



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**O dever de não aproveitamento de  
oportunidades de negócio societárias**  
**Os efeitos do seu incumprimento como decorrência do  
dever de lealdade nas sociedades comerciais**

Bárbara Marques Vieira

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021





UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**O dever de não aproveitamento de  
oportunidades de negócio societárias**  
**Os efeitos do seu incumprimento como decorrência do  
dever de lealdade nas sociedades comerciais**

Bárbara Marques Vieira

Orientador: José Carlos Brandão Proença

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

## Resumo

A presente dissertação de mestrado versa sobre o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias pelos administradores e gerentes das sociedades comerciais. Este dever consubstancia uma derivação do dever de lealdade plasmado no art. 64.º do CSC, a que estão adstritos os administradores e gerentes das sociedades. Neste sentido, procuramos perceber como pode a aplicação deste dever ser procedida de forma mais coerente, sendo que para esse fim seria necessário criar um preenchimento abstrato do conceito indeterminado que é o conceito de “oportunidade de negócio societária”, visto que apenas as oportunidades de negócio que pertencem à sociedade são vedadas aos administradores e gerentes da sociedade. Por fim, pretendemos compreender como podem os administradores e gerentes faltosos no âmbito deste dever ser sancionados e com base em que fundamentos.

**Palavras-chave:** oportunidade de negócio societária; dever de lealdade; dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias; conceito indeterminado; responsabilidade dos administradores e gerentes.

## Abstract

The proposed master’s dissertation focuses on the duty of not taking advantage of corporate business opportunities by the administrators and managers of commercial companies. This duty constitutes a derivation of the duty of loyalty set out in the article 64.º of the CSC, to which administrators and managers of the commercial company are attached. Therefore, we attempted to understand how could the application of this duty can be proceeded in a more coherent way, as for that purpose it would be necessary to create an abstract filling of the indetermined concept, which is the concept of “corporate opportunity”, since only the opportunities for business that are considered to belong to the company are prohibited to the administrators and managers of the company. Finally, we intend to understand how can the administrators and managers who have failed in the scope of this duty be sanctioned and based on what grounds.

**Keywords:** Corporate Opportunities Doctrine; duty of loyalty; duty of not taking advantage of corporate opportunities; indetermined concept; administrators and managers’ responsibility.

# Índice

Resumo .....	4
Abstract.....	4
Lista de siglas e abreviaturas .....	7
Introdução.....	8
I – O art. 64.º do CSC e os deveres a que estão sujeitos os administradores e gerentes .....	9
1. Os deveres fundamentais dos administradores .....	9
2. O enquadramento do dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias.....	13
3. Os destinatários da proibição de aproveitamento de oportunidades de negócio societárias.....	14
4. O desvio de oportunidade de negócio e a proibição de concorrência desleal.....	15
II – O preenchimento do conceito de “oportunidade de negócio societária” .....	19
1. O conceito de “oportunidade de negócio societária” como um conceito indeterminado... ..	19
2. As teses de preenchimento do conceito de “oportunidade de negócio societária” .....	20
2.1. A Teoria do Interesse ou da Expectativa ( <i>The Interest or Expectancy Test</i> ) .....	20
2.2. A Teoria do Ramo do Negócio ( <i>The Line of Business Test</i> ) .....	23
2.3. A Teoria da Justiça ( <i>The Fairness test</i> ).....	25
2.4. A Teoria Dualista ( <i>The Two-Step Test</i> ) .....	27
2.5. Segundo os <i>Principles of Corporate Governance</i> da <i>American Law Institute</i> ....	28
3. O dever de não aproveitamento de oportunidade de negócio societárias no ordenamento jurídico português .....	30
III – A responsabilidade pelo incumprimento do dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias .....	32
1. A eventual responsabilidade dos administradores e gerentes das sociedades .....	32
2. Fundamentos para a responsabilização dos gerentes e administradores.....	34
3. Meios de defesa dos administradores e gerentes .....	40

3.1. “Source Rule” defense .....	40
3.2. “Incapacity” defense .....	41
3.3. “Implied rejection” defense .....	42
Conclusões finais.....	43
Referências bibliográficas .....	46

## Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
ALI	<i>American Law Institute</i>
Art.	Artigo
CC	Código Civil
Coord.	Coordenação
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Código da Propriedade Industrial
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-Lei
ed.	Edição
N.º	Número
p.	Página
pp.	Páginas
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa

## Introdução

A presente dissertação tem por base o princípio de não aproveitamento pelos seus administradores e gerentes de oportunidades de negócio que se caracterizam como pertencentes às sociedades comerciais.

