíveis e eventuais negociações futuras daqueles recursos.⁷⁰

Uma das contundentes e certas críticas que foram deduzidas contra esta teoria é precisamente a sua insuficiência ou mesmo inutilidade, pois na esmagadora maioria dos casos, para não dizer todos, a sociedade já se encontra grandemente protegida pelo direito dos contratos, da incursão oportunista dos seus administradores. Servindo assim de pouca utilidade a presente teoria na proteção do interesse social.

Assim, de acordo com a construção firmada pelo Acórdão *Lagarde v. Anniston*, o pressuposto em que se baseia a teoria do interesse ou expectativa é a existência de uma verdadeira situação jurídica ativa na titularidade da sociedade. Repare-se que não se trata de exigir a presença de um direito subjetivo mas de uma situação jurídica relevante previamente existente na esfera jurídica da sociedade.⁷¹

Por outro lado, de acordo com a mesma teoria, não será suficiente para se concluir pelo desvio de uma oportunidade de negócio pelo administrador, no caso de a sociedade possuir apenas um mero desejo ou vontade, ainda que revelada, na realização do negócio.

Em 1941, o Supremo tribunal da Florida, aplicou o teste do interesse ou expectativa no caso *News-Journal Corp. v. Gore*.⁷² Em causa estava o facto de o administrador da sociedade *News-Journal Corp* ter comprado um conjunto de imóveis, sendo certo que um dos lotes desses imóveis estava arrendado à sociedade que administrava e um outro lote estava cedido a título gratuito também à mesma sociedade. Subsequentemente ao ato de compra dos referidos imóveis, o administrador aumentou o valor da renda do primeiro lote e começou cobrar renda em relação ao segundo lote de imóveis.⁷³

O tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a situação em causa, tendo concluído que o administrador tinha violado os seus deveres fiduciários para com a sociedade que administrava, uma vez que a sociedade tinha um interesse jurídico preexistente em relação à aquisição dos dois lotes de imóveis que a sociedade detinha

⁷⁰ Neste sentido, v. EPSTEIN, Richard A., *Contract And Trust In Corporate Law: The Case Of Corporate Opportunity*, 21 *Delaware Journal of Corporate Law* 1 (1996), pp. 20 e ss.

⁷¹ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine)*, Parte I: Introdução – Direito Estado-unidense – Direito Inglês, em *Revista de Direito das Sociedades*, Ano 5º, 2013 – 3, pp. 609-610.

⁷² 147 Fla. 217, 2 S. (2d) 741 (1941).

⁷³ V. RAMSEY, Richard M., *Director 's Power to Compete with His Corporation*, em *Indiana Law Journal*: Vol. 18:4, Article 4 (1943), pp. 295-296.

o gozo.

Com efeito, o dever de lealdade impede que o administrador de uma sociedade adquira, a título pessoal, a propriedade de um bem, que sabe que a sociedade tem o interesse ou a expectativa de vir adquirir no futuro. Pelo que incorre em manifesta violação do dever de lealdade aquele administrador que adquire um bem com o fim de mais tarde poder a vir a obter um ganho, com a sua alienação à sociedade que administra.

Devido às limitações e grandes dificuldades de aplicação prática e em especial ao restrito universo de casos a que o teste era susceptível de ser aplicado, os tribunais estadunidenses que se dedicaram ao tema foram criando algumas variações do teste original, de forma a facilitar e ampliar o seu campo de aplicação. De tal modo, que dificilmente tais variações criadas posteriormente ainda podem ser reconduzidas ao teste original do *interest or expectancy*.

De facto, em casos subsequentes⁷⁴, foi por algumas vezes invocado o *interest or expectancy*, mas na maioria das situações com um outro sentido, diverso daquele que foi utilizado no caso *Lagarde v. Anniston*. Com efeito, podemos verificar que o critério do *interest or expectancy*, afirmado em vários Acórdãos, foi entendido em sentido lato, isto é, já não estava em causa a procura por um interesse juridicamente relevante ou uma expectativa jurídica protegida, mas tao só uma mera expectativa fáctica da sociedade em determinada oportunidade.⁷⁵

Normalmente é apresentada como uma variação do teste do interesse ou expectativa o conceito adotado no caso *Abbott Redmont Thinlite Corp. v. Redmont*.⁷⁶ Neste caso a sociedade comercial *Abbott*, tinha como atividade a comercialização de claraboias de vidro e similares, tendo como método comercial de venda dos produtos, começar por descobrir através de revistas especializadas e de outras fontes, os projetos de construção que estavam em curso de *design*. *Rudolph Redmont*, enquanto administrador da *Abbott*, tinha a função de entrar em contato com o arquiteto desses mesmos projetos, e tentar convencer este a incluir no seu projeto o uso de claraboias e outros produtos da *Abbott*. Sendo que, posteriormente o empreiteiro do projeto celebrava um subcontrato com a *Abbott* para o fornecimento e instalação dos seus

⁷⁴ *Inter alia*, *Broz v Cellular Information Systems, Inc.* 673 A 2d 148-159 (Del 1996).

⁷⁵ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...Parte I...*, ob. cit., pp. 609-610.

⁷⁶ 475 F 2d 85-90 (CA 2 1973).

produtos, conforme a indicação prévia do arquiteto.⁷⁷

Entretanto, *Rudolph Redmont* abandonou a *Abbott* e constituiu a empresa, *Circle Redmont Corporation (Circle)* com o mesmo objeto comercial da *Abbott*. Tendo firmado cinco subcontratos com empreiteiros, em relação a projetos que tinham começado por ser negociados em nome ainda da sociedade *Abbott*. *Rudolph Redmont* conhecendo bem as especificações, custos e preços dos produtos da *Abbott*, apresentou propostas concorrentes mais atrativas do que esta.

O tribunal considerou que o administrador havia violado os seus deveres fiduciários no aproveitamento dos referidos subcontratos, apesar de já se encontrar desvinculado da sociedade *Abbott*.

Neste Acórdão, o tribunal não se refere apenas a *expectancy* mas a "*tangible expectancy*" na oportunidade de negócio considerada. A "*tangible expectancy*" é definida como "*the likelihood of realization from the opportunity*".⁷⁸ Como se compreende, o tribunal alterou radicalmente o teste do *interest or expectancy*, enquanto expectativa jurídica, para o conceito de expectativa provável da sociedade em aproveitar a oportunidade de negócio. Segundo o critério estabelecido existe uma "*tangible expectancy*" desde que fosse provável que a sociedade perseguisse aquela oportunidade.

Por seu turno, o tribunal fundamenta a sua decisão de existência de um desvio ilícito de oportunidades de negócio pelo administrador, no facto de este possuir informações privilegiadas adquiridas por causa do desempenho de funções na *Abbott*.⁷⁹

Reparamos que a jurisprudência norte americana apesar de invocar o *interest or expectancy*, em varias das suas decisões, na maioria das vezes não lhe atribuiu o valor de um verdadeiro critério decisório, acabando por eleger outro teste como elemento decisório da presença de um desvio de oportunidade de negócio.

No entanto, no que concerne ao caso *Abbott*, o tribunal aplicou o teste *interest or expectancy* na sua vertente de "*tangible expectancy*", tendo decidido o caso com base

⁷⁷ POPOFSKY, Jodi L. (1982) *Corporate Opportunity and Corporate Competition: A Double-Barreled Theory of Fiduciary Liability*, *Hofstra Law Review*, vol. 10: 4, pp 1197 e ss.

⁷⁸ Cit., 89. Pode ler-se neste acórdão o seguinte: "*The degree of likelihood of realization from the opportunity is, however, the key to whether an expectancy is tangible*".

⁷⁹ Cit., 89. Atente-se ainda nas seguintes palavras: "*The high degree of likelihood that, but for Redmont's competition, Abbott would have been awarded these contracts is combined here with the fact that Redmont benefited by information as a result of his employment at Abbott-knowledge of the details of the specifications, knowledge of the contractor's requirements, knowledge of Abbott's probable costs-which made Abbott peculiarly vulnerable to his competition on the specific deals here in question.*"

nele, ainda que coadjuvado do argumento da utilização de informações privilegiadas pelo administrador.

A teoria *interest or expectancy test* tal como referimos supra, foi concebida originalmente no caso *Lagarde*, tendo sido alvo de duras críticas por parte da doutrina e Jurisprudência que se debruçaram sobre o tema. De um modo geral, as falhas apontadas prenderam-se por um lado com a natureza vaga e nublosa do teste e por outro lado, com o exíguo campo de aplicação do critério proposto.⁸⁰

Em relação à alegada vacuidade e imprecisão do teste, consideramos que tal se deveu mais à dificuldade sentida pelos tribunais de encontrar nos casos em litígio uma expectativa jurídica da sociedade no negócio em causa do que verdadeiramente uma autêntica dificuldade em definir e precisar os contornos do critério subjacente ao *interest or expectancy test*. E tanto assim é, que os tribunais foram criando outras variações ou considerando a expectativa como mera expectativa fáctica. Razão pela qual nos parece pouco razoável a alegada crítica.

Por outro lado, já merece todo o nosso apoio a invocada falta de aplicação do *interest or expectancy test*. Em boa verdade, o *interest or expectancy test* tem um campo de aplicação demasiado restrito, revelando-se incapaz e pouco adequado para traçar a linha entre o que é uma apropriação de negócio legítima ou indevida.^{81, 82}

Por fim, consideramos que o derradeiro defeito que se pode apontar ao *interest or expectancy test* prende-se com a sua desadequação e inutilidade para decidir sobre a legitimidade de uma situação de apropriação de uma oportunidade de negócio pelo administrador de uma sociedade comercial. De facto, como pudemos observar nos casos *Lagarde* e no caso *News-Journal Corp.*, quando o *interest or expectancy test* é susceptível de aplicação ao caso, o mesmo acaba por ter uma utilidade muito limitada (ou praticamente inexistente), já que a sociedade comercial visada já se encontrava razoavelmente protegida por outro ramo do direito, em especial pelo direito dos contratos.

Conclui-se assim que a teoria do interesse ou expectativa, coloca a sociedade num estado de enorme vulnerabilidade perante as ofensivas corsárias dos seus representantes, revelando-se incapaz de proteger o interesse social e as

⁸⁰ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...Parte I...*, ob. cit., pp. 610-611.

⁸¹ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...Parte I...*, ob. cit., pp. 611.

⁸² V. TALLEY, Eric, *Turning Servile Opportunities to Gold: a Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine*, 108 Yale LJ, 1998, 277-371, pp. 277-278.

oportunidades de negócio que justamente pertencem à sociedade.

2.2 Teste da linha de negócio da sociedade

A teoria da linha de negócio da sociedade foi pela primeira vez afirmada na decisão *Guth v. Loft Inc.*⁸³, proferida no Delaware, em 1939, desde aí tornou-se a teoria mais aceite pela doutrina e, em consequência, a teoria mais aplicada pelos tribunais. De acordo com esta teoria, o administrador está proibido de aproveitar, para si próprio, as oportunidades de negócio que se situam dentro do ramo ou linha de negócio da sociedade que administra.

A sociedade *Loft Inc.* tinha como atividade comercial a produção e venda a retalho de doces, xaropes, refrigerantes, entre outros produtos alimentares. *Guth* era administrador da *Loft*, sendo ainda detentor da sociedade *Grace*, produtora de xaropes para refrigerantes e fornecedora da *Loft*. *Guth* insatisfeito com os preços praticados pela *Coca-cola*, fornecedora de xarope de cola da *Loft*, investigou a possibilidade de usar outro fornecedor, nomeadamente a *Pepsi-Cola*, a qual se encontrava falida. Acabou por adquirir, a título individual, a sociedade *Pepsi* e substituiu na *Loft* o fornecimento da *Coca-cola* pelo fornecimento da *Pepsi*. Posteriormente, a *Pepsi* floresceu financeiramente enquanto a *Loft* viu diminuir os seus lucros de forma acentuada.

Sucedeu que a sociedade *Loft* instaurou uma ação contra *Guth*, alegando que este havia violado os deveres fiduciários ao aproveitar a oportunidade de adquirir a sociedade *Pepsi-Cola*, a qual pertencia à *Loft*. O Supremo tribunal de Delaware acabou por decidir que *Guth* tinha indevidamente se apropriado de uma propriedade de negócio da *Loft*.⁸⁴

O tribunal aponta ainda outros fatores, como a capacidade financeira da empresa e a vantagem e o interesse no aproveitamento da oportunidade de negócio pela sociedade.

Poderíamos afirmar que o tribunal do Delaware estabeleceu não um, mas três

⁸³ 23 Del Ch 255-283 (Del 1939).

⁸⁴ Cit., 272-273. Podendo ler-se as seguintes palavras neste Acórdão: "...if there is presented to a corporate officer or director a business opportunity which the corporation if financially able to undertake, which is, from its nature, in the line of the corporation's business and is of practical advantage to it, is one in which the corporation has an interest or a reasonable expectancy, and, by embracing the opportunity, the self-interest of the officer or director will be brought into conflict with that of his corporation, the law will not permit him to seize the opportunity for himself."

critérios para aferirmos da existência de uma oportunidade de negócio societária, nomeadamente, a capacidade financeira da sociedade para tomar o negócio, a localização do negócio dentro da linha de negócio da sociedade e ainda o interesse e expectativa da sociedade nesse mesmo negócio.

Sendo certo que estes três fatores seriam cumulativos e não disjuntivos, sendo necessária a presença de todos eles para decidir a questão de saber afinal se a oportunidade de negócio é da sociedade. No entanto, percebe-se que o tribunal, embora atenda à capacidade financeira da sociedade e ao interesse desta na oportunidade de negócio, está focado no critério da linha de negócio⁸⁵. Efetivamente, é este o elemento fundamental tido em conta pelo jogador e que de algum modo caracteriza a decisão.

Pese embora, o tribunal faça referência ao interesse e expectativa da sociedade, dando a aparência de estar a aplicar o teste do *interest or expectancy* tradicional, o tribunal está a mencionar uma variante do teste do *interest or expectancy*, querendo assim referir-se apenas à expectativa factual que a sociedade tinha no negócio, e não a uma qualquer situação jurídica preexistente da sociedade. No entanto, apesar da referência feita à expectativa da sociedade na aquisição do negócio, não há dúvidas de que o verdadeiro critério utilizado pelo tribunal foi o ramo de negócio.⁸⁶

Apraz referir que, mesmo que não existisse qualquer coincidência ou conexão de atividades entre as sociedades ou mesmo qualquer proximidade entre os objetos comerciais de ambas, sempre o tribunal deveria concluir pela existência de um desvio de oportunidade de negócio. Porquanto, *Guth* durante o tempo que exerceu as funções de administrador da *Loft* utilizou o capital, os recursos e as instalações desta para investigar e desenvolver a oportunidade de negócio da *Pepsi-Cola*, fazendo desta uma marca consolidada entre o público.

Deste modo, o tribunal, no caso *Guth v. Loft Inc.*, ao descortinar um critério inovador por referência à "linha de negócio" ou melhor à atividade da sociedade para definir o que seria um desvio indevido de uma oportunidade corporativa, abriu a porta a um novo e diferente modelo de conceber e enformar a doutrina das oportunidades de negócio.

A teoria da linha de negócio distanciou-se grandemente da anterior teoria do

⁸⁵V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...Parte I...*, ob. cit., p. 614.

⁸⁶V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...Parte I...*, ob. cit., p. 614.

interesse ou da expectativa, pois ao contrário desta, o teste da linha de negócio não depende da existência de uma relação contratual ou de outra natureza na titularidade da sociedade que de algum modo lhe atribuísse um interesse ou expectativa legalmente protegida. Com efeito, a teoria do ramo de negócio requer antes uma afinidade material entre a oportunidade de negócio e a atividade da sociedade.

No entanto, a teoria do *"line of business" test* não é uma teoria perfeita e isenta de críticas ou dúvidas. De facto, uma das críticas que este teste apresenta prende-se desde logo com a dificuldade de interpretar e concretizar o que deve entender-se pelo conceito de "linha de negócio" da sociedade. De tal modo que surgiram na doutrina e jurisprudência diversas interpretações do referido conceito.

Assim, há quem considere que deverá atender-se à ligação entre a oportunidade e a atividade efetivamente exercida pela sociedade no momento presente, em que surge a oportunidade de negócio. Tal entendimento tem a desvantagem de restringir em demasia o campo de casos a que o administrador estaria vinculado ao dever de lealdade e constituiria mesmo um entrave à diversificação e desenvolvimento de novas atividades lucrativas da empresa. Para não falar, da situação em que a sociedade obteria seguramente ganhos de sinergia ao adquirir para si a oportunidade de negócio ou até quando já havia revelado por algum meio, a sua intenção de explorar uma nova atividade de negócio num futuro próximo, na qual se insere a oportunidade de negócio desviada.⁸⁷

Outra interpretação atendendo a estes argumentos, tende a desvalorizar a proximidade entre a oportunidade e a atividade da sociedade, dando relevo antes às vantagens práticas que a oportunidade possibilitaria à sociedade, caso fosse por si aproveitada em vez de o ser pelo seu representante. Enquanto outros dão destaque à existência de interesse da sociedade em investir em outras atividades que de algum modo se ligam à oportunidade de negócio desviada pelo seu administrador.⁸⁸

Deste modo, os vários tribunais estadunidenses divergiram na adoção de um critério capaz de realizar a concretização da teoria da linha de negócio, tendo assim sido avançadas várias regras.

Numa tentativa de uniformizar a interpretação e aplicação do critério do *"line of business test"*, o American Law Institute, emitiu princípios do governo das sociedades

⁸⁷ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...Parte I...*, ob. cit., p. 614-615.

⁸⁸ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...Parte I...*, ob. cit., p. 615.

(“*Principles of Corporate Governance*”), fazendo estabelecer na secção 5.05 que é proibido o aproveitamento de negócios pelo administrador, que sabe ou deveria conhecer, que os mesmos estão intimamente ligados aos negócios atuais, ou a desenvolver no futuro, da sociedade.⁸⁹ Abordaremos com mais detalhe este ponto infra.⁹⁰

A verdade é que esta incerteza do que deve entender-se por “linha de negócio” de uma sociedade repercutiu-se na divergência de decisões dos tribunais norte-americanos. Por um lado, existiam tribunais a decidir que as atividades a ter em conta são apenas as que estão definidas no pacto ou nos estatutos da sociedade que definem o seu objeto comercial. Por outro lado, existem tribunais a considerar tão só as atividades presentemente e efetivamente exercidas pela sociedade. Havendo ainda outros tribunais que procuram cumular os dois critérios e encontrar assim a linha de negócio quer nos estatutos da sociedade quer nas atividades efetivamente exercidas por esta, para o efeito de considerar que a oportunidade de negócio apresenta ou não conexão estreita com o ramo de negócio da sociedade.⁹¹

Deste modo, a melhor interpretação do teste da *line of the corporation's business* não considerava apenas as atividades presentemente realizadas por uma dada sociedade mas também as atividades a desenvolver no futuro pela sociedade, nomeadamente, aquelas em relação às quais já tivesse existido alguma deliberação ou plano de desenvolvimento futuro, que fosse do conhecimento do administrador ou que este não devesse ignorar.

Percebe-se que a adoção da teoria do ramo ou linha de negócio pelos tribunais possibilitou um alargamento considerável do universo de situações e de casos sujeitos ao dever de não apropriação de oportunidades de negócio, em relação ao antecessor *interest or expectancy test*. Com efeito, o teste da *line of the corporation's business* permitiu dar maior visibilidade e destaque ao dever de lealdade dos administradores, na vertente da proibição de aproveitamento de oportunidade societárias, na medida em que facilitou a sua aplicação e teve o mérito de ser um critério dotado manifestamente de maior capacidade para decidir os casos de conflitos de interesses entre a sociedade e o seu administrador.

⁸⁹ Cfr. *American Law Inst., Principles Of Corporate Governance* [ALI PCG] § 5.05 (1992), “(...) any opportunity to engage in a business activity of which a senior executive becomes aware and knows is closely related to a business in which the corporation is engaged or expects to engage (...)”.

⁹⁰ V. infra p. 56-58.

⁹¹ V. JOHN E. JACKSON III, *Corporate Opportunity Doctrine...*, ob. cit., p.399.

Efetivamente, com a criação jurisprudencial deste novo teste, da linha de negócio, ainda que não exista um interesse ou uma expectativa relevante anteriormente criada pela sociedade no negócio em causa, a oportunidade de negócio pertencerá legitimamente à sociedade, desde que para tal essa oportunidade de negócio se relacione intimamente com a atividade exercida, ou que espera vir a exercer, pela sociedade. Devendo nessa situação o administrador abster-se de se apropriar de qualquer oportunidade de negócio que apresente, deste modo, uma estreita conexão entre a oportunidade de negócio e a atividade desenvolvida ou a desenvolver, pela sociedade que administra.

2.3 Teste da justiça

Em 1948, é criado por via igualmente jurisprudencial, o *fairness test*, trazido à luz no caso *Durfee v. Durfee & Canning, Inc.*⁹² decisão esta proferida pelo Supremo Tribunal de Massachusetts.

O desenvolvimento do teste de "*fairness*" para delinear a fronteira entre as oportunidades societárias e aquelas outras que podem ser aproveitadas pelo administrador, baseia-se no princípio de que uma certa oportunidade é considerada como pertencente da sociedade se a apropriação do negócio pelo administrador não respeitar os padrões éticos do que é justo e equitativo, atendendo a todos os contornos e factos que rodeiam o caso concreto.⁹³

Percebe-se que este teste implica que se faça um levantamento exaustivo de todos os factos que rodearam o aproveitamento do negócio pelo administrador, para que afinal se possa ajuizar se a apropriação do negócio em causa é afinal justa ou injusta. Deste modo, a aplicação deste critério afasta-se de todos os restantes testes até agora analisados, dado que implica a realização de um juízo excessivamente casuístico de todos os aspetos com relevo que contextualizam a apropriação de negócio.

⁹² 80 NE 2d 522-532 (Mass 1948).

⁹³ V. *Paulman v. Kritzer*, 74 Ill.App.2d 284, 219 N.E.2d 541 (1966). Cumprer atentar nas palavras do relator do Acórdão: "[n]umerous factors are to be weighed, including the manner in which the offer was communicated to the officer; the good faith of the officer; the use of corporate assets to acquire the opportunity; the financial ability of the corporation to acquire the opportunity; the degree of disclosure made to the corporation; the action taken by the corporation with reference thereto; and the need or interest of the corporation in the opportunity. These, as well as numerous other factors, are weighed in a given case. The presence or absence of any single factor is not determinative of the issue of corporate opportunity."

Em 1996, o Supremo Tribunal do Delaware, aplicou o entendimento subjacente ao teste da justiça, no âmbito do caso *Broz v. Cellular Information Systems, Inc.*⁹⁴ Neste caso, o Administrador *Broz* era administrador e único sócio da *RFB Cellular, Inc.*, empresa que se dedicava ao fornecimento de serviços telefónicos, detendo uma licença de área de serviço telefónico. De igual modo, a sociedade *Cellular Information Systems, Inc.*, tinha também como atividade de negócio o provimento de serviços telefónicos, sendo assim concorrente da *RFB*. Sucede que, em 1994, uma terceira sociedade *Mackinac Cellular ("Mackinac")* da mesma área de negócio contactou *Robert Broz*, a título pessoal, oferecendo-lhe a compra da sua licença de área de serviços telefónicos. Por esta altura, a sociedade *Cellular Information Systems, Inc.* encontrava-se com sérias dificuldades financeiras. *Broz* contactou informalmente os restantes administradores da *Cellular Information Systems, Inc.* sobre a possibilidade de compra da licença da *Mackinac*, os quais referiram que a *Cellular Information Systems, Inc.* não tinha interesse nem capacidade financeira para adquirir a referida licença. *Broz* acabou por adquirir a licença à *Mackinac* para a sociedade *RFB*. Entretanto é concluído o processo de aquisição da sociedade *Cellular Information Systems, Inc.* pela sociedade *PriCellular, Inc.*^{95' 96}

O Supremo Tribunal do Delaware considerou que o administrador *Broz* não havia violado o seu dever de lealdade para com a sociedade *Cellular Information Systems, Inc.*. O tribunal chamou assim à colação diversos factos e argumentos como seja o facto de a sociedade não ter interesse nem capacidade financeira para aproveitar a oportunidade de negócio de compra da licença e ademais, a proposta tinha sido feita a *Broz*, a título pessoal e independentemente da qualidade de administrador a sociedade *Cellular Information Systems, Inc.*

Cumpramos referir que não acompanhamos o entendimento do Tribunal, nem podemos subscrever os argumentos adotados pelo mesmo. Com efeito, se é verdade que a oportunidade de negócio não chegou ao conhecimento de *Broz* por causa e na qualidade de representante da sociedade *Cellular Information Systems, Inc.*, tal situação não é susceptível de excluir a existência da violação do dever de lealdade do administrador.

Porquanto, apesar de a oportunidade de negócio ter chegado ao conhecimento do administrador a título meramente pessoal, e portanto fora do contexto formal da

⁹⁴ 673 A 2d 148-159 (Del 1996).

⁹⁵ V. TALLEY, Eric e HASHMALL, Mira, *The Corporate Opportunity Doctrine*, ob. cit., p. 17.

⁹⁶ V. EPSTEIN, Richard A., *Contract And Trust In Corporate Law...* pp. 17 e ss.

relação de administração, ainda assim, por força do dever de lealdade, impunha-se ao administrador que testasse o interesse da sociedade na oportunidade de negócio, dada a estreita conexão, devendo em consequência ter informado e comunicado à sociedade a oportunidade em causa. Porém, analisaremos infra com mais profundidade a atendibilidade do argumento do contexto da tomada de conhecimento da oportunidade pelo administrador.⁹⁷

Por outro lado, merece reparo a restante argumentação do tribunal no que respeita à falta de capacidade financeira da sociedade, dado que este argumento a ser admitido frustraria completamente toda a doutrina das oportunidades de negócio, tornando a mesma facilmente contornável pelo administrador, atendendo que qualquer administrador se poderia sempre escudar na falta de liquidez da sociedade para o efeito de ver legitimada a sua apropriação. Mas desenvolveremos este ponto com mais detalhe mais abaixo.⁹⁸

Voltando ao caso *Broz v. Cellular Information Systems, Inc.*, percebe-se que aplicando à presente situação o teste da linha de negócio, seríamos forçados a concluir que o administrador violou manifestamente o seu dever de lealdade para com a sociedade *Cellular Information Systems Inc.*, ao se apropriar de uma oportunidade que se insere na atividade exercida pela sociedade.

Pelo exposto, o teste da justiça não indica uma regra ou norma coerente e unitária a ser seguida pelo julgador, optando antes por relevar e considerar todos os elementos e circunstâncias que envolvam a situação. Deste modo, a doutrina da justiça abdicou claramente da sua função de apresentar um qualquer critério caracterizador que pudesse de algum modo orientar o interprete-aplicador.

No nosso entendimento esta posição é criticável e em consequência de recusar, atendendo ao facto de a mesma não coadjuvar o julgador na formulação do juízo acerca da licitude ou ilicitude da apropriação do negócio pelo administrador. Deixando assim na total liberdade e disposição do interprete-aplicador a consideração dos diversos elementos do caso concreto.⁹⁹

⁹⁷ V. infra p. 78.

⁹⁸ V. infra p. 81.

⁹⁹ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...Parte I...*, ob. cit., p. 617-618.

2.4 Teste de BRUDNEY / CLARK

Em 1981, dois professores da Universidade de Harvard, VICTOR BRUDNEY e ROBERT CLARK, publicaram um estudo¹⁰⁰ dedicado à doutrina das oportunidades societárias, o qual viria a exercer uma influência notável na Ciência Jurídica dedicada ao tema.

Com a publicação do referido estudo, os Autores pretenderam superar os *tests* clássicos, propondo em sua substituição a aplicação de novas regras aos administradores em matéria de *corporate opportunities*.

Assim, o teste de BRUDNEY/CLARK, propunha que se fizesse a distinção entre as *close corporations* e as *public corporations*, e no que respeita a estas últimas, haveria ainda que distinguir a situação dos administradores executivos, da posição dos administradores não executivos.

De acordo com o pensamento dos Autores, nas *close corporations*, bastaria a imposição de uma formulação aberta, capaz de selecionar quais as oportunidades que os administradores estariam proibidos de prosseguir e aquelas que lhes seria admitido prosseguir. Ao passo que nas *public corporations*, seria mais adequada uma solução rígida e categórica que proibisse os administradores de se apropriarem de qualquer oportunidade de negócio, independentemente da relação da oportunidade com a sociedade.

Por seu turno, em relação às *close corporations*, de acordo com a regra proposta, está vedada ao administrador a apropriação de oportunidades resultantes da utilização de informação ou de recursos da sociedade, e bem assim, daquelas oportunidades que possuam uma relação funcional com a atividade da sociedade. Considera-se que uma oportunidade está funcionalmente relacionada com a atividade da sociedade, quando do aproveitamento da oportunidade gere relevantes ganhos sinérgicos para a sociedade. Por sua vez, os ganhos sinérgicos podem ter diversas origens, podendo assim derivar da cumulação de processos de produção ou de fontes de matéria-prima ou do desenvolvimento de atividades afins ou complementares.

Nas *public corporations*, segundo os mesmos Autores, dever-se-ia, distinguir a posição dos administradores executivos ou a tempo inteiro, da posição dos administradores não executivos ou a tempo parcial.

¹⁰⁰ V. *A new look at corporate opportunities*, 94 Harvard L. Rev. (1981), pp. 997-1062.

Em relação aos primeiros vigoraria o imperativo categórico de proibição total de aproveitamento de oportunidades de negócio. Sendo-lhes apenas concedida a permissão de realizarem investimentos passivos, salvo a situação de a *public corporation* se dedicar à intermediação financeira.

Em relação aos administradores não executivos, os mesmos não estariam vinculados a uma proibição tão rígida, mas antes a uma proibição de apropriação limitada às oportunidades de negócio alcançadas por meio da utilização de bens ou informações da sociedade.

VICTOR BRUDNEY e ROBERT CLARK fundamentam a sua posição relativa à distinção de regime entre as *close corporations* e as *public corporations*, no facto de o dever de lealdade dos administradores das *public corporations* ser mais intenso do que nas *close corporations*. Esta maior intensidade do dever de lealdade dos administradores deriva, segundo este entendimento, da menor capacidade de seleção e de controlo dos administradores das *public corporations*, pelos sócios da sociedade.

Por outro lado, consideram que qualquer oportunidade de negócio lucrativa será sempre do interesse da *public corporation*, atenta a sua grande dimensão e à facilidade de diversificação dos investimentos, o que justifica uma proibição absoluta de apropriação de negócios a cargo dos administradores deste tipo de sociedade.