Inicialmente, tenciona-se entender a *ratio* dos deveres fundamentais de cuidado e de lealdade a que estão adstritos os administradores e gerentes das sociedades comerciais, nomeadamente em que se fundam estes deveres e o que se pode enquadrar no âmbito destes.

Assim, procura-se perceber se e como pode o dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias pelos administradores e gerentes das sociedades comerciais ser enquadrado no dever de lealdade dos administradores e gerentes para com a sociedade que administram.

A análise das diferentes teorias relativas ao conceito de oportunidade de negócio societária é essencial para compreender como pode este conceito tornar-se um conceito fixo, uma vez que se trata de um conceito indeterminado que carece de preenchimento valorativo, preenchimento este que irá caber aos tribunais, atendendo aos casos concretos e às suas circunstâncias especialmente determinadas.

No caso de este dever se aplicar *in casu*, e no caso de haver um incumprimento do mesmo pelos gerentes e administradores das sociedades, procura-se entender como podem estes ser punidos por esta violação, isto é, com que fundamentos e em que medida podem estes vir a ser responsabilizados e em que casos haverá um dever de restituição daquilo que foi adquirido ilicitamente.

I – O art. 64.º do CSC e os deveres a que estão sujeitos os administradores e gerentes

### 1. Os deveres fundamentais dos administradores

As sociedades comerciais são pessoas coletivas que, para o exercício das suas funções e atividades, necessitam de pessoas singulares, físicas, que possam levar a cabo esses atos.

Nesta senda, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES explica que “As sociedades comerciais, tal como sucede com todas as demais pessoas coletivas destituídas de um equipamento físico-psíquico próprio, são entidades que experimentam uma radical e incontornável necessidade de órgão que permitem a formação de uma vontade própria e a sua projeção no tráfego jurídico geral: designam-se assim por órgãos sociais aqueles centros ou núcleos de atribuição de poderes funcionais que tem por finalidade a formação, exteriorização e execução da vontade juridicamente imputável a uma sociedade comercial”<sup>1</sup>.

Assim, os administradores e gerentes das sociedades comerciais comportam um importante papel no núcleo destas, uma vez que se afiguram como representantes destas, levando a cabo ações que tem como finalidade acautelar os interesses e garantir a prossecução dos objetivos das sociedades, assumindo o controlo e direção das mesmas.

As funções a que estão adstritos os administradores constam dos arts. 192.º, n.º 1, 252.º, n.º 1 e 405.º, n.ºs 1 e 2 do CSC, tratando-se assim de poderes-deveres de gestão e de representação, cujo modo de execução é concretizado no art. 64.º do CSC<sup>2</sup>.

No art. 64.º do CSC encontram-se previstos os deveres fundamentais que os gerentes e administradores devem observar aquando do exercício das suas funções, visto que a atuação destes está sujeita ao cumprimento de determinados deveres e a um certo grau de diligência, dentro da área de discricionariedade de que estes dispõem<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> In ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito das Sociedades Comerciais – Parte geral*, 8ª ed. Porto, 2018, p. 277.

<sup>2</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (coord.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2012, p. 252.

<sup>3</sup> ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I (artigos 1º a 84º), pp. 727 e 728: “Este dever genérico, porém, apenas encontra densidade, pela sua indeterminação e amplitude, com a identificação de deveres gerais de conduta, indeterminados e fiduciários, que, ainda que sem conteúdo específico, concretizam o dever típico nas escolhas de gestão e

Como explica ANA PERESTELO DE OLIVEIRA, “Os deveres de lealdade dos administradores, decorrentes do princípio da boa fé, fundamentam-se na especial posição de poder assumida por estes sujeitos na sociedade, partilhando da natureza jurídica última dos deveres de lealdade dos sócios. (...) a expectativa de um comportamento dos administradores da sociedade, na sua qualidade de gestores de bens alheios, constitui *ratio* dos deveres consagrados no art. 64º/1, b) (...) podendo mesmo falar-se, a este propósito, numa “fidelidade de serviço” ou “fidelidade funcional””<sup>4</sup>.

Cria-se, assim, a ideia de dois polos opostos, de um lado temos os poderes-deveres de administrar e gerir a sociedade e do outro temos os deveres fundamentais que os administradores devem observar no exercício das suas funções<sup>5</sup>.

Neste preceito percebemos que os administradores e gerentes das sociedades comerciais estão sujeitos a dois tipos de deveres fundamentais, que se encontram enunciados nas als. a) e b) do n.º 1 do art. 64.º, sendo estes o dever de cuidado e o dever de lealdade.