Não podemos acompanhar este entendimento, dado que uma proibição total de apropriação de oportunidades de negócio, desde que tal se afigurasse lucrativo para a sociedade, configura uma supressão inadmissível do direito de iniciativa privada dos administradores.

No estudo elaborado, VICTOR BRUDNEY e ROBERT CLARK lançam ainda severas críticas sobre a corrente jurisprudencial que admite como válidos e admissíveis os argumentos de incapacidade financeira e de impossibilidade legal da sociedade em aproveitar a oportunidade de negócio. Porquanto, a admissibilidade destes argumentos conduziria à inevitável legitimação da apropriação das oportunidades societárias pelo administrador, uma vez que o julgador terá que decidir com base em factos que são em grande medida do conhecimento daquele.

2.5 Teste do *American Law Institute*

O *American Law Institute* (ALI) em 1992 fez aprovar, após cerca de catorze anos de estudo, os conhecidos *Principles of Corporate Governance* (PCG). Este corpo normativo não é uma lei, constitui antes uma proposta de modelo de regulação de vários temas e aspetos do governo das sociedades. Sendo portanto *soft law*, para os diversos sujeitos jurídicos e para os tribunais. No entanto, ficou claro que o ALI com a publicação dos PCG pretendeu uniformizar os diferentes Direitos societários dos vários Estados norte-americanos, rompendo com os antigos dogmas e testes diversamente adotados pelos tribunais.¹⁰¹

No que tange à doutrina das oportunidades societárias (*taking of corporate opportunities*), a matéria é exaustivamente tratada na parte V dos PCG, pelo § 5.05.

Constatamos que o primeiro aspeto a ser regulado pelos PCG respeita ao dever do administrador de informar e divulgar à sociedade a oportunidade de negócio societária de que tomou conhecimento. Estabelecendo-se nos PCG que o administrador só pode aproveitar a oportunidade após a sua rejeição formal pela sociedade.

No § 5.05(b) dos PCG é apresentado o conceito de oportunidade de negócio societária. Tal conceito apesar de se ancorar na teoria do ramo de negócio, acaba por ser dotado de uma maior abrangência. Porquanto, o conceito é construído com recurso a três critérios.

De acordo com o § 5.05(b)(1)(A) haverá uma oportunidade societária quando o negócio esteja em conexão com o exercício de funções de administrador ou quando as circunstâncias devam levar este a acreditar que o negócio foi oferecido à sociedade.

Por sua vez, o § 5.05(b)(1)(B) determina que se devem considerar como oportunidades de negócio societárias, aquelas oportunidades que o administrador tomou conhecimento mediante o recurso a informação ou a património da sociedade.

Por último o § 5.05(b)(2) considera que existe uma oportunidade de negócio societária sempre que o administrador tomar conhecimento de uma oportunidade que está intimamente ligada à atividade exercida pela sociedade ou que virá a exercer no futuro. No entanto, o § 5.05(b)(2) só vincula os administradores executivos,

¹⁰¹ SCOTT, Kenneth E. *Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project*, 35 Stan. L. Rev., 1983, 927-948, pp. 929 e ss; V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte I, ob. cit. pp. 618 e ss.

encontrando-se isentos de tal proibição os administradores não executivos.

Por seu turno, prescrevem ainda os PCG, que a invocação dos argumentos de incapacidade financeira ou de impossibilidade jurídica não são alegações atendíveis. Pois considera-se que quer as dificuldades financeiras quer as dificuldades jurídicas, que possam existir, podem ser afastadas pela sociedade.

Consideramos que estes últimos pontos sofreram a influência da doutrina avançada por VICTOR BRUDNEY e ROBERT CLARK.

3. Sistematização e estrutura do dever

O dever de não apropriação de oportunidades societárias é uma das principais concretizações do dever geral de lealdade plasmado no art.º 64.º do CSC, conforme já tivemos oportunidade de referir. Aliás, este é o entendimento pacífico da nossa doutrina, que se tem pronunciado sobre o tema.

Sucedem que o dever de não apropriação de oportunidades societárias ao contrário do dever de não concorrência, não encontra qualquer referência ou regulação na legislação portuguesa.

Tal facto, não tem impedido contudo a doutrina de se pronunciar sobre a problemática das oportunidades societárias, ainda que só o tenha feito muito recentemente. De facto, o primeiro estudo pormenorizado sobre o aproveitamento das oportunidades que se tem conhecimento, no plano interno, tem apenas uma década de existência. Referimo-nos à obra, já citada, *Concorrência e Oportunidades de Negócio Societárias – Estudo Comparativo Sobre O Dever De Lealdade Dos Administradores De Sociedades Anónimas*, de CAETANO NUNES.¹⁰² Posteriormente, seguiram-se outros estudos sobre o tema, da autoria de variados Autores.

No entanto, não deixa de ser uma singularidade o facto de o tratamento deste problema jurídico pela Ciência Jurídica Nacional ser tão recente, quando comparado com a análise centenária dada ao tema no ordenamento estadunidense e inglês.

Estamos em crer que a justificação desta situação tem que ver com a criação e aplicação exhaustiva de outros mecanismos alternativos, como seja o dever de não concorrência, que tem sido realizada quer pelos nossos tribunais, quer pela doutrina

¹⁰² V. *Corporate Governance*, ob. cit. O Autor começa por demonstrar o seu espanto no facto de à data inexistirem quaisquer referências doutrinárias ou jurisprudenciais sobre o tema.

mais clássica.

Acreditamos que, perante a ausência e desconhecimento de uma doutrina das oportunidades de negócio no plano interno, a busca por uma solução a dar aos casos tipicamente regulados pelo dever de não apropriação de oportunidade societária, terá passado obrigatoriamente pela aplicação (extensiva ou analógica) de outros deveres, com especial destaque para o dever de não concorrência (figura mais próxima) ou mesmo a através da aplicação direta de princípios gerais como o da boa-fé ou de bons costumes, ao caso concreto.

Seja como for, na atualidade a doutrina nacional já iniciou o árduo trabalho de preparar o terreno fértil à implementação e receção da doutrina das oportunidades societárias no ordenamento interno, e bem assim, à preocupação de adaptar a doutrina original às especificidades e necessidades internas.

No âmbito deste esforço de integração e sistematização, os Autores têm divergido no que concerne à idealização e identificação dos casos típicos ou casos padrão, que devem considerar-se regulados pelo dever de não apropriação de oportunidades de negócio.

Estamos em crer que esta divergência de visões sobre quais os casos que reclamam a aplicação do dever de não apropriação, se prende em certa medida, com a grande pluralidade e disparidade de situações que a realidade contem. Podendo ocorrer casos que dificilmente se enquadram de forma adequada em alguma das constelações idealizadas. Tal situação torna relativamente complexa a tarefa de categorização dos casos típicos do dever em causa.

Mas passemos em revista, os tipos de casos padrão identificados pela doutrina nacional até ao momento, para que no fim possamos tentar identificar aqueles que, a nosso ver, melhor expressam e permitem a melhor aplicação do dever de não apropriação das oportunidades societárias.

Assim, CAETANO NUNES¹⁰³ identifica no seu estudo a existência de quatro casos-padrão, de violação pelo administrador do dever de não apropriação de oportunidades societárias:

- caso de celebração de um negócio vantajoso de que teve conhecimento por força do exercício de funções;
- caso de celebração de um negócio vantajoso com utilização de informação

¹⁰³ V. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., p. 101.

privilegiada ou de património ou de pessoal da sociedade;

– caso de prática de um ato isolado de concorrência;

– caso de celebração de um negócio que ofereceria à sociedade ganhos sinérgicos relevantes.

Diferentemente, para NUNO TRIGO DOS REIS¹⁰⁴, haverá que receber e reconhecer internamente os casos-padrão que valem no Direito alemão e norte-americano, concretamente os seguintes três casos-padrão:

– caso de aproveitamento de um bem ou de um negócio no qual a sociedade tinha uma expectativa;

– caso de celebração de um negócio de que se teve conhecimento por força da utilização de pessoal, bens ou informações que pertençam à sociedade;

– caso de celebração de um negócio que ofereceria à sociedade ganhos sinérgicos.

Por outro lado, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO¹⁰⁵, defende uma maior agregação dos casos típicos de violação do dever de não aproveitamento de oportunidades societárias em dois grandes grupos de casos:

– casos de oportunidades em relação às quais a sociedade manifestou o seu interesse;

– casos de oportunidades consideradas convenientes para a prossecução dos seus interesses.

Por fim, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO¹⁰⁶ defende a possibilidade de se poderem identificar três casos-padrão:

– caso de celebração de um negócio que ofereceria à sociedade ganhos sinérgicos;

– caso de celebração de um negócio de que se teve conhecimento por força do exercício de funções;

¹⁰⁴ V. REIS, Nuno Trigo dos, *Os Deveres de lealdade...*, ob. cit., pp. 379.

¹⁰⁵ V. RIBEIRO, Maria de Fátima, *O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidade de negócio societárias*, Almedina, 2012, pp. 653-654.

¹⁰⁶ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit. p.763.

–caso de celebração de um negócio com utilização de pessoal ou de bens que pertençam à sociedade.

Tal como referimos, as diferentes perspetivas de sistematização do dever de não aproveitamento das oportunidades deriva do elevado casuísmo, atendendo que a realidade factual em que aquele assenta, ser muito diversificada.

De tal forma, que esta diversidade de situações impede a identificação ou criação de um único critério ou denominador comum aplicável a todos os casos típicos de violação do dever em causa, que permita a sua agregação sobre a mesma cúpula aglutinadora de um único caso-padrão.

De facto, quando tentamos propor e descortinar um critério unívoco para todas as situações, capaz de agregar todos os casos-padrão referidos, percebemos que não se afigura fácil a tarefa, e duvidamos seriamente que seja possível a sua realização.

Pois, o único critério que poderíamos considerar comum a todos os casos-padrão seria a existência de um aproveitamento, pelo administrador, de uma oportunidade de negócio que legitimamente pertence à sociedade.

No entanto, uma formulação como a presente não acarreta qualquer benefício ou vantagem na sua adoção, dado que o seu nível de abstração é tão grande, que se confunde com a própria definição do dever de não apropriação de oportunidades societárias.

Estamos em crer que a razão para a impossibilidade de criar um critério comum concreto, com um alcance capaz de abranger todos os casos-padrão, resulta do facto de o dever aqui em estudo abrigar dois espaços de aplicação bem diferentes entre si e com fundamentos diversos.

4. A dicotomia do dever

É duplamente censurável a conduta de um administrador que celebre, em benefício próprio, um negócio recorrendo para tal à utilização de pessoal, bens, ou informações da sociedade, e cujo negócio possibilitaria ganhos sinérgicos à sociedade.

Numa situação como a presente, de acordo com a conceptualização anglófona, haverá uma dupla violação do dever de lealdade, na sua vertente de *no profit rule* e

de *no conflict rule*. Deste modo, o administrador incorreria em violação da *no profit rule*, devido à utilização indevida do património da sociedade. E incorreria na violação da *no conflict rule*, devido ao aproveitamento de uma oportunidade societária.¹⁰⁷

Neste sentido, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, reconhecendo a vantagem no aproveitamento da já criada construção anglófona das concretizações do dever de lealdade, avança com a nomenclatura do dever de não apropriação de oportunidades societárias subjetivas e do dever de não apropriação de oportunidades societárias objetivas.¹⁰⁸

Fariam, assim parte da primeira concretização, os negócios que proporcionassem ganhos efetivos à sociedade, com inclusão dos atos isolados de concorrência, quando não fosse possível a aplicação do dever de não concorrência.

Já a segunda materialização agregaria todos os negócios que resultassem da utilização abusiva de bens, pessoal e informações da sociedade.

Da assunção desta divisão resulta a necessidade de reconhecer a existência de uma dicotomia interna no seio da doutrina das oportunidades societárias. Por outras palavras, a sistematização interna do dever de não apropriação das oportunidades societárias, deve apresentar-se em dois grupos de casos.

No primeiro grupo encontramos os casos de violação do dever de não apropriação, que têm a sua causa no facto de o administrador se aproveitar indevidamente do seu estatuto e posição de administrador e bem assim, do património, pessoal ou de informações da sociedade, em benefício próprio.

Um segundo grupo abrangeria os casos de violação do dever de não apropriação com causa no facto de o administrador aproveitar oportunidades de negócio, em benefício próprio, que trariam especiais vantagens à sociedade, em função dos ganhos sinérgicos ou da estreita conexão à atividade presente ou futura da sociedade.

Em relação ao primeiro grupo a pedra de toque está na atuação ilícita do administrador e não tanto nos benefícios potenciais da oportunidade de negócio. Se bem que a oportunidade de negócio deve apresentar-se como minimamente lucrativa em abstrato. Pelo que, podemos afirmar que neste grupo de casos, é irrelevante o objeto social ou a atividade desenvolvida ou a desenvolver pela sociedade. Pois a

¹⁰⁷ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., p. 766.

¹⁰⁸ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., p. 767.

factualidade relevante é a conduta ilícita do administrador que através do exercício das suas funções aproveita em seu benefício a sua posição de administrador ou as informações e bens, em sentido lato, da sociedade que representa.¹⁰⁹

Ao passo que, no segundo grupo estamos perante casos em que o aspeto essencial assenta na circunstância de a oportunidade de negócio, apropriada pelo administrador, oferecer um benefício especial à sociedade atendendo à conexão do negócio com a atividade desenvolvida ou a exercer pela sociedade. Apesar de a sociedade poder desconhecer a existência de uma tal oportunidade de negócio.

Assim, no seguimento da nossa perspetiva seria possível agregar todos os casos-padrão em apenas dois grupos de casos:

–as oportunidades de negócio de que se teve conhecimento por causa do exercício e com aproveitamento abusivo, da relação de administração mantida com a sociedade;

–as oportunidades de negócio que ofereceria à sociedade especiais vantagens competitivas, adequadas à realização do interesse social, considerando a atividade presente ou futura da sociedade.

O primeiro grupo tem a virtude de agregar os dois tradicionais casos-padrão identificados pela nossa doutrina como:

–a celebração de um negócio de que se teve conhecimento por força do exercício de funções de administrador;

–e a celebração de um negócio com utilização do pessoal, património ou de informações da sociedade.

Já o segundo grupo tem a vantagem de congregar os dois casos-padrão, tradicionalmente identificados como:

–a celebração de um negócio que consiste na prática de um ato isolado de concorrência;

–e a celebração de um negócio que ofereceria ganhos sinérgicos à sociedade.

Acreditamos que a presente sistematização interna, ora proposta, facilita a

¹⁰⁹ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., p. 767.

explicação e compreensão do dever de não apropriação das oportunidades de negócio. Em sentido próximo, a jurisprudência alemã que se vem pronunciando sobre este tema, tem identificado dois critérios em que assentaria a doutrina das oportunidades societárias. De acordo com esta sistematização existe um critério baseado no interesse concreto da sociedade e um outro critério baseado no interesse abstrato da sociedade da oportunidade. Assim, haverá um interesse concreto na oportunidade quando a sociedade já tenha iniciado negociações. E existirá um interesse abstrato na oportunidade, quando esta se adeque aos planos efetivos da sociedade.¹¹⁰

A concretização agora avançada, permite dar destaque ao critério que consideramos primordial na análise do problema, nomeadamente, a relação de administração. De um lado temos as oportunidades de negócio que têm a sua origem na existência e no aproveitamento abusivo da relação de administração estabelecida entre o administrador e a sociedade. Neste grupo encontramos aquelas oportunidades de negócio que só foram conhecidas do administrador por causa do exercício e aproveitamento abusivo das funções de administração. Isto é, a oportunidade de negócio já é do domínio da sociedade, mas o administrador por causa da relação de administração, acaba por se aproveitar da sociedade, por algum meio existente (informações ou bens), para alcançar o seu intento de conhecer e desviar para si próprio a oportunidade. Onde se incluem, naturalmente, aquelas oportunidades que só foram conhecidas pelo administrador, devido à utilização indevida do pessoal e dos bens societários. Ora esta utilização indevida dos bens societários, em sentido amplo, só foi possível graças à situação privilegiada do administrador dentro da sociedade, derivada da relação de administração. Sendo esta estreita conexão entre a origem do conhecimento da oportunidade de negócio e a relação de administração, o critério caracterizador desta constelação de casos. Dito de forma simplista, o conhecimento da oportunidade só adveio ao administrador devido ao desempenho abusivo das funções de gestão na sociedade representada.

Como poderemos observar, este critério é insuficiente para abranger todos os casos-padrão de violação do dever de não apropriação de oportunidades de negócio. Desde logo ficam de fora todas aquelas oportunidades que são conhecidas pelo administrador independentemente da relação de administração, mas que ainda assim

¹¹⁰ V. REIS, Nuno Trigo dos, *Os Deveres de lealdade...*, ob. cit., pp. 279 e ss., pp. 307 e ss.

o dever de lealdade impõe a sua entrega à sociedade.

Fazem parte deste segundo grupo, como se disse, aqueles negócios que poderiam gerar ganhos sinérgicos para a sociedade e ainda os atos isolados de concorrência. Percebe-se que este grupo integra aqueles casos que estão fora do domínio da sociedade, sendo mesmo na maioria das vezes, desconhecidos da sociedade. Assim, independentemente das circunstâncias em que o administrador adquira o conhecimento da oportunidade, uma vez conhecida, exige-se ao administrador que comunique tal oportunidade de negócio à sociedade, atendendo à sua especial conexão ou proximidade com a atividade desenvolvida ou a desenvolver (sendo tais planos da atividade futura do conhecimento administrador) da sociedade.

Consideramos que em relação ao primeiro grupo de casos, seria conveniente a adoção da nomenclatura de casos “*circa administratione*” e “*extra administratione*”¹¹¹ em relação ao segundo grupo de casos.¹¹²

Estamos em crer que a adoção da terminologia, no seio da presente problemática, tem a virtude de permitir uma melhor visualização da atuação do dever de não apropriação de oportunidades societárias, por um prisma dualista que segundo cremos expressa e esgota na sua essência o conteúdo principal do dever em causa.

Os casos “*circa administratione*” representam as oportunidades sobre as quais o seu conhecimento pelo administrador, só ocorreu por causa do exercício abusivo da relação de administração.

Os casos “*circa administratione*” expressam intensamente o valor ético em que assenta a lealdade dos administradores, que é o dever de não exercerem o cargo de administrador em proveito pessoal. Porquanto, o administrador, devido às funções que exerce, toma contacto com um grande manancial de conhecimento, informações, recursos e bens da sociedade, não sendo legítimo o seu aproveitamento a título pessoal.

Ao passo que, os casos “*extra administratione*” representam as oportunidades em relação às quais o seu conhecimento surgiu fora da relação de administração, mas que ainda assim têm uma conexão estreita ou proximidade com a atividade exercida ou a ser exercida pela sociedade. Estão em causa, em especial os atos isolados de

¹¹¹ O termo administração vem do latim “*administratione*” que significa o ato de administrar ou gerir negócios, pessoas, ou recursos, com a fim de alcançar os objetivos definidos.

¹¹² A terminologia ora adotada, tem a sua inspiração no instituto da responsabilidade civil, a respeito do tratamento e sistematização das várias categorias de dano, nomeadamente do dano “*circa rem*” e dano “*extra rem*”.

concorrência e as oportunidades que ofereceria ganhos sinérgicos à sociedade. Repare-se que neste caso, o administrador não recorreu ao uso de qualquer informação da sociedade, até porque a oportunidade poderá ser desta desconhecida. Nesta situação o conhecimento da oportunidade não teve a sua causa no exercício abusivo do cargo de administrador, nem na utilização de qualquer bem da sociedade. Nesta situação, a ilicitude do comportamento do administrador decorre do facto de se ter apropriado de uma oportunidade de negócio cujo desenvolvimento seria de toda a conveniência para a realização do interesse social.

Julgamos poder concluir que os casos “*circa administratione*” são expressão clara da dimensão negativa do dever de não apropriação das oportunidades de negócio societárias, e também assim, da vertente negativa do dever de lealdade, a qual proíbe a prossecução dos interesses pessoais às custas e em detrimento do interesse social.

Enquanto os casos “*extra administratione*” expressam primordialmente a dimensão positiva do dever de não apropriação das oportunidades de negócio societárias [*rectius* do dever de aproveitamento das oportunidades de negócio em benefício da sociedade], e também assim, da vertente positiva do dever de lealdade, a qual impõe ao administrador a promoção ativa dos interesses sociais. Através da comunicação à sociedade das oportunidades que sejam especialmente adequadas à realização do interesse social.

5. O interesse prático do dever

Após procedermos à exposição das várias concetualizações e perspetivas propostas para a sistematização interna do dever de não apropriação das oportunidades societárias, com a enunciação concreta dos diversos casos-padrão, é chegado o momento de nos debruçarmos sobre interesse da receção da presente doutrina no panorama nacional.

Apesar da doutrina nacional que tem analisado o problema jurídico das oportunidades societárias, defender a adoção da figura e o seu acolhimento no ordenamento interno, cumpre indagar da sua verdadeira utilidade prática. De facto, não basta a mera demonstração do sucesso secular do dever nos ordenamentos externos, *maxime* na ordem jurídica estadunidense. Há que em concreto, descortinar se existem casos de violação de lealdade que não são resolvidos por outros deveres

concretizadores do dever de lealdade, em especial com aplicação do dever de não concorrência.

Posto isto, a descoberta da utilidade prática do dever de não apropriação das oportunidades societárias dependerá da insuficiência dos restantes deveres na resolução dos litígios. Pois se todos os casos de violação da lealdade forem suscetíveis de ser solucionados convenientemente por aplicação dos restantes deveres, em especial dos deveres positivados, o interesse prático na receção do dever de não aproveitamento de oportunidades societárias, tende a ser nulo.

Partindo dos casos-padrão, identificados maioritariamente pela doutrina nacional e seguindo a nossa própria conceptualização, analisemos o campo de aplicação dos vários deveres comparativamente com o campo de aplicação do dever aqui em causa.

Começando pela análise dos casos “*circa administratione*”, temos por um lado, o caso-padrão em que ocorre a celebração de um negócio de que se teve conhecimento por força do exercício abusivo das funções de administrador e bem assim, a situação de celebração de um negócio com utilização dos bens societários. O primeiro caso-padrão integra as situações em que existem negociações iniciadas em nome da sociedade com um terceiro, ou a situação em que o administrador, enquanto tal, recebe uma proposta comercial de um terceiro, dirigida à sociedade. O segundo caso-padrão respeita àquelas situações em que o conhecimento da oportunidade só foi possível pela utilização de informações, bens ou pessoal da sociedade.

Da nossa perspectiva estes dois casos típicos devem ter o mesmo tratamento jurídico, devendo assim ser agregados sob a designação de casos “*circa administratione*”, conforme já tivemos oportunidade de expor.

Nesta situação o desvalor assenta não apenas no facto de o administrador privilegiar os seus interesses pessoais em detrimento do interesse social, mas em especial, no facto de o administrador abusar da sua posição e da relação de administração, em benefício próprio.

Reparamos que uma das concretizações do dever de lealdade é o dever de o administrador não utilizar em benefício pessoal o património ou as informações da sociedade.¹¹³

Se é verdade que o dever de não concorrência poderá não ter aplicação

¹¹³ V. ABREU, J. M. Coutinho de, *Deveres de Cuidado e de Lealdade...*, ob. cit., p. 28.

sobreposta aos casos “*circa administratione*”, o mesmo já não se poderá dizer do dever de não utilizar em proveito próprio o património social.

Com efeito, nestes casos, percebe-se que há uma clara sobreposição na aplicação do dever de não apropriação das oportunidades societárias e do dever de não utilizar o património ou as informações da sociedade em benefício pessoal.

Assim, na situação em que um administrador utiliza o pessoal e a maquinaria de uma sociedade para fazer a prospeção de uma jazida de minério num terreno e posteriormente vem a adquirir pessoalmente esse terreno, o administrador terá violado duplamente o dever de lealdade, nas suas duas manifestações acima referidas.

Não obstante, estamos em crer que a sobreposição dos dois deveres não é total, mesmo neste grupo de casos.

Entendemos que o dever de não utilizar meios ou informações da sociedade em benefício próprio tem um sentido ético-jurídico apesar de tudo diverso do dever de não apropriação, quando aplicado aos casos “*circa administratione*”. Com efeito, reparamos que enquanto aquele dever dá relevância e especial foco ao ato de o administrador utilizar bens ou informações da sociedade para um fim alheio (interesse pessoal) ao interesse social, o dever de não apropriação censura especialmente o ato de o administrador não aproveitar a oportunidade, assim obtida, em benefício da sociedade. Apesar de a base factual coincidir, a relevância que é atribuída a cada facto varia consideravelmente em face de cada dever. Deste modo, a aceitação da aplicação simultânea dos dois deveres, não tolhe o entendimento da existência de uma relação de autonomia e complementaridade na aplicação dos presentes deveres aos casos referidos.

Ainda que assim não fosse, sempre haveria de admitir o interesse e a utilidade da aplicação do dever de não apropriação de oportunidades societárias, aqueles outros casos em que o administrador conhece a oportunidade sem ter recorrido ou utilizado qualquer bem ou informação da sociedade. Será por exemplo, o caso em que o administrador, assumindo a posição de representante, recebe nessa qualidade e por causa dela, uma proposta comercial ou um convite a contratar, de um terceiro, vindo assim a adquirir o negócio para si próprio.

Passando agora à análise dos casos “*extra administratione*”, sabemos que estão em causa neste grupo aqueles casos em que o administrador conhece uma oportunidade, sem que tal conhecimento lhe tenha advindo do exercício abusivo das funções no âmbito da relação de administração que mantém com a sociedade, nem o

seu conhecimento terá causa nesta relação de administração. Está primordialmente em causa o caso-padrão da prática de atos isolados de concorrência e o caso-padrão em que a oportunidade de negócio geraria ganhos sinérgicos para a sociedade representada.

Neste último caso-padrão, integram-se as oportunidades que não se inserem na atividade efetivamente desenvolvida pela sociedade mas ainda assim, têm uma íntima conexão com esta, na medida em que o seu aproveitamento pela sociedade lhe proporcionaria ganhos sinérgicos relevantes. Será o caso do investimento em fornecedores ou clientes, ou o desenvolvimento de atividades paralelas ou afins, entre outros exemplos.

Ora, sendo um negócio que não entra na linha de atividade exercida, presente ou futuramente, pela sociedade é descabido chamar à colação o dever de não concorrência.

De igual modo, não será de aplicar manifestamente o dever de não utilizar o património ou as informações da sociedade em proveito próprio, porque tal negócio em princípio, poderá nem ser do conhecimento da sociedade.

Destarte, na impossibilidade de aplicar qualquer outro dever concretizador do dever de lealdade, afigura-se de plena utilidade e interesse a aplicação, aliás exclusiva, do dever de não aproveitamento das oportunidades societárias aos presentes casos de oportunidades que proporcionem ganhos sinérgicos à sociedade.

Diríamos até que este é o campo de aplicação por excelência do dever em causa, atendendo que é nesta situação que o sistema mais carece de uma solução capaz de tutelar a sociedade, dada a incapacidade de aplicação dos restantes deveres.

Enquanto nos casos “*circa administratione*”, se verificará, por vezes, como vimos uma sobreposição, ainda que parcial, da aplicação do dever de não apropriação com outros, nos casos “*extra administratione*”, o dever de não apropriação assume especial e exclusiva relevância na regulação de um número significativo de situações.

Passemos agora à consideração do caso em que o administrador aproveita um negócio que não oferece ganhos sinérgicos nem constitui um ato isolado de concorrência, nem o conhecimento da oportunidade teve causa na relação de administração, mas que ainda assim, seria vantajoso para a sociedade. Numa situação como a presente poderia questionar-se sobre a suscetibilidade de aplicar o dever de não apropriação das oportunidades societárias.

A par da doutrina¹¹⁴, entendemos não ser de aceitar a extensão do dever em causa a uma oportunidade de negócio pelo simples facto de a mesma se apresentar lucrativa para a sociedade.

Se admitíssemos a vigência do dever de não apropriação de oportunidades societárias em relação a todo e qualquer negócio vantajoso, tal implicaria a quase supressão do direito à iniciativa económica privada dos administradores, consagrado no art.º 61.º da CRP, com a violação do núcleo essencial do direito fundamental, art.º 18.º da CRP.

Assim, perante uma situação não enquadrável em nenhum caso-padrão, será lícito ao administrador aproveitar em seu benefício a oportunidade de negócio que se afigure vantajosa. Na ausência de um qualquer interesse da sociedade carecido de tutela, como seria o presente caso, deve o administrador prosseguir normalmente os seus interesses individuais. No entanto, em caso de dúvida acerca da licitude da apropriação pessoal pelo administrador de um determinado negócio, consideramos que o administrador deverá informar e comunicar a oportunidade à sociedade.¹¹⁵

Cumprir seguir o mesmo raciocínio em relação ao tradicional caso-padrão da prática de um ato isolado de concorrência. Estão em causa todos os atos praticados pelo administrador que se inserem nas atividades efetivamente exercidas pela sociedade (ainda que não incluídas no objeto social) e bem assim, nas atividades já deliberadas pelos sócios mas ainda não exercidas. Também estas situações se inserem no grupo de casos “*extra administratione*”, uma vez que o conhecimento da oportunidade de negócio será, em princípio, independente de um aproveitamento abusivo da relação de administração.

Conforme já tivemos oportunidade de referir, haverá casos, em se verificará uma dupla violação do dever de lealdade, por ser violado o dever de não apropriação de oportunidades societárias e o dever de não exercer atividade concorrente com a sociedade.

Todavia, como fizemos mencionar, esta aplicação sobreposta dos dois deveres aos atos isolados de concorrência será uma situação especial, desde que verificadas certas circunstâncias, já que a regra será a aplicação a estes casos apenas do dever de não apropriação.

¹¹⁴ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., p. 762; V. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., p. 103.

¹¹⁵ Em sentido contrário, v. BRUDNEY, Victor e CLARK, Robert C., *A new look...*, ob. cit., p. 1026.

Por fim, uma palavra a respeito dos atos praticados pelo administrador que apesar de não se inserirem no âmbito da atividade desenvolvida pela empresa, se inserem na atividade futura da sociedade, que se encontra em fase de planeamento ou estudo, considerando que o administrador conhece ou deveria conhecer, tais planos da sociedade.

Somos da opinião de que se deverá aplicar apenas e tão só o dever de não apropriação de oportunidades societárias, a estes atos, pela identidade de situações. De facto, esta situação é muito próxima daquelas outras em que o administrador pratica um ato isolado de concorrência que se insere no âmbito da atividade desenvolvida pela empresa.