O dever de cuidado (“*duty of care*”) assenta na disponibilidade dos administradores e gerentes, nas suas competências técnicas e no conhecimento da atividade da sociedade, adequados ao exercício das suas funções, que devem cumprir com diligência, tendo presente os interesses da sociedade e com o cuidado de um gestor criterioso e prudente<sup>6</sup>. Este dever importa essencialmente nas condutas mais discricionárias do administrador, nomeadamente em assuntos em que este tem liberdade dentro do seu campo de atuação para atuar conforme os melhores interesses da sociedade, mas também assumindo riscos que podem trazer benefícios para a sociedade.

No entendimento de MENEZES CORDEIRO, a diligência exigida aos administradores no dever de cuidado traduz uma medida de esforço que “pode ser

---

*asseguram a sua realização no modo de empreender a gestão. São dois estes deveres fundamentais, elencados agora nas alíneas a) e b) do art. 64.º, 1: o dever de cuidado (ou diligência em sentido estrito) e o dever de lealdade”.*

<sup>4</sup> OLIVEIRA, ANA PERESTELO DE, *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina, 2018, pp. 236 e 237.

<sup>5</sup> Nesta senda, COSTA, RICARDO, *Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”*, in I Congresso das Sociedades Em Revista, 1, pp. 159 e 160: “(...) «os administradores têm ‘poderes-função’, poderes-deveres, gerem no interesse da sociedade, têm os poderes necessários para promover este interesse». Na parcela obrigacional, os deveres dos administradores e gerentes são orientados pela relação fiduciária que a gestão de bens e interesses alheios do ente jurídico social implica”.

<sup>6</sup> ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, p. 730.

determinada em concreto ou em abstrato, remetendo para um bom cidadão comum (*bonus pater familias*) ou para critérios mais exigentes. O gestor criterioso e ordenado surge como uma bitola mais exigente do que a comum: requer um esforço acrescido, por se dirigir a especialistas fiduciários, que gerem bens alheios. Apesar de inserida no final do 64.º/1, a), a diligência dá corpo a todos os deveres dos administradores, explicando a intensidade requerida na sua execução”<sup>7</sup>.

Por seu lado, o dever de lealdade (“*duty of loyalty*”) assenta no dever de o administrador servir e satisfazer os interesses da sociedade a todo o tempo, estando intrinsecamente ligado ao objetivo imediato e mediato da sociedade, tendo por isso relevância na direção e representação desta pelo administrador ou gerente, cabendo aqui diversas reproduções no âmbito deste dever.

O dever de lealdade é, então, um dever que deve ser observado nas condutas dos administradores e gerentes, nomeadamente na direção e controlo da sociedade, na obtenção de vantagens e proveitos para esta, assim como nas negociações com terceiros, uma vez que o dever de lealdade se tem como uma conduta genérica que abrange toda a atividade do administrador ou gerente<sup>8</sup>.

Tem se entendido como fonte destes deveres fundamentais, a gestão de bens (materiais e imateriais) alheios a que estão sujeitos os administradores e gerentes das sociedades, o que leva a que fiquem, então, adjudicados a eles o cumprimento de deveres essenciais ao funcionamento e organização da sociedade<sup>9</sup>.

Neste sentido, importa fazer menção ao princípio da confiança, que advém desta lealdade a que os sócios estão sujeitos, estando, assim, intrinsecamente ligado ao princípio da lealdade, podendo dizer-se que se encontra um em cada lado da relação.

---

<sup>7</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (coord.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, p. 253.

<sup>8</sup> ABREU, JORGE M. COUTINHO DE, *Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social, in Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, p. 23: “O art. 64.º, 1, b), regere muito genericamente os “deveres de lealdade”. Há que proceder a alguma concretização. Diz-se então (em primeira linha nos EUA) que os administradores devem comportar-se com correção (fairness) quando contratam com a sociedade, não concorrer com ela, não aproveitar em benefício próprio oportunidades de negócio societárias, assim como bens e informações da sociedade, não abusar do estatuto ou posição de administrador”.

<sup>9</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *A lealdade no direito das sociedades*, Ano 2006, Vol. III – Dez. 2006, capítulo IV.

Nas palavras de MENEZES CORDEIRO<sup>10</sup>, “Diz-se haver lealdade na atuação de quem aja de acordo com uma bitola correta e previsível. Perante uma pessoa leal, o interessado dispensa a sua confiança. Dai resultam, desde logo, os seguintes vetores: - a preferência: perante uma multitude de hipóteses, o interessado será levado a acolher a situação encabeçada por quem se afigure leal; - a entrega: justamente mercê da confiança depositada, o beneficiário irá baixar as suas defesas naturais; deixará de tomar precauções que, de outro modo, seriam encaradas; - o investimento: além da entrega passiva, o beneficiário poderá ir mais longe: confiando, à pessoa leal, os seus próprios valores, crente de que eles será devidamente tratados”.