6. Por um critério unitário

Segundo o melhor entendimento, o dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias vincula os administradores de sociedades anónimas de estrutura monista e os administradores das sociedades anónimas de estrutura dualista.

No entanto, surge a questão de saber se deverão também os membros do conselho geral e de supervisão, das sociedades anónimas com estrutura dualista, estar onerados com o dever de não apropriação de oportunidades societárias. É verdade que os membros do conselho geral e de supervisão não têm funções executivas de administração do património social, tendo antes a seu cargo funções de fiscalização da gestão exercida pelos administradores. Ainda assim, a sociedade não deixou de investir e confiar nos membros do conselho geral e de supervisão, importantes poderes que visam a tutela dos interesses sociais. O que implica a necessidade de reconhecer a sua vinculação ao dever de lealdade. Antes da entrada em vigor do D.L 76-A/2006 de 29 de março, estabelecia-se uma menor extensão do dever de lealdade aos membros do conselho geral e de supervisão, ao serem desonerados do dever de não concorrência. No entanto, após a entrada em vigor da referida legislação, passou a constar do art.º 434.º do CSC, n.º 5, a obrigação de não concorrência destes membros.

E o que dizer da aplicação do dever de não apropriação das oportunidades societárias a estes membros do conselho geral e de supervisão.

CAETANO NUNES ¹¹⁶ que escreveu ainda antes da alteração legislativa, defendia que a solução a esta questão passava por considerar que os membros do conselho geral e de supervisão apenas se encontram vinculados aos casos-padrão de celebração de um negócio de que se teve conhecimento por força do exercício de funções e de celebração de um negócio com utilização de informação, património ou pessoal da sociedade. Defendia ainda o Autor que os membros do conselho geral não estavam onerados em relação aos casos-padrão de prática de ato isolado de concorrência e de celebração de negócio que ofereceria ganhos sinérgicos.

A nosso ver, a questão perdeu relevância nos dias de hoje, atendendo ao facto de os membros do conselho geral estarem atualmente onerados com o dever de não concorrência nos mesmos termos dos demais administradores.

Assim, por uma questão de proximidade de situações consideramos que os membros do conselho geral e de supervisão também deverão estar vinculados ao dever de não apropriação de oportunidades societárias, quer no que respeita aos casos “*circa administratione*”, quer relativamente aos casos “*extra administratione*”.

Disto isto, somos de opinião de que o dever de não apropriação de oportunidades societárias, a que se encontram vinculados os membros do conselho geral e de supervisão, tem sensivelmente a mesma extensão do dever de não apropriação aplicável aos administradores com funções executivas.

E o que dizer dos administradores não executivos das sociedades anónimas em estrutura monista. Será de admitir em relação a estes, uma redução da extensão do dever de lealdade e em consequência, do dever de não apropriação de oportunidades societárias?

Mais uma vez CAETANO NUNES ¹¹⁷ responde afirmativamente. Defende o Autor que em relação aos administradores não executivos se deve admitir que o dever de não apropriação de oportunidades societárias só abrange, por regra, os casos-padrão de celebração de um negócio de que se teve conhecimento por força do exercício de funções e de celebração de um negócio com utilização de informação, património ou pessoal da sociedade. A posição do Autor assenta no argumento do menor grau de dedicação dos administradores não executivos à sociedade, o que implicaria uma menor intensidade e extensão do dever de lealdade em relação aos administradores não executivos. Na perspetiva do Autor, esta conclusão não é

¹¹⁶ V. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., pp. 90 e ss.

¹¹⁷ V. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., pp. 105 e ss.

afastada pelo facto de os administradores não executivos se encontrarem vinculados ao dever de não concorrência.

Salvo o devido respeito, não podemos acompanhar a tese defendida. Desde logo, os administradores não executivos estão onerados com o dever de não concorrência nos mesmos termos dos administradores executivos. Porquanto, os arts.º 397.º e 398.º do CSC não fazem qualquer distinção entre administradores executivos e não executivos.

Por outro lado, não encontramos fundamentos claros e evidentes da existência de uma menor intensidade e extensão do dever de lealdade em relação aos administradores não executivos. O art.º 64.º não opera qualquer distinção a propósito do dever de lealdade. Pois se é verdade que os administradores não têm funções executivas, não será de desprezar as funções de fiscalização que lhes foram confiadas pela sociedade. Em boa verdade, acreditamos que as funções de controlo e de fiscalização da atuação da administração tem a mesma relevância, se não mesmo superior, do que as funções de executivas. Ademais, não exigirá a um qualquer fiscal, digno desse nome, uma atuação exemplar de acordo com os mais elevados padrões de honestidade, correção e lealdade?

Por fim, em defesa da nossa posição, está a harmonia do sistema e a descoberta de uma solução uniforme com aplicação às diversas situações, sendo benéfico ao sistema a criação e consolidação de critérios unitários na solução de litígios futuros.

7. A dimensão positiva do dever

Inicialmente fizemos referência à dimensão negativa e positiva do dever de lealdade. A esse propósito, afirmamos, em consonância com a doutrina nacional, que a dimensão negativa traduz o dever de os administradores se absterem de prosseguir os seus próprios interesses em prejuízo do interesse social, ao passo que a dimensão positiva expressa o dever de os administradores promoverem os interesses sociais.

Dissemos também, que a vertente negativa do dever de lealdade, impõe obrigações de abstenção ou de *non facere*, enquanto a vertente positiva impõe obrigações de agir ou de *facere*.

Perante este cenário podemos questionar se o dever de não apropriação de oportunidades societárias, também contem em si mesmo uma dimensão positiva e negativa. Estamos em crer que as duas vertentes coexistem pacificamente no seio do

presente dever.

No nosso entendimento, acreditamos que a par da dimensão negativa, existe uma relevante dimensão positiva do dever de não apropriação de oportunidades societárias.

Essa dimensão positiva traduz-se na imposição ao administrador de verdadeiras obrigações de *facere*.

Frequentemente, o dever de não apropriação de oportunidades societárias é visto com um conteúdo ético-jurídico, dirigido a realizar a finalidade exclusiva de prevenir situações de conflitos de interesses, evitando assim atuações dos administradores em conflito de interesses com a sociedade. Indubitavelmente, não podemos negar que o dever tem uma finalidade de prevenção de situações de conflito de interesses. Porém, não podemos concordar que o dever se esgote na satisfação dessa finalidade. Entendemos que o dever de não apropriação de oportunidades societárias além dessa finalidade, tem uma outra, com a qual está interligada, que é a realização do interesse social.

Pensemos no exemplo em que um administrador toma conhecimento de uma oportunidade de negócio que ofereceria ganhos sinérgicos relevantes à sociedade que representa. Porém, o administrador apesar de não aproveitar em seu benefício o negócio em causa, decide ocultar a referida oportunidade de negócio da sociedade que administra.

Outro exemplo, um administrador recebe, na qualidade de representante, de um terceiro contraente, uma proposta negocial dirigida à sociedade. Apesar de se tratar de um negócio vantajoso para a sociedade, o administrador opta por não comunicar à sociedade a oportunidade de negócio. Contudo, não aproveita o negócio em benefício próprio.

Ora, quer num caso quer noutro, parece difícil poder afirmar-se que o administrador atuou de uma forma correta e leal para com a sociedade que representa. De todo o modo, o administrador não atuou numa situação de conflito de interesses, dado que não privilegiou os interesses pessoais em detrimento do interesse social.

De facto, o administrador não aproveitou nenhuma das oportunidades de negócio em benefício pessoal, cumprindo assim o dever de se abster de prosseguir os interesses pessoais com sacrifício dos interesses sociais.

Mas percebe-se que a mera abstenção de comportamento é insuficiente para a proteção e a promoção dos interesses sociais.

Deste modo, apesar do administrador se ter absterido de aproveitar, a título individual, as referidas oportunidades, nenhuma vantagem resultou para a sociedade, dado que não terá a possibilidade de conhecer e de aproveitar as referidas oportunidades, por força da omissão do administrador em comunicar a oportunidade de negócio.

Ora, aquando da constituição da relação de administração, a sociedade criou legitimamente a expectativa, de que os seus administradores aproveitariam as oportunidades societárias em benefício da sociedade.

Para o efeito os administradores devem informar e comunicar à sociedade representada todas as oportunidades societárias, e em especial, aquelas que proporcionem especiais vantagens competitivas à sociedade, devido à estreita conexão ou proximidade com a atividade presente ou futura desta.

De igual modo, devem os administradores comunicar à sociedade todas as oportunidades de negócio que se destinavam à sociedade, as quais foram recebidas pelos administradores enquanto representantes daquela.

Perante isto, não podemos deixar de afirmar que o dever de não apropriação de oportunidades societárias impõe aos administradores uma atuação no interesse da sociedade, mediante o cumprimento de obrigações de *facere*. A nosso ver, a principal obrigação de agir que onera os administradores respeita ao dever de comunicarem e entregarem à sociedade que representam, todas as oportunidades de negócio societárias.

No caso de o administrador incumprir tal obrigação de comunicação e de entrega da oportunidade à sociedade, deverá intender-se que o administrador violou, por omissão, o dever de aproveitar as oportunidades de negócio societárias em benefício da sociedade.

Pelo exposto, entendemos que o administrador pode violar o dever de lealdade por ação ou por omissão, conforme estejamos perante o incumprimento de uma obrigação de se abster ou de agir.

Posto isto, a omissão da prática de um ato, pelo administrador, pode implicar a violação do dever de lealdade, na modalidade do dever de aproveitar em benefício da sociedade as oportunidades societárias.

A posição por nós pugnada em relação ao regime português, corresponde ao entendimento que tem vindo a ser partilhado e aplicado pelos tribunais britânicos. *Inter*

alia, no caso *Industrial Development Consultants v. Cooley*¹¹⁸, o tribunal afirma de forma expressa que, por imposição da *no profit rule* e *no conflict rule*, os administradores estão vinculados a passar e comunicar à sociedade todas as oportunidades de negócio que sejam adequadas a realizar o interesse da sociedade. Fazendo parte dos deveres dos administradores, enquanto sujeitos fiduciários, o dever de não guardarem as informações e as oportunidades de negócio para si mesmos.

8. Autorização de apropriação

Importa agora atentar na questão de saber a quem compete a decisão de autorização para a apropriação das oportunidades de negócio societárias pelo administrador, no caso de este apresentar junto da sociedade um pedido formal de consentimento prévio de apropriação.

Conforme já referido, o dever de não apropriação de oportunidades societárias não apresenta regulação na legislação vigente. Pelo que, a resposta à presente questão terá necessariamente de passar pela aplicação das regras de interpretação e de preenchimento de lacunas.

Neste sentido, reparamos que a autorização para a celebração de negócios com a sociedade e a questão do exercício de atividade concorrente pelos administradores se encontram especificamente reguladas pelo CSC.

No que se refere à matéria da celebração de negócios entre a sociedade (estrutura monista) e o seu administrador, estabelece o art.º397º, n.º 2 do CSC, que a competência para a autorização da celebração do negócio é do próprio conselho de administração, estando apenas impedido de votar o administrador interessado.

No entanto, a autorização da celebração do negócio já compete ao conselho geral e de supervisão, quando estivermos perante uma sociedade em estrutura dualista e o administrador interessado seja membro do conselho de administração executivo, nos termos do art.º428º.

Por fim, a competência para a autorização de celebração de negócios entre um membro do conselho geral e de supervisão e a sociedade, pertence ao próprio conselho geral e de supervisão, não podendo votar o membro interessado, nos termos do art.º 397º, n.º2, *ex vi* do art.º445.º, n.º 1, todos do CSC.

¹¹⁸ 1 WLR 443-454 [ROSKILL J] (1971).

Por seu turno, nos termos do art.º398.º, n.º 3, do CSC, a competência para a decisão de autorização do exercício de atividade concorrente pelo administrador de uma sociedade em estrutura monista, é da assembleia geral, portanto da coletividade dos sócios.

Contrariamente, em relação aos administradores das sociedades em estrutura dualista (membros do conselho de administração executivo), a autorização para o exercício de atividade concorrente por estes, compete ao conselho geral e de supervisão nos termos do art.º428.º.

Porém, quando esteja em causa a autorização para o exercício de atividade concorrente pelos membros do conselho geral e de supervisão, a competência de decisão é atribuída uma vez mais à coletividade de sócios, em assembleia geral, nos termos do art.º 434.º do CSC.

É discutível de *iure condendo*, se a solução consagrada pelo legislador será a melhor no que concerne à matéria da autorização para o exercício de atividade concorrente. Consideramos que teria sido preferível a adoção do mesmo critério usado para os negócios com a sociedade. Porquanto, se órgão de administração ou o conselho geral e de supervisão são competentes para autorizar a celebração de um negócio entre a sociedade e um dos seus membros, também será competente para decidir de igual modo sobre a conveniência em autorizar o exercício de uma atividade concorrente com a da sociedade. Pois não é admissível que *ab initio* e abstratamente se possa considerar que o exercício de atividade concorrente é hipoteticamente mais danosa do que a celebração de um negócio isolado entre a sociedade e o seu administrador.

No entanto, de *iure condito*, a lei é expressa ao atribuir a competência de autorização do exercício de atividade concorrente à coletividade dos sócios, salvo a situação de o administrador visado pertencer ao conselho de administração executivo.

Somos do entendimento que se deverá aplicar analogicamente à situação de autorização prévia de apropriação pessoal de oportunidades de negócio, o regime de autorização estabelecido pelo legislador para o exercício de atividade concorrente.¹¹⁹ Porquanto, a similitude e a proximidade entre as situações assim o exige.

No entanto, poderia ponderar-se a aplicação analógica do regime da celebração de negócios com a sociedade, para o efeito de preencher a lacuna da autorização

¹¹⁹ V. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., p. 109.

prévia de apropriação de oportunidades de negócio. Esta solução teria a virtude de atribuir a competência de autorização para a apropriação de oportunidades ao órgão de administração, em vez da coletividade dos sócios.

Contudo, as regras de interpretação e integração de lacunas impõem ao intérprete que procure no sistema jurídico a situação e a solução mais próxima e semelhante ao caso que se pretende integrar. Razão pela qual consideramos mais correta a aplicação do regime de autorização previsto para o exercício de atividade concorrente à apropriação de oportunidades societárias, atendendo à maior semelhança e identidade entre as situações.

Seguimos o entendimento que o consentimento prévio para a apropriação de determina oportunidade societária, poderá ser estabelecido desde logo no contrato de sociedade, *maxime* nos estatutos da sociedade.¹²⁰ Do mesmo modo que é legítimo que os sócios limitem ou mesmo excluam o dever de concorrência dos administradores nos estatutos da sociedade, poderão de igual modo, os estatutos consentir previamente que os administradores se apropriem de oportunidades societárias futuras. Porém, os estatutos devem prever os pressupostos ou critérios objetivos que permitam determinar em concreto quais as oportunidades societárias que serão livremente apropriáveis pelos administradores.

Cumpramos ainda mencionar que acompanhamos o entendimento que defende a possibilidade de existir uma ratificação ou consentimento posterior do exercício de atividade concorrente ou da apropriação de oportunidades societárias pelo administrador. Ora, numa situação destas a ratificação equivalerá a uma renúncia ao direito de indemnização da sociedade contra o administrador prevaricador.¹²¹

Assim, deve considerar-se que este consentimento posterior a existir terá de respeitar os requisitos previstos para a renúncia ao direito de indemnização, indicados no art.º74º, n.º 2 do CSC.

¹²⁰ V. MARTINS, Alexandre Soveral, *O exercício de...*, ob. cit., p. 339 e ss.

¹²¹ V. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., p. 110.

9. Argumentos de defesa do administrador

9.1 A relevância do contexto privado

A relevância do contexto privado em que foi conhecida a oportunidade societária pelo Administrador é um dos pontos essenciais sobre a qual se têm debruçado a doutrina e jurisprudência de cada ordenamento jurídico.

Está em causa a questão de saber se deverá considerar-se relevante o contexto e a posição em que o administrador toma conhecimento da oportunidade societária para o efeito de se concluir pela legitimidade ou não da sua apropriação pelo administrador.

Os tribunais estadunidenses têm-se pronunciado, não raras, sobre a necessidade de distinguir a situação em que o administrador toma conhecimento da oportunidade societária enquanto agia como representante da sociedade, daquelas outras situações em que a oportunidade chegou ao conhecimento do administrador no contexto da sua vida privada (por exemplo, quando o administrador conhece a oportunidade de negócio durante uma partida de ténis ou de poker).

De acordo com este entendimento, para se afirmar pela apropriação ilícita da oportunidade de negócio societária que chegou ao conhecimento do administrador no âmbito da sua vida privada, terá ainda de ser verificado mais algum requisito. O requisito adicional poderá ser o facto de a oportunidade conhecida pelo administrador se revelar essencial para a realização do fim social. Não sendo assim suficiente a mera demonstração de utilidade ou vantagem em a sociedade prosseguir a oportunidade de negócio em causa. Sendo certo que, os tribunais norte-americanos têm considerado que a oportunidade é essencial quando o seu não aproveitamento pela sociedade implique uma diminuição dos seus lucros.¹²²

Todavia, a jurisprudência estadunidense aponta ainda outros requisitos como seja o facto de o administrador ter utilizado bens da sociedade e ainda, quando a sociedade tenha uma expectativa sobre o negócio.

Percebe-se que o critério relevante é o da essencialidade da oportunidade para a sociedade, dado que os restantes requisitos não são privativos desta problemática,

¹²² V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., p. 767.

sendo antes aplicados igualmente pelos tribunais, mesmo quando não se coloca a questão do contexto da oportunidade.

Uma parte dos tribunais tem admitido este tipo de defesa, baseada no contexto, por parte dos administradores, apelidada de “*source rule*”.¹²³ De acordo com esta tese, a oportunidade não pertencerá à sociedade se a mesma chegar à esfera do administrador por força das competências ou habilidades pessoais ou da sua reputação. A admissibilidade deste tipo de defesa tem merecido duras críticas por parte de alguns Autores.¹²⁴ E na nossa perspetiva com razão.

Pois em grande parte dos casos, não é possível saber o qual foi o centro de atração da oportunidade de negócio, se a competência pessoal do administrador ou a competência profissional, enquanto representante da sociedade. Até porque não serão raras as situações em que a captura da oportunidade de negócio se deveu em parte às competências pessoais do administrador e em parte à reputação, solidez e destaque da sociedade que representa. Por outro lado, não é razoável a separação estanque entre as próprias competências e habilidades pessoais do administrador, das competências profissionais inerentes ao desempenho da função de representante da sociedade.

Contrariamente, no ordenamento britânico e germânico, os tribunais têm defendido que o contexto privado ou formal em que surge a oportunidade de negócio é irrelevante para se aferir da legitimidade da sua apropriação pelo administrador. Em especial, os tribunais britânicos têm entendido que os administradores estão obrigados, por via das regras de *no profit* e *no conflict*, a transmitir à sociedade que representam todas as oportunidades que realizem o interesse social, independentemente do contexto que envolveu o seu conhecimento pelo administrador.¹²⁵

No que respeita ao ordenamento interno, consideramos que será de acolher esta última posição partilhada pelo regime inglês e germânico, em que não releva o contexto formal ou informal da aquisição da oportunidade societária.

De facto, a aplicação e defesa da relevância do contexto da oportunidade tem desde logo a dificuldade de determinar se o administrador agiu enquanto particular ou enquanto representante.¹²⁶ Pois na maioria dos casos não é possível determinar em

¹²³ TALLEY, Eric e HASHMALL, Mira, *The Corporate Opportunity Doctrine*, February (2001) pp. 12 a 13.

¹²⁴ V. CARRAD, David Clayton, *The Corporate Opportunity Doctrine in Delaware: A Guide to Corporate Planning and Anticipatory Defensive Measures*, 2 DEL. J. CORP. L. 1, 2 (1977).

¹²⁵ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., p. 766.

¹²⁶ V. GLEB, Harvey, *The Corporate Opportunity Doctrine- Recent Cases and the Elusive Goal of Clarity*,

que qualidade e contexto agia o administrador aquando da tomada de conhecimento da oportunidade. Pensemos, por exemplo, no caso em que o Administrador não obstante se encontrar num campo de férias contacta por algum meio com outros profissionais da sociedade que representa.

Ora, o dever de lealdade dos administradores é um dever demasiado intenso e extenso, para ficar limitado apenas ao horário e local de trabalho dos administradores.¹²⁷ Uma interpretação contrária conduziria, a nosso ver, a resultados inadmissíveis, possibilitando que qualquer administrador se imiscuísse com relativa facilidade da sua responsabilidade em caso de violação do dever de lealdade.

Seguindo ainda este pensamento da relevância do contexto, um administrador que se apropriasse de uma oportunidade societária, poderia sempre facilmente alegar e demonstrar que a oportunidade de negócio lhe foi dirigida a si enquanto sujeito privado, despido assim dos poderes de representação da sociedade.¹²⁸

Deste modo, o critério relevante não pode razoavelmente ser o do contexto ou da posição em que se encontrava o administrador quando tomou conhecimento da oportunidade de negócio, mas antes do conteúdo e conexão da oportunidade à atividade da sociedade.¹²⁹

Conforme já tivemos oportunidade de referir, os administradores por força da vinculação ao dever de lealdade, estão obrigados a realizar e prosseguir os interesses sociais, independentemente do contexto em que tenha surgido a oportunidade.¹³⁰

Posto isto, o administrador está impedido de se apropriar das oportunidades de negócio que tome conhecimento no contexto formal da relação de administração, mas também daquelas outras que tome conhecimento fora daquela relação e contexto formal, quando sejam do interesse da sociedade, devido à conexão existente.

31 U Rich Rev, 1997, 371-415, pp. 398 e ss.

¹²⁷ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., pp. 769-770.

¹²⁸ V. LARGUINHO, Marisa, *O dever de lealdade...*, ob. cit., pp. 200 e ss. A Autora parece defender em parte a relevância do contexto em que o administrador recebe a oportunidade de negócio, desconsiderando o interesse que a sociedade possa ter no negócio. Escreve esta Autora que "(...) [S]e o administrador for contactado não enquanto tal mas porque quem o contacta pretende contratar com ele – em seu nome pessoal e não com a sociedade que representa. Neste caso, contrariamente às situações anteriores, a oportunidade comercial não deverá ser considerada como pertencente à sociedade."

¹²⁹ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., p. 762.

¹³⁰ V. JUNGKURTTH, Frank, *Konzernleitung bei der GmbH. Die Pflichten des Geschäftsführers*, Berlin, 2000, p. 88 (apud OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade, Por um Critério Unitário de Solução do "Conflito do Grupo"*, Almedina, 2012, p. 533) "...um administrador está sempre ao serviço."

9.2 A incapacidade financeira

Um significativo número de tribunais estadunidenses, em especial aqueles que mais seguem o critério do *line of business test*, tem admitido e dado provimento à defesa invocada pelo administrador prevaricador, que a sociedade que representa não possuía capacidade financeira para prosseguir a oportunidade de negócio.¹³¹

Neste sentido, pronunciou-se o tribunal do Estado do Delaware, no famoso caso *Broz v Cellular Information Systems, Inc.*,¹³² onde se declarou que na situação de a sociedade não ter capacidade financeira para aproveitar o negócio, aos administradores seria lícito o seu aproveitamento a título individual sem necessidade de solicitar previamente qualquer autorização à sociedade.

De igual modo, o Supremo tribunal de Delaware já anteriormente no caso *Guth v Loft, Inc.*,¹³³ havia consagrado como pressuposto negativo da doutrina das oportunidades societárias a necessidade de a sociedade possuir capacidade financeira para tomar o negócio.

Deste modo os tribunais partidários desta tese, defendem que a ilicitude da apropriação da oportunidade de negócio depende afinal da existência de meios financeiros suficientes da sociedade para adquirir a oportunidade, sob pena de se admitir como legítima a sua apropriação pelo administrador.¹³⁴

Vários são os Autores que têm o cuidado de apresentar esta corrente jurisprudencial que dá relevância à existência de capacidade financeira da sociedade para tomar uma certa oportunidade de negócio, para que se poder ajuizar da ilicitude da apropriação pessoal pelo administrador.¹³⁵

Naturalmente, que não podemos subscrever este entendimento dos tribunais,

¹³¹ V. TALLEY, Eric e HASHMALL, Mira, *The Corporate Opportunity Doctrine*, ob. cit., pp. 13 ss.

¹³²V. 673 A 2d 148-159 (Del. 1996) pp. 272-273.

¹³³V. 511 A. 2d (Del. 1939) pp. 272-273. Pode ler-se nesta decisão do caso *Guth v Loft, Inc.*, o seguinte: "*if there is presented to a corporate officer or director a business opportunity which the corporation is financially able to undertake... the law will not permit him to seize the opportunity for himself*".

¹³⁴ *Inter alia, v. Paulman v. Kritzer*, 74 Ill.App.2d 284, 219 N.E.2d 541 (1966). "[n]umerous factors are to be weighed, including the manner in which the offer was communicated to the officer; the good faith of the officer; the use of corporate assets to acquire the opportunity; the financial ability of the corporation to acquire the opportunity".

¹³⁵ V. TALLEY, Eric, *Turning Servile Opportunities to Gold: a Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine*, 108 Yale LJ, 1998, 277-371, p. 291; ORLINSKY, Eric G., *Corporate Opportunity Doctrine and Interested Director Transactions: a Framework for Analysis in an Attempt to Restore Predictability*, 24 Del J Corp, 1999, 452-528, 461-462 e 528.

dado que a violação do dever de lealdade pelo administrador não pode em caso algum ser afastada pelo simples facto de a sociedade não possuir capacidade financeira para adquirir a oportunidade de negócio.

Com efeito, o dever de lealdade tem um conteúdo eminentemente ético-jurídico que impõe ao administrador de uma sociedade comercial um determinado comportamento segundo os padrões de correção e lealdade.

Sendo obrigação de qualquer administrador não aproveitar nenhuma oportunidade de negócio societária, sem a prévia existência de uma autorização da sociedade nesse sentido. Até porque apesar de a sociedade em certo momento não ter meios financeiros para prosseguir uma oportunidade de negócio, pode ainda assim, não ter interesse em que um seu administrador prossiga individualmente o negócio em causa.

Os tribunais britânicos e alemães têm pelo contrário, pugnado pela desconsideração da defesa arguida pelos administradores referente à incapacidade financeira da sociedade em aproveitar a oportunidade de negócio.

Na base deste pensamento está o argumento de que a ordem jurídica pretende prevenir em abstrato, que o administrador se coloque numa situação conflito de interesses com a sociedade, ainda que meramente potencial. Por outro lado, a admissão que a incapacidade financeira permitiria a apropriação pessoal de oportunidades, conduziria a que os administradores reduzissem o seu empenho e dedicação na realização das negociações da sociedade e bem assim no afastamento dos obstáculos à sua concretização.¹³⁶

De facto, a violação do dever de não apropriar oportunidades de negócio societárias, decorrente do dever de lealdade, pelo administrador, não pode ser neutralizada pela simples razão de a sociedade em determinado momento não ter meios financeiros para aproveitar a oportunidade. Pois o facto de uma sociedade se encontrar financeiramente impossibilitada de prosseguir certo negócio em certo momento, não anula o dever de lealdade que vincula os administradores à sociedade.

Nem se concebe como admissível, que a deslealdade praticada por um administrador, na captura de uma remuneração oculta mediante o aproveitamento de oportunidade societária, possa ser afastada mediante a invocação do facto de a sociedade ser incapaz de a aproveitar. Sempre haveria de se concluir pela violação

¹³⁶ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., pp. 770 e ss.

dos deveres a que está vinculado o administrador.

A tese que defende a consideração da capacidade financeira da sociedade acaba por premiar os administradores prevaricadores que privilegiaram os seus interesses pessoais em detrimento dos interesses da sociedade. Porquanto, estes ao invés de fortalecerem a posição financeira da sociedade, desenvolvendo esforços no sentido angariarem por algum meio possível crédito ou capital, que possibilitasse o aproveitamento pela sociedade da oportunidade de negócio (que realizaria em grande medida os interesses sociais) optaram por prosseguir por si próprios e em seu proveito as oportunidades que pertenciam à sociedade.¹³⁷

Dito isto, a tese que dá relevância à capacidade financeira enfraquece grandemente a posição da sociedade em concreto, e a economia, em geral. Uma vez que incentiva a procura e captura pelos administradores de remunerações adicionais e ocultas, mediante o desvio das oportunidades de negócio da órbita da sociedade para a esfera pessoal.

Por fim, sempre se diga que esta tese coloca difíceis problemas no que concerne à prova do estado de incapacidade financeira da sociedade. Desde logo, surge a questão de saber a quem incumbe o ónus da prova desse facto em juízo, se à sociedade ou ao administrador. De todo o modo, não se afigura fácil a tarefa de saber se a sociedade em certo momento tinha ou não, e em que medida, capacidade financeira para prosseguir dado negócio. Até porque a consideração da capacidade financeira pelo tribunal, implicaria que este decidisse o caso, baseado em factos que são do conhecimento do administrador.¹³⁸

Pelo exposto, atendendo a todos os argumentos aventados, partilhamos do entendimento que não é admissível o aproveitamento de uma oportunidade pertencente da sociedade por um administrador com fundamento na incapacidade financeira daquela na sua aquisição.

¹³⁷V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., p. 772-773.

¹³⁸V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., p. 773.

9.3 A incapacidade legal

Os tribunais estadunidenses têm divergido no que respeita à admissão da defesa invocada pelos administradores relativa à incapacidade legal de a sociedade prosseguir a oportunidade societária.

Um dos casos sobre os quais se pronunciaram os tribunais estadunidenses consistia no facto de um dos administradores de uma sociedade mutualista, aproveitar a oportunidade de constituir uma sociedade seguradora, sendo certo que aquela instituição bancária estava proibida por lei de prosseguir a atividade seguradora.

Os tribunais estadunidenses dividiram-se na tomada de solução a dar à presente situação.

Para muitos dos tribunais, o argumento da incapacidade legal da sociedade não seria válido, atendendo ao facto de que os administradores se encontrarem vinculados a prover pelo afastamento de todos os obstáculos e impedimentos legais e de todo o modo, só poderiam aproveitar pessoalmente uma oportunidade societária após a emissão de autorização prévia pela sociedade.

Por outro lado, outra parte dos tribunais é do entendimento que a incapacidade legal é um motivo válido e suficiente que permite que um administrador possa licitamente prosseguir uma oportunidade de negócio que está vedada legalmente à sociedade, sem necessidade de ter de solicitar previamente uma autorização a esta.