Nesta senda, os sócios irão depositar a sua confiança num administrador que aja de acordo com as regras de conduta, conforme os deveres a que está adstrito, pois atendendo à forma como este dirige o rumo da sociedade, com segurança, firmeza e certeza, podem dispensar nele a sua confiança.

Importa fazer menção ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de setembro de 2014, do relator Fonseca Ramos, de onde se conclui que “O dever de lealdade é indissociável do princípio de confiança, quer seja perante a sociedade, quer perante os sócios, quer perante terceiros. O acautelar do interesse social não se confina apenas ao interesse societário *tout court*, ou seja, a uma aticidade que vise lucros. A eticização do direito e da vida societária impõem uma atuação honesta, criteriosa e transparente compaginável com a tutela de terceiros que possam ser prejudicados pela atuação do ente societário através da atuação de quem delinea a sua estratégia e é responsável pela atuação da sociedade, o que convoca os princípios da atuação de boa fé, da confiança e da proibição do abuso do direito.”<sup>11</sup>

Por seu lado, há autores que defendem uma posição distinta da mencionada como é o caso de RUI PINTO DUARTE<sup>12</sup>, que manifesta a posição de que “não há vantagem em procurar radicar o dever em causa num qualquer princípio, nomeadamente no princípio da confiança. Lealdade (*fairness*) significa honestidade, probidade e correção, sendo algo de diverso de confiança, pois esta tem uma forte dimensão subjetiva, ligada à

---

<sup>10</sup> In CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual das Sociedades Comerciais I – Parte Geral*, 3.ª ed., p. 451.

<sup>11</sup> Ac. do STJ, de 30 de setembro de 2014, proc. n.º 1195/08.0TYLSB,L1.S1 (Fonseca Ramos), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>12</sup> Vide DUARTE, RUI PINTO, *Os Deveres dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Católica Law Review, VOLUME II, n.º 2, maio 2018, p. 83.

ideia de expectativa (clara na expressão «frustrar a confiança»), ausente ou muito menos presente na ideia de lealdade.”

## 2. O enquadramento do dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias

A doutrina tem vindo a entender que no âmbito deste dever de lealdade pode enquadrar-se o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias<sup>13</sup>, uma vez que se trata de um desvio ao padrão de um “gestor criterioso e ordenado”, que não estará a atuar no interesse da sociedade nem em prol desta<sup>14</sup>.

Essencialmente, o dever de lealdade é uma norma de ampla aplicação que pode incluir outros deveres de caráter mais circunscrito, como é o caso deste<sup>15</sup>, pelo que deve ser concretizado *in casu*, verificando-se uma violação deste dever na ocorrência de outras situações como é o caso da aceitação de crédito da própria sociedade, discriminação de sócios, negociação de títulos da sociedade sem a informar ou utilização de informação privilegiada<sup>16</sup>.

Neste âmbito, da função dos administradores e gerentes nas sociedades comerciais e da *ratio* dos seus deveres fundamentais resulta a necessidade de aplicação deste princípio da proibição de aproveitamento de oportunidade de negócio societárias.

Uma vez que se encontram obrigados a servir o interesse da sociedade, os administradores e gerentes que aproveitarem oportunidades de negócio que se caracterizem como societárias não estarão a atuar em prol dos interesses e objetivos da

---

<sup>13</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, in ROA, Vol. II - Set. 2006: “A lealdade dos administradores veio absorver constelações de casos típicos. Podemos referir as seguintes: (...) apropriação das oportunidades de negócio da sociedade: trata-se das *corporate opportunities*”.

<sup>14</sup> ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, pp. 745 e 746: “(...) o dever de lealdade, nas suas manifestações não legais, pode implicar escolhas (desde logo, agir ou não agir num cenário de conflito de interesses), mesmo de alcance relativo, que podem ser balizadas pelo «tipo» de administrador concebido pela lei: p. ex., perante uma “oportunidade de negócio” o “administrador-tipo” deve informar-se sobre a existência de interesse objetivo e efetivo da sociedade nela ou se a sociedade já está envolvida em negociações para a conclusão do negócio respetivo”.

<sup>15</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (coord.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed., Almedina, 2012, p. 253: “Por exigência da lealdade, é vedado aos administradores: (a) a concorrência em relação à própria sociedade (...) Além disso podem ainda surgir, com diversas modelações, proibições ou restrições quanto a: (...) aproveitar oportunidades de negócio da sociedade (*corporate opportunities*); (c) decidir em conflito de interesses próprios e da sociedade (...) Pela positiva, a lealdade obriga a seguir as regras do bom governo das sociedades (*corporate governance*)”.

<sup>16</sup> *Idem*, pp. 253 e 254.

sociedade que administram. Neste sentido, parece evidente que o desvio de oportunidades de negócio constitui, assim, uma concretização do dever de lealdade visto que o administrador se encontra numa posição vantajosa por ter acesso a informações e recursos da sociedade e, de má fé, tira proveito dela<sup>17</sup>.

Portanto, entende MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO que “O dever de lealdade pode ser definido como o dever de os administradores atuarem sempre tendo em vista, apenas, o interesse da sociedade e não a promoção de interesses próprios ou alheios. Mas a lealdade exigível ao administrador é uma lealdade qualificada, derivada da função que exerce no que que respeita a interesses alheios”<sup>18</sup>.

### **3. Os destinatários da proibição de aproveitamento de oportunidades de negócio societárias**

No que diz respeito a este dever, também temos de atentar ao enquadramento do mesmo aos vários tipos sociais, atendendo aos efeitos resultantes da natureza das sociedades comerciais e à sua *ratio*, nomeadamente a relação das pessoas com a sociedade. Nas sociedades anónimas, por exemplo, não há uma proximidade tão grande para haver uma relação fiduciária tão estrita<sup>19</sup>.

O art. 64.º do CSC destina-se aos administradores e gerentes das sociedades comerciais. No entanto pode colocar-se a questão de saber que outros sujeitos das sociedades comerciais podem estar obrigados a observar estes deveres.

ANA PERESTELO DE OLIVEIRA esclarece desde logo que “Não existe qualquer vínculo obrigacional direto entre os administradores e os sócios. Todavia, parece

---

<sup>17</sup> CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine)*, Parte I: Introdução – Direito Estado-unidense – Direito Inglês, RDS V (2013), 3, pp. 604 e 605: “A doutrina das oportunidades societárias é suportada pelo princípio jurídico de que os administradores devem atuar sempre no interesse e em benefício do ente coletivo que administram. Apresenta-se, assim, como uma decorrência ou uma concretização do mais vasto dever de lealdade”.

<sup>18</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O Dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidade de negócio societárias*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Henrich Ewald Hörster*, pp. 635 e 636.

<sup>19</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *A lealdade no direito das sociedades*, Ano 2006, Vol. III – Dez. 2006, cap. II: “Esta lealdade é própria das sociedades civis sob forma civil ou das sociedades comerciais de base pessoal. Ela decresce na sociedade por quotas e, ainda mais, nas sociedades anónimas- ora estas últimas constituem, sabidamente a grande matriz do Direito das sociedades. As sociedades anónimas surgiram e desenvolveram-se num ambiente pouco favorável à confiança interindividual. A própria designação “anónima” constitui um início de explicação”.

inequívoco que os administradores não se encontram perante estes sujeitos em posição paralela à de qualquer terceiro. Não obstante este ponto de partida, são restritas as hipóteses de deveres de lealdade dos administradores face aos sócios”<sup>20</sup>.

Atendendo ao preceito que consagra os deveres fundamentais, verifica-se que os administradores e gerentes se encontram obrigados a estes deveres em relação à sociedade, e não às pessoas dos seus sócios, visto que aqui se pretende atender aos interesses e objetivos da sociedade como uma entidade autónoma e distinta dos seus sócios<sup>21</sup>.

Sendo a ocorrência desta hipótese não viável, importa colocar a questão em relação aos sócios e se estes devem também estar obrigados ao cumprimento dos deveres fundamentais plasmados no art. 64.º do CSC referido supra.

Sobre este tema, pronunciou-se MENEZES CORDEIRO no sentido de que “A lealdade exigível aos sócios inscreve-se no seu próprio status enquanto sócios. Tal status exprime uma série de direitos e de deveres, ínsitos na própria ideia de participação social. Entre os deveres em causa incluem se, precisamente, os da lealdade. Trata se de uma ideia antiga, depois retomada e aprofundada. Hoje, poderemos falar, neste domínio, no exercício das posições sociais de acordo com a boa fé, seguindo-se as vias de concretização deste instituto: tutela da confiança (p. ex., proibição de *venire contra factum proprium*) e primazia da materialidade subjacente (p. ex., proibição de atos emulativos)”<sup>22</sup>.

#### **4. O desvio de oportunidade de negócio e a proibição de concorrência desleal**

No entendimento de alguma doutrina, o desvio de oportunidade de negócio pode ser visto como uma concretização do princípio de proibição de concorrência desleal que

---

<sup>20</sup> OLIVEIRA, ANA PERESTELO DE, *Manual de Governo das Sociedades*, p. 259.

<sup>21</sup> ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito das Sociedades Comerciais – Parte geral*, p. 227: “Invenção do espírito jurídico, sem a qual o sistema económico contemporâneo seria provavelmente inconcebível ou bem diferente, a personalidade jurídica societária representa um instrumento técnico-jurídico cujo significado imediato fundamental consiste em operar uma separação tangente entre a sociedade e o respetivo substrato pessoal (sócios, administradores, trabalhadores, etc.): daqui resulta, designadamente, que a sociedade é titular de relações jurídicas próprias e de um património autónomo, que não se confunde com as relações jurídicas e patrimónios individuais dos respetivos sócios”.

<sup>22</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *A lealdade no direito das sociedades*, pp. 8 e 9.

vigora no direito das sociedades, que se relaciona com o dever de lealdade a que estão adstritos os administradores e gerentes das sociedades comerciais.

MANUEL CARNEIRO DA FRADA ressalva que “A proibição de não concorrência filia-se no princípio da lealdade: quem subscreve uma SNC deve investir, nesta, o seu esforço; fazendo concorrência, pode o sócio: (...) (b) usar, em proveito próprio, as oportunidades de negócio que caberiam à sociedade; (c) beneficiar de informação privilegiada. Há concorrência quando o sujeito exerça, direta ou indiretamente, qualquer atividade prevista no objeto da sociedade, ainda que não efetivamente exercida (art. 180.º/2). A norma é mais rigorosa nas SNC do que nas sociedades civis puras (art 180.º/3 e 990.º do CC: atividade igual à da sociedade) e nas SPQ (254.º: atividade efetivamente exercida ou deliberada): uma decorrência da natureza comercial e pessoal nas SNC”<sup>23</sup>.

Importa, então, fazer menção a três preceitos que se destinam a cada tipo legal de sociedade: o art. 180.º do CSC<sup>24</sup> no âmbito das sociedades me nome coletivo, o art. 254.º do CSC<sup>25</sup> para as sociedades por quotas e o art. 398.º do CSC<sup>26</sup> para as sociedades anónimas.

Atendendo ao art. 311.º, n.º 1 do CPI, no qual se encontra elencada uma enumeração exemplificativa de atos que se consideram de concorrência desleal, esta norma consagra que configura concorrência desleal qualquer “*ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica*”, fazendo alusão a três requisitos para a verificação de um ato de concorrência desleal: que este seja praticado, que seja contrário às normas e usos honestos e que se reporte a qualquer ramo de atividade económica<sup>27</sup>.

PAULO OLAVO CUNHA refere que a *ratio* das limitações ao exercício de atividade concorrente, no caso em que um administrador administrar mais do que uma

---

<sup>23</sup> In CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (coord.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, p. 587.

<sup>24</sup> Redação do seu n.º 1: “*Nenhum sócio pode exercer, por conta própria ou alheia, atividade concorrente com a da sociedade nem ser sócio de responsabilidade ilimitada noutra sociedade, salvo expresse consentimento de todos os outros sócios*”.

<sup>25</sup> Redação do seu n.º 1: “*Os gerentes não podem, sem consentimento dos sócios, exercer, por conta própria ou alheia, atividade concorrente com a da sociedade*”.

<sup>26</sup> Redação do seu n.º 3: “*Na falta de autorização da assembleia geral, os administradores não podem exercer por conta própria ou alheia atividade concorrente da sociedade nem exercer funções em sociedade concorrente ou ser designados por conta ou em representação desta*”.

<sup>27</sup> SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito Industrial: Noções Fundamentais*, 2ª ed., Almedina, 2019, pp. 440.

sociedade, tem que ver com a ideia de evitar que este prejudique uma das sociedades que gere em função de outra<sup>28</sup>.

Relativamente à definição de atividade concorrente, OLAVO CUNHA entende, então, que para definir atividade concorrente é necessário atender aos atos que consubstanciam a atividade, isto é, se são negócios ou contratos, à sua natureza e à aptidão que os bens objeto da atividade detêm para satisfazer as necessidades dos consumidores, sendo critério determinante de que haverá concorrência quando a clientela foi idêntica e as atividades forem afins, se sobrepuserem ou coincidirem totalmente<sup>29</sup>.

O art. 980.º do CC prevê que o contrato de sociedade deve incluir nele a estipulação de três requisitos essenciais: a contribuição dos sócios, o exercício de uma atividade certa e determinada que não seja de mera fruição e a repartição dos lucros. Assim, a atividade a que a sociedade se propõe exercer encontra-se determinada no seu contrato de sociedade, não podendo, desta forma, a sociedade ser constituída com um objeto indeterminado<sup>30</sup>.

Relativamente ao caso de a sociedade prosseguir uma atividade que não está determinada no seu objeto social a doutrina tem entendido que também aqui se deve observar o dever de lealdade, nomeadamente pelo facto de se verificar um eventual abuso de direito na forma de *venire contra factum proprium* por parte do sócio que aceita o exercício de uma atividade extraestatutária deliberada pela sociedade e depois vem exercer uma atividade concorrente com base na omissão dessa atividade no objeto da sociedade<sup>31</sup>.

Por seu lado, o art. 180.º, n.º 3 do CSC prevê que esta proibição de prosseguir uma atividade concorrente abrange também as atividades que se encontrem contidas no contrato de sociedade mesmo que a sociedade não as exerça efetivamente, enquanto que o art. 254.º, n.º 2 já prevê que apenas se considera a atividade abrangida no objeto social

---

<sup>28</sup> CUNHA, PAULO OLAVO, *Limitação à atividade concorrente de gestores de sociedades comerciais in* IV Congresso Direito das Sociedades em Revista, 4, Lisboa, 2016, p. 144.

<sup>29</sup> *Idem*, pp. 146 e 147.

<sup>30</sup> LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE e VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Código Civil Anotado – Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 2ª ed. revista e atualizada, Coimbra Editora, 1996 (reimpressão de 2011), p. 276.

<sup>31</sup> Nesta senda, VENTURA, RAÚL cit. por CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito das Sociedades II – Das Sociedades em Especial*, Almedina, 2006, p. 164.

que esteja efetivamente a ser exercida ou cujo exercício tenha sido deliberado pelos sócios.

Explica A. BARRETO MENEZES CORDEIRO<sup>32</sup> que o dever de não concorrência pode ser visto como uma concretização do dever de lealdade, no entanto, importa para este efeito distinguir entre as “sociedades de pessoas”, como é o caso das sociedades civis e em nome coletivo, e as ditas “sociedades de capital”, que serão as sociedades anónimas e as sociedades por quotas. Neste sentido, atende-se ao art. 980.º do CC, que prevê que no contrato de sociedade, as partes obrigam-se a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa atividade económica, que não seja de mera fruição, com a finalidade de repartição dos lucros resultantes dessa atividade; percecionando-se, assim, que neste contrato é acordado pelos sócios exercer uma determinada atividade, pelo que o exercício de outra atividade concorrente a esta será considerado uma violação desta obrigação. Porém, este raciocínio não é da mesma forma aplicável às “sociedades de capitais” nas quais a obrigação de entrada assumida no contrato de sociedade é a obrigação de entrada a que se referem os arts. 202.º e 277.º do CSC.

Já COUTINHO DE ABREU define uma conduta desleal como “aquela que promove ou potencia, de forma direta ou indireta, situações de benefício ou proveito próprio dos administradores (ou de terceiros, por si influenciados, ou de familiares), em prejuízo ou sem consideração pelo conjunto dos interesses diversos atinentes à sociedade, neles englobando-se desde logo os interesses comuns de sócios enquanto tais, e também os de trabalhadores e (particularmente com a atual versão do art. 64.º, 1) demais *stakeholders* relacionados com a sociedade”<sup>33</sup>.

Ora, uma situação em que um administrador ou gerente aproveita, para si ou para terceiro, uma oportunidade de negócio de que toma conhecimento e sabe que se destina a ser dirigida ou apresentada à sociedade ou que esta tenha interesse em aproveitar essa oportunidade parecer estar compreendida neste conceito de conduta desleal pelo facto de consubstanciar uma situação de benefício do administrador ou gerente em detrimento dos interesses e objetivos da sociedade que este governa.

---

<sup>32</sup> In CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine) - Parte II: Direito Português*, RDS V (2013), 4, 741-778, pp. 758 a 760.

<sup>33</sup> ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, pp. 742 e 743.

## II – O preenchimento do conceito de “oportunidade de negócio societária”

### 1. O conceito de “oportunidade de negócio societária” como um conceito indeterminado

Nas palavras de JAMES SLAUGHTER, os “princípios fiduciários proíbem os gerentes e administradores das sociedades comerciais de utilizar as suas posições estratégicas para benefício próprio, em detrimento da sociedade. Se a oportunidade de negócio deva ser adquirida pela sociedade, esta é considerada como uma «oportunidade de negócio societária», e no caso de ser adquirida pelo administrador ou gerente esta deve ser redirecionada e estará sujeita a confiança em benefício da sociedade. Assim, a regra revela-se simples, a dificuldade encontra-se, porém, em determinar se uma oportunidade de negócio será efetivamente uma oportunidade de negócio societária”<sup>34</sup> (tradução nossa).

Neste sentido, a principal problemática envolvente na aplicação e cumprimento do dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias pelos administradores e gerentes das sociedades comerciais é, precisamente, como classificar essas oportunidades de negócio como “societárias” ou não societárias. Isto é, a questão em causa é que oportunidades devem os administradores e gerentes se abster de aproveitar por pertencerem à sociedade que administram.

A base deste problema é o facto de o conceito de “oportunidade de negócio societária” ser um conceito indeterminado, e dessa forma, este conceito carece de preenchimento valorativo, o que acarreta dificuldades na sua aplicação. Assim, cabe à doutrina e jurisprudência preencher este campo de forma abstrata, quer o conceito em si, quer os elementos a ter em conta para a sua aplicação, de modo a que seja perceptível, *a priori*, que oportunidades de negócio se caracterizam como societárias ou não societárias<sup>35</sup>.

Uma vez que se trata de um conceito indeterminado e não estando a aplicação deste dever prevista numa norma legalmente prevista e individualizada, a aplicação deste instituto fica dependente de teorias doutrinárias que se foram construindo ao longo do

---

<sup>34</sup> SLAUGHTER, JAMES C., *The Corporate Opportunity Doctrine*, 18 Sw L.J. 96 (1964), disponível em <https://scholar.smu.edu>, p. 96.

<sup>35</sup> CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine)*, Parte I: Introdução – Direito Estado-unidense – Direito Inglês, RDS V (2013), 3, 603-632 p. 605.

tempo e da convicção dos tribunais, baseando-se em testes de aplicação que resultaram de decisões jurisprudenciais e estudos de doutrina<sup>36</sup>.

O objetivo ideal seria a criação de um conceito abstrato que permitisse a aplicação uniforme deste instituto, consagrado num preceito legal que atribuísse uma maior certeza e segurança jurídica na sua aplicação.

Segundo JOHN LOWRY, “a questão nuclear é saber quando uma oportunidade de negócio é uma oportunidade de negócio societária? A jurisprudência que tem tratado estas questões revela duas abordagens no que reporta a determinar se a oportunidade pertence à sociedade. Os tribunais têm oscilado entre a responsabilização no caso de a oportunidade de negócio pertencer ao ramo de negócio da atividade da sociedade, ou, de forma mais restrita, no caso de a oportunidade se encontrar na expectativa ou interesse da sociedade”<sup>37</sup> (tradução nossa).

No âmbito deste estudo, a jurisprudência dos Estados Unidos da América tem criado uma sistematização deste instituto através da *Common Law*, nomeadamente a conceção de teorias distintas quanto ao âmbito de aplicação deste dever.

## **2. As teses de preenchimento do conceito de “oportunidade de negócio societária”**

### **2.1. A Teoria do Interesse ou da Expectativa (*The Interest or Expectancy Test*)**

A primeira teoria trata-se da teoria do interesse ou da expectativa, segundo a qual a oportunidade de negócio pertence à sociedade sempre que esta tenha um interesse ou uma

---

<sup>36</sup> Vide BEGERT, MICHAEL, *The Corporate Opportunity Doctrine and Outside Business Interests*, The University of Chicago Law Review, p. 828.

<sup>37</sup> LOWRY, JOHN, *The Codification of Directors’ Duties: Capturing the Essence of the Corporate Opportunity Doctrine*, Corporate Board: role, duties & composition / Volume 2, Issue 2, 2006, Virtus Interpress – a Corporate Governance Publisher p. 31: “(...) the question arises as to when can it be said that an “opportunity” is an opportunity of the company? The jurisprudence surrounding the corporate opportunity doctrine reveals variants of two approaches towards determining whether an opportunity belongs to the company. The courts have oscillated between grounding liability either on the broad basis that the opportunity lies within the company’s putative line of business or, more narrowly, because it falls within the company’s contemplation or expectation”.

expectativa criados relativamente a essa oportunidade, mas que estejam juridicamente protegidos<sup>38</sup>.

A oportunidade de negócio também pertencerá à sociedade sempre que seja considerada essencial para esta, por referência à atividade que a mesma efetivamente leve a cabo<sup>39</sup>.

No entendimento de TALLEY e HASHMALL, “o elemento do «interesse» refere-se a projetos sobre os quais a sociedade tem um direito subjetivo já existente, enquanto que o elemento da «expectativa» inclui um projeto que, embora ainda não esteja formalizado através de um contrato, é provável que vá a ser celebrado num futuro próximo”<sup>40</sup> (tradução nossa).

Neste sentido, apenas nas situações em que uma oportunidade de negócio crie um interesse ou uma expectativa juridicamente protegidos na esfera jurídica da sociedade é que os administradores e gerentes estarão impedidos de a aproveitar para fins próprios.

Ora, atendendo ao regime geral dos contratos, esta teoria relaciona-se com o princípio da relatividade dos contratos, segundo o qual os contratos têm uma eficácia meramente *inter partes*. É essencial considerar a norma do art. 406.º do CC que protege os interesses contratualmente acordados, pois impõe o cumprimento pontual dos contratos pelas suas partes contraentes<sup>41</sup>.

A teoria do interesse surgiu