De um modo geral, acabou por dominar a tese da desconsideração e invalidade do argumento da incapacidade legal da sociedade, muito por força do *Companies Act* 2006, s. 175(2). Assim, era irrelevante que a sociedade tivesse capacidade financeira, técnica ou legal para tomar a oportunidade de negócio, bastava a mera possibilidade de conflito de interesses.¹³⁹

No entanto, este estado de coisas é abalado por STRUAN SCOTT, ao levantar a questão relevante de como é que se poderia considerar como societária, uma oportunidade que a sociedade estava impedida de explorar.¹⁴⁰

Com efeito, assiste razão ao Autor, em particular, no que respeita àquelas oportunidades de negócio em que administrador tomou conhecimento da oportunidade

¹³⁹ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., pp. 774 e ss.

¹⁴⁰ V. SCOTT, Struan, *The Corporate Opportunity Doctrine and Impossibility Arguments*, 66 MLR, 2003, 852-869, p. 867.

sem causa na relação de administração e sem recurso a qualquer bem ou informação societária. Repare-se que está em causa a modalidade de oportunidades “*extra administratione*”.

Em relação a este grupo de oportunidades não é correto afirmar que as mesmas possam pertencer à sociedade, porque não foi usado qualquer bem desta e sobretudo porque a lei veda a sua prossecução pela sociedade. Assim, não releva o facto de a oportunidade poder proporcionar relevantes ganhos sinérgicos à sociedade, uma vez que foi a própria lei que impôs a proibição de a sociedade desenvolver esse tipo de negócio. Pelo que não seria correto, ainda assim, considerar tal oportunidade como pertencente da sociedade.

Em consequência, somos de opinião que numa situação como a presente, o administrador que aproveita uma oportunidade vedada por lei à sociedade e sem recorrer para tal a qualquer bem ou informação da sociedade, não viola o seu dever de lealdade para com esta. Porquanto, o administrador neste caso age de boa-fé, e não defrauda qualquer expectativa real ou putativa da sociedade de esta poder vir a desenvolver ou aproveitar a oportunidade, dado o facto de lhe estar legalmente vedada.

Situação diferente, devendo ter um diferente tratamento, é aquela em que estamos perante uma oportunidade de negócio que apesar de se encontrar legalmente vedada à sociedade, o administrador só a apropriou por força do recurso a informações ou da utilização de bens da sociedade. Estão em causa as oportunidades “*circa administratione*”.

Neste caso, haverá uma situação de conflito de interesses, devendo em consequência, admitir-se que o administrador violou o dever de lealdade. Porquanto, o administrador de forma ilegítima utilizou informações ou bens da sociedade em benefício próprio, para o efeito de alcançar adquirir a oportunidade de negócio. Porém cumpre referir, que nesta situação, haverá violação do dever de lealdade na modalidade de violação do dever de não utilização de bens ou informações da sociedade em benefício próprio.

Por fim, acompanhamos, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO¹⁴¹, quando afirma que se deverá distinguir as limitações legais das limitações estatutárias e deliberativas. Segundo o Autor, em relação às primeiras não será possível afirmar que as oportunidades são societárias, por força da aplicação do art.º 280º do CC, pois o

¹⁴¹ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., pp. 775-776.

negócio seria nulo.

Contrariamente, em relação às limitações estatutárias e deliberativas já será de considerar como societárias essas oportunidades, atendendo ao facto de essas limitações não serem absolutas e não limitarem a capacidade jurídica da pessoa coletiva. Assim, o facto de os estatutos vedarem a prossecução de uma certa atividade, não desvincula o administrador de comunicar à sociedade uma oportunidade que caindo nesse âmbito, ofereceria relevantes ganhos sinérgicos à sociedade.

10. Breve análise dos grupos societários

Importa agora fazer uma breve referência à posição do dever de não apropriação de oportunidades de negócio do administrador no contexto dos grupos societários.

Ora, a par do problema do desvio de oportunidades de negócio da sociedade-filha para a sociedade-mãe¹⁴², urge responder à questão de saber se o administrador da sociedade-mãe estará obrigado a não aproveitar em benefício pessoal as oportunidades societárias das restantes sociedades do grupo. O problema em causa respeita à extensão exata do dever de não apropriação das oportunidades de negócio. Cumpre assim descortinar em que medida é que o administrador está impedido de desviar as oportunidades de negócio da sociedade-filha.

Pois se até agora analisamos a questão de saber quando é que uma oportunidade pertence à sociedade e quando é que os seus administradores diretos estão impedidos de as desviar, devemos agora perceber quando é que a oportunidade pertence à sociedade-filha, estando o administrador da sociedade-mãe impedido de a prosseguir.

A resposta a esta questão não pode deixar de ter em consideração a natureza e o conteúdo da oportunidade de negócio no âmbito do grupo societário.

Sabemos que o administrador da sociedade-mãe está obrigado a dirigir o grupo, com a mesma diligência a que está vinculado perante a sociedade que diretamente administra, nos termos do art.º 504.º do CSC. Temos assim, que o administrador da sociedade-mãe deverá promover e prosseguir o interesse do grupo, adotando para o efeito uma conduta correta e diligente.

Deste modo, se a prossecução das oportunidades de negócio pela sociedade-

¹⁴² Este problema que não será tratado no presente estudo.

filha estão em linha, e em última análise realizam os interesses da sociedade-mãe, então o administrador desta, estará em princípio, proibido de se apropriar daquelas oportunidades. Sob pena de o administrador violar o dever de lealdade a que está vinculado perante sociedade-mãe, dado que nessa situação privilegiaria os interesses pessoais em detrimento dos interesses sociais da sociedade que administra.

A este propósito, escreve ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA que este é um dos poucos exemplos, em que se considera que o dever de lealdade dos administradores se estabelece diretamente com a sociedade subsidiária.¹⁴³

Somos da opinião que se o administrador tiver conhecimento de uma oportunidade de negócio apropriada para a sociedade-filha, por força do exercício abusivo das suas funções, nomeadamente recorrendo a informações ou bens da sociedade-mãe, o administrador está claramente impedido de tomar para si o negócio. De igual modo, na situação em que o administrador toma conhecimento da oportunidade de negócio vantajosa para a sociedade-filha, por força do aproveitamento abusivo de bens ou informações desta sociedade (filha), deverá considerar-se que o administrador se encontra igualmente impedido de prosseguir o negócio. Compreende-se que estão aqui em causa as oportunidades que temos vindo a denominar de “*circa administratione*”.

Assim, independentemente do nível de dedicação e intervenção que o administrador da sociedade-mãe tenha em relação às sociedades subordinadas, deve sempre concluir-se que aquele se encontra impedido de prosseguir a título individual, as oportunidades “*circa administratione*”, que realizariam o interesse da sociedade-filha.¹⁴⁴

No que respeita àquelas oportunidades que surgiram ao administrador sem que tivesse existido um aproveitamento abusivo do exercício de funções de administração, mas ainda sim se inserem na atividade exercida pela sociedade-filha, ou tem com esta uma especial conexão, (oportunidades “*extra administratione*”) alguma doutrina tem entendido que deve ser feita uma distinção de regime entre os grupos centralizados e os grupos descentralizados.

Segundo este entendimento nos grupos centralizados, o administrador da sociedade diretora exerce a função de direção do grupo com grande intervenção nas administrações das sociedades subordinadas. O que reclama uma maior intensidade

¹⁴³ V. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Grupos de sociedades...*, ob. Cit., pp. 536-537.

¹⁴⁴ V. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Grupos de sociedades...*, ob. cit., p. 537.

do dever de lealdade destes administradores. Assim, o administrador da sociedade diretora, ao tomar conhecimento de uma oportunidade que é do interesse de alguma das sociedades dominadas, deve abster-se de desviar o negócio desta. No caso de o administrador violar o dever de lealdade, deverá responder perante as duas sociedades (mãe e filha).¹⁴⁵

Pelo contrário, nos grupos descentralizados, os administradores das sociedades diretoras deixam grandes espaços de autonomia às administrações das sociedades subsidiárias, ao emitir apenas as linhas gerais do governo das sociedades. O levaria a concluir que nesta situação, o dever de lealdade não seja tão intenso em relação ao administrador da sociedade diretora. Em consequência, o administrador da sociedade diretora não está proibido de aproveitar a título pessoal, aquelas oportunidades de negócio que seriam do interesse das sociedades subordinadas.¹⁴⁶

Salvo melhor opinião, consideramos que a presente posição é suscetível de ser alvo de algumas críticas.

Em primeiro lugar, não temos como certo, nem existem indícios na lei que permitam afirmar que a menor centralização de um grupo societário implique diretamente uma menor intensidade do dever de lealdade a cargo dos administradores. Apesar da menor intervenção que a administração da sociedade diretora possa ter na administração da sociedade subordinada, devem ainda assim, os administradores daquela conhecer as atividades exercidas pelas sociedades subordinadas.

Em segundo lugar, surge a questão de saber qual será o nível de centralização de um grupo, a partir do qual se poderá afirmar que o dever de lealdade dos administradores se tornou mais extenso e intenso. Isto porque, não nos parece que existam grupos totalmente centralizados nem totalmente descentralizados, mas sim grupos mais centralizados dos que outros, com diferentes níveis de centralização. Impondo-se assim a questão de saber que solução dar aos grupos que não se podem caracterizar nem como descentralizados ou como centralizados.

Em terceiro lugar, atendendo que é consensual a oneração dos administradores da sociedade diretora, com o dever de não concorrerem com as atividades das sociedades-filhas, tal implica que, logicamente, se admita também a proibição de os administradores praticarem atos isolados de concorrência. Porquanto, como tivemos

¹⁴⁵ V. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Grupos de sociedades...*, ob. cit., pp. 537-538.

¹⁴⁶ V. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Grupos de sociedades...*, ob. Cit., pp. 536-537.

oportunidade de referir, a prática de apenas um ato concorrência pode ser tão ou mais danoso para a sociedade do que o exercício de atividade concorrente.

Em quarto lugar, a harmonia do sistema impõe a descoberta de soluções unitárias com aplicação às diversas situações. Sendo certo que a presente distinção aventada prejudica, a nosso ver, a harmonia do sistema jurídico, na medida em que dificulta a sua apreensão pelos sujeitos jurídicos, e em última análise impede que os sujeitos vinculados ao dever se orientem pela norma, devido à sua elevada complexidade em face dos contornos da situação concreta. Dito isto, seria mais benéfico ao sistema a criação e consolidação de um critério uniforme e unitário, capaz solucionar com adequação e justiça os litígios futuros.

Deste modo, somos do entendimento que os administradores da sociedade diretora estão proibidos, de prosseguir aquelas oportunidades de negócio da sociedade-filha, cujo conhecimento surgiu por força do exercício abusivo da relação de administração ou devido à utilização de informações ou bens de uma das sociedades. Devendo igualmente, afirmar-se que haverá proibição de apropriação em relação às oportunidades que sejam do interesse da sociedade subordinada, independentemente do nível de centralização do grupo societário.

Por outras palavras, os administradores da sociedade diretora estão impedidos de desviar as oportunidades “*circa administratione*” e as oportunidades “*extra administratione*”.

11. Consequências da violação do dever

Abstratamente, as consequências possíveis para a violação pelo administrador do dever de não apropriação de oportunidades societárias, são essencialmente a responsabilidade civil e a destituição com justa causa do administrador.

Com efeito, de acordo com o art.º 72.º, n.º 1. do CSC, os administradores respondem civilmente perante a sociedade por todos os danos que causem no património da sociedade que representam, desde que para tal estejam verificados os pressupostos da responsabilidade civil, nomeadamente a ilicitude, a culpa, dano e o nexo causal entre o facto ilícito e os danos.¹⁴⁷

Temos assim, que a violação do dever de não apropriação de oportunidades

¹⁴⁷ V. ABREU, J. M. Coutinho de, *Deveres de Cuidado e de Lealdade...*, ob. cit., p. 30.

societárias gera responsabilidade obrigacional dos administradores, tal como a violação do dever de não concorrência.

No âmbito do direito estadunidense ¹⁴⁸, além da consideração da responsabilidade civil do administrador que ilicitamente desviou uma oportunidade societária, pode ainda ser imposto ao administrador a entrega da oportunidade à sociedade. Para o efeito, o tribunal ordena a constituição de um *constructive trust* a favor da sociedade.¹⁴⁹

No direito interno, um dos mecanismos legais que poderá ser usado para determinar a entrega da oportunidade de negócio à sociedade é o arbitramento de indemnização em espécie. Na maioria das situações, estamos convencidos que a reconstituição natural com a entrega da oportunidade de negócio à sociedade, realizará em melhor medida, o interesse social, do que o mero arbitramento de uma indemnização em dinheiro pelos danos causados. No entanto, surge o inconveniente de esta indemnização em espécie não ter eficácia em relação aos terceiros contratantes do administrador no negócio realizado.

Por outro lado, existem casos em que a aplicação do instituto da responsabilidade civil se revela ineficaz e verdadeiramente incapaz de apresentar uma solução razoável e justa. Pensemos, na situação em que a apropriação da oportunidade de negócio pelo administrador possibilitou a este um enriquecimento muito superior ao *quantum* dos danos sofridos no património da sociedade.

De facto, sabemos que o instituto da responsabilidade civil tem como finalidade primordial o ressarcimento dos danos causados no património de uma determinada entidade. Tal implica que a aplicação das regras da responsabilidade civil ao caso, conduziria a um resultado injusto, de o administrador conservar os lucros ilicitamente obtidos com o desvio do negócio.

No direito alemão está consagrada a figura do “direito de entrada”, através do qual a sociedade pode exigir do administrador prevaricador a restituição de todos os lucros e vantagens obtidas por este mediante a apropriação ilícita da oportunidade de negócio societária.¹⁵⁰

No plano interno, constatamos que a Ciência Jurídica ainda se debate por

¹⁴⁸ Repare-se que no direito norte-americano, os *Principles of Corporate Governance*, estabelecem que o ónus de prova pela violação do dever de não apropriação de oportunidades societárias e do dever de não concorrência, recai sobre a sociedade, podendo, no entanto, o tribunal impor ao administrador o ónus probatório relativamente a factos que sejam do seu conhecimento.

¹⁴⁹ V. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., p. 71.

¹⁵⁰ V. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., pp. 84 e ss.

encontrar uma solução para o problema do dever de restituição do lucro ilicitamente obtido através da ingerência numa esfera jurídica alheia.¹⁵¹

NUNO TRIGO REIS¹⁵² que se dedica com algum detalhe à análise do problema no âmbito da violação do dever de lealdade pelo administrador, defende a existência de uma obrigação de restituição dos lucros que resultem da atuação ilícita e dolosa do administrador. Todavia, o Autor pugna pela dedução do valor das despesas em que o administrador incorreu para a realização dos lucros obtidos.

Curiosamente, o legislador estabeleceu no art.º180.º, n.º 2 do CSC o seguinte:

“O sócio que violar o disposto no número antecedente fica responsável pelos danos que causar à sociedade; em vez de 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 provento.

Apesar do silêncio da lei nas secções dedicadas às restantes sociedades comerciais, somos da opinião que a presente norma não tem carácter excepcional. Pelo contrário, consideramos ser uma manifestação do princípio de que não pode qualquer sócio ou administrador beneficiar de um ato desleal em face da sociedade. Sendo nessa medida uma consequência imposta pelo dever de lealdade aos administradores que se desviem dos padrões de correção e lealdade exigidos.

Consideramos assim, que a presente norma vem confirmar a necessidade de se reconhecer, em relação a todas as sociedades comerciais e em especial à sociedade anónima, a obrigação de restituição dos lucros ilícita e culposamente obtidos pelo administrador em resultado da apropriação de uma oportunidade societária.¹⁵³

Pelo que propendemos a defender a aplicação analógica do art.º180.º, n.º 2 às restantes sociedades, na situação de apropriação de uma oportunidade de negócio societária pelo administrador.¹⁵⁴

Uma posição contrária, conduziria a um resultado pernicioso. Porquanto, na

¹⁵¹A problemática assume carácter geral no âmbito do Direito das Obrigações, não sendo assim um problema privativo da violação do dever de não apropriação de oportunidades societárias.

¹⁵² V. REIS, Nuno Trigo dos, *Os Deveres de lealdade...*, ob. cit., pp. 387 e ss.

¹⁵³ Em sentido próximo, v. REIS, Nuno Trigo dos, *Os Deveres de lealdade...*, ob. cit., pp. 387 e ss.

¹⁵⁴ V. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias...*, Parte II, ob. cit., pp. 776-777; OLIVEIRA, Ana Perestrelo, *Grupos de sociedades...*, ob. cit. pp. 538 e 386; V. RIBEIRO, Maria de Fátima, *O dever de os administradores...*, ob. cit., pp. 656 e ss.

sociedade atual, o *homo economicus*, observa por um prisma de racionalidade o seu interesse pessoal, sopesando assim os custos (sanções) e os benefícios (lucros a obter) resultantes da prática dos seus atos. Sendo que na situação em que os benefícios (lucros) ultrapassam visivelmente os custos (sanções), o administrador poderá ser levado a violar, racionalmente, os deveres a que está vinculado (no caso o dever de lealdade).

Assim, incumbe ao direito e à Ciência Jurídica, criar mecanismos que previnam, com eficácia e justiça, a ocorrência destas situações anómalas, prejudiciais ao sistema e ordenamento jurídico.

Por fim, sempre se diga que a violação pelo administrador do dever de não concorrência é suscetível de ser sancionada com a destituição com justa causa do administrador, nos termos dos arts.º 254.º n.º 5, 398.º n.º 5, 428.º, 434.º n.º 7, todos do CSC. Dada a semelhança de situações, tais normas também serão de aplicar no caso de violação do dever de não apropriação de oportunidades societárias. Para tal basta que se verifique o requisito da gravidade da violação, art.º403.º, n.º 4.

Partilhamos do entendimento que este requisito de gravidade será com alguma facilidade preenchido, atendendo que o dever de lealdade é o pilar basilar em que assenta a relação de confiança entre o administrador e a sociedade. Pelo que uma atuação desleal por parte do administrador redundará em regra, numa quebra irremediável da confiança depositada pela sociedade naquele.¹⁵⁵

¹⁵⁵ V. NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, ob. cit., p. 112.

Conclusões

Conforme indicámos inicialmente, propusemo-nos a realizar uma análise, sob uma perspetiva prática e crítica, dos fundamentos de aplicabilidade, do conteúdo material e âmbito de aplicação do dever de não aproveitamento das oportunidades de negócio societárias, no âmbito do ordenamento jurídico interno.

Verificámos que existe uma grande disparidade de relevância conferida pela Ciência Jurídica inglesa e estadunidense e a Ciência Jurídica portuguesa, assim como nos restantes Direitos continentais, à doutrina das oportunidades societárias, no âmbito do direito societário. Pois, enquanto nos sistemas jurídicos de *Common Law*, a doutrina das oportunidades societárias foi alvo de um intenso e extenso estudo por diversos Autores, que se dedicaram ao tema ao longo de todo o século XX, ao passo que na ordem jurídica nacional, é escassa a literatura jurídica devota ao assunto.

Pudemos compreender que o motivo elucidativo para este aparente alheamento e desconhecimento, ao longo de várias décadas, do dever de não apropriação de oportunidades societárias, dado pela Ciência Jurídica portuguesa, e pelos Direitos continentais, se ficou a dever ao facto de terem sido criados e desenvolvidos diferentes mecanismos de prevenção e resolução dos eventuais conflitos de interesses entre o administrador e a sociedade, com especial relevo para o dever de não concorrência.

Perante este cenário, propusemo-nos, no âmbito do presente estudo a responder, a final, a três questões principais:

1. Qual é a estrutura interna e o fundamento de aplicação em que assenta o dever de não apropriação de oportunidades societárias?
2. Quando é que podemos afirmar que determinada oportunidade pertence à sociedade?
3. Existirão situações que, perante a insuficiência de outros mecanismos, só possam lograr ser adequadamente solucionados recorrendo à aplicação do dever de não apropriação?

Para melhor compreender a presente problemática e os pontos em discussão, realizámos uma análise sobre a fundamentação jurídica e a aplicabilidade do dever de não apropriação no ordenamento estadunidense, com uma breve incursão no dever

de lealdade e bem assim, na sua figura mais próxima, que é o dever de não concorrência.

Alcançado este ponto, podemos concluir da seguinte forma:

Relativamente à primeira questão, no que concerne à estrutura interna e ao fundamento do dever de não apropriação de oportunidades societárias, entendemos que o dever de não apropriação abrange duas vertentes, uma dimensão negativa e uma dimensão positiva. Frequentemente, o dever de não apropriação de oportunidades societárias é visto essencialmente numa vertente negativa, que impõe aos administradores meras obrigações de abstenção (*non facere*), com vista à realização da finalidade de prevenção de situações de conflitos de interesses. Como já afirmamos, acreditamos que o dever de não apropriação, a par do dever de lealdade de que emana, contem mais do que meras obrigações de abstenção, impondo, a nosso ver, em determinadas circunstâncias, obrigações de agir e atuar (obrigações de *facere*) de modo a alcançar a realização do interesse social. Perante isto, entendemos que o dever de lealdade, e em especial o dever de não apropriação de oportunidades societárias, impõe aos administradores uma atuação no interesse da sociedade, mediante o cumprimento de obrigações de *facere* que permitam a maximização deste interesse.

Em relação à segunda questão, respeitante ao problema de quando conseguimos saber que estamos perante uma oportunidade que pertence à sociedade, cumpre referir que o elevado casuísmo dificulta a afirmação de uma resposta unitária e categórica. Recorrentemente, tem-se assistido a um esforço de apresentação de vários casos-padrão que de algum modo possam esgotar o conteúdo e o campo de aplicação do dever de não apropriação. Da nossa parte, defendemos que se deverá admitir o reconhecimento de dois grandes grupos de casos de oportunidades que pertencem à sociedade e que desse modo, não podem ser desviadas pelos seus administradores. Estão em causa os grupos de casos “*circa administratione*” e “*extra administratione*”.

A necessidade de reconhecer esta dicotomia na delimitação dos casos de oportunidades societárias, decorre, a nosso ver, da existência de um duplo fundamento em que se baseia o dever de não apropriação. Por um lado, o imperativo de o administrador não utilizar, abusivamente, a relação de administração e a sua

posição de representante da sociedade, em benefício próprio. Por outro lado, o imperativo de o administrador empregar todos os meios conhecidos, para realizar e maximizar o interesse social. Repare-se que enquanto o primeiro grupo expressa primordialmente a dimensão negativa do dever, através da obrigação de o administrador se abster de promover os interesses pessoais em detrimento do interesse social. Já o segundo grupo traduz em grande medida a dimensão positiva do dever, ao impor ao administrador que procure satisfazer e promover ativamente o interesse social.

Poderíamos assim concluir, que serão societárias aquelas oportunidades que o administrador tomou conhecimento por força do exercício abusivo da relação de administração, nomeadamente com a utilização de bens ou informações da sociedade, e bem assim, daquelas oportunidades que, não tendo causa no aproveitamento abusivo da relação de administração, ofereceriam especiais vantagens competitivas à sociedade, por via da sua estreita conexão e proximidade à atividade presente ou futura desta.

No que respeita à terceira questão, parece-nos manifestamente claro que o dever de não apropriação de oportunidades societárias tem a vantagem prática de regular casos insuscetíveis de serem convenientemente solucionados com recurso a outros mecanismos, mesmo por aplicação do dever de não concorrência. Será o caso, por exemplo da apropriação pelo administrador de uma oportunidade de negócio que ofereceria relevantes ganhos sinérgicos à sociedade. Com efeito, nesta situação não é possível a aplicação do dever de não concorrência, inexistindo na ordem jurídica outros deveres que sejam suscetíveis de ser aplicados ao caso, salvo a aplicação direta do dever geral de lealdade. Pelo exposto, não temos dúvidas em afirmar que o dever de não apropriação tem um campo de aplicação próprio no âmbito do nosso sistema jurídico, sendo assim de toda a utilidade e sentido, a receção deste dever no seio da ordem jurídica portuguesa.

Por fim, cumpre asseverar que o dever de não apropriação de oportunidades societárias é um tema da maior relevância para a vida da sociedade, dado que pode ditar do sucesso ou insucesso da sociedade no mercado. Com efeito, sendo a competitividade uma das maiores inquietações se assolam as sociedades modernas, nos dias de hoje, consideramos que o facto de um administrador desviar da órbita da sociedade uma relevante oportunidade de negócio, conduzirá em regra a uma

significativa perda de competitividade da sociedade em face das demais. Sendo certo que uma tal apropriação de uma oportunidade de negócio pelo administrador representará para este, não raras vezes, uma remuneração oculta. Pelo que incumbe, à Ciência Jurídica a tarefa de estabelecer as consequências adequadas à reparação dos danos da sociedade e à transferência dos lucros ilicitamente obtidos mediante a prática destes atos.

Bibliografia

Obras de referência

ABREU, J. M. Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II Das Sociedades, 3ª Edição, reimpressão da edição de Março, 2009

ABREU, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Almedina, 2010

ABREU, J. M. Coutinho de, *Da empresarialidade. As empresas no direito*, Coimbra, 1999

ABREU, J. M. Coutinho de, *Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social*, em *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, 2007

BRUDNEY, Victor e CLARK, Robert C., *A new look at corporate opportunities*, 94 Harvard L. Rev. (1981)

CÂMARA, Paulo, *O governo das sociedades e a reforma do Código das Sociedades Comerciais*, em *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, 2008

CARRAD, David Clayton, *The Corporate Opportunity Doctrine in Delaware: A Guide to Corporate Planning and Anticipatory Defensive Measures*, 2 DEL. J. CORP. L. 1, 2 (1977).

CORDEIRO, António Menezes, *Direito das sociedades*, vol. I – *Parte geral*, 3.ª ed., Almedina, 2011

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português*, I, tomo I, Almedina, 2000, pp. 231

CORDEIRO, António Menezes, *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra, 1984

CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. II, Das Sociedades em Especial, 2ª Edição, 2007

CORDEIRO, António Menezes, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2009

CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine), Parte I: Introdução – Direito Estado-unidense – Direito Inglês*, em *Revista de Direito das Sociedades*, Ano 5º, 2013 – 3

CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine), Parte II: Direito Português*, em *Revista de Direito das Sociedades*, Ano 5º, 2013 – 3

CORREIA, Luís Brito, *Direito Comercial – Sociedades Comerciais*, Vol. II, AAFDL, 2000

CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, 3ª Edição, Almedina, 2007

DAVIES, Paul L., *Gower and Davies: Principles of Modern Company Law*, London, Sweet & Maxwell, 2003

EPSTEIN, Richard A., *Contract And Trust In Corporate Law: The Case Of Corporate Opportunity*, 21 *Delaware Journal of Corporate Law* 1 (1996)

FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, 2004

FRADA, Manuel Carneiro da, “*A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*”, em *A reforma do código das sociedades comerciais*, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Almedina, 2007

FRANKEL, Tamar, *Fiduciary duties*, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New York, Stockton Press, 1998

GLEB, Harvey, *The Corporate Opportunity Doctrine- Recent Cases and the Elusive Goal of Clarity*, 31 *U Rich Rev*, 1997

GOMES, Fátima, *Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redacção do artigo 64.º do CSC*, em *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. II, Coimbra, 2007

GRUNDMANN, *Der Treuhandvertrag insbesondere die werbende Treuhand*. München 1997: Beck

HOPT, Klaus J., *Self-dealing and the Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Directors' Conflicts of interests*, em *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analysis on Corporate Social Responsibility*, de Gruyter, Berlim, 1985

HOPT, Klaus J., *Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors, A Comparative Analysis*, em Max Planck Private Law Research Paper No. 13/26, Hamburg, 2012

JACKON III, John E, *Corporate Opportunity Doctrine: A Historical View with a Proposed*, *The*, 53, Mo. L. Rev. (1988),

JUNGKURTH, Frank, *Konzernleitung bei der GmbH. Die Pflichten des Geschäftsführers*, Berlin, 2000.

LARGUINHO, Marisa, *O dever de lealdade: concretizações e situações de conflito resultantes da cumulação de funções*, em *Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Março 2013, Ano 5, Vol. 9

MAGALHÃES, Vânia Patrícia Filipe, «*A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social*», RDS, Ano I (2009), n.º 2, Almedina, 2009

MARTINS, Alexandre Soveral, *O exercício de actividades concorrentes pelos gerentes de sociedades por quotas*, em *Boletim da Faculdade de Direito*, 1996

MARTINS, Alexandre Soveral, *Código das Sociedades Comerciais em comentário, Anotação ao artigo 398.º*, Vol. VI, Almedina, 2013

NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, 2006

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade, Por um Critério Unitário de Solução do “Conflito do Grupo”*, Almedina, 2012

ORLINSKY, Eric G., *Corporate Opportunity Doctrine and Interested Director Transactions: a Framework for Analysis in an Attempt to Restore Predictability*, 24 Del J Corp, 1999

POPOFSKY, Jodi L. (1982) *Corporate Opportunity and Corporate Competition: A Double-Barreled Theory of Fiduciary Liability*, *Hofstra Law Review*, vol. 10: 4

RAMSEY, Richard M., *Director 's Power to Compete with His Corporation*, em *Indiana Law Journal*: Vol. 18:4, Article 4 (1943),

REIS, Nuno Trigo dos, *Os Deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, em *Temas de direito comercial*, Cadernos O Direito n.º 4, (2009)

RIBEIRO, Maria de Fátima, *O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidade de negócio societárias*, Almedina, 2012

SALZWEDEL, Matthew R.,A, *Contractual Theory of Corporate Opportunity and a Proposed Statute*, 23 *Pace L. Rev.* 83 (2002)

SCHALLER, William Lynch, *Corporate Opportunities and Corporate Competition in Illinois: A Comparative Discussion of Fiduciary Duties*, 46 *J. Marshall L. Rev.* 1 (2012)

SCOTT, Austin W., *The Fiduciary Principle*, 37 *Cal. L. Rev.* 539 (1949).

SCOTT, Struan, *The Corporate Opportunity Doctrine and Impossibility Arguments*, 66 *MLR*, 2003

SCOTT, Kenneth E. *Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project*, 35 *Stan L Ver*, 1983, 927-948

TALLEY, Eric e HASHMALL, Mira, *The Corporate Opportunity Doctrine*, February (2001)

TALLEY, Eric, *Turning Servile Opportunities to Gold: a Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine*, 108 *Yale LJ*, 1998,

VENTURA, Raúl, *Sociedades por Quotas, Vol. II, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 3.^a reimpressão da edição de 1989, ed. Almedina, Coimbra, 2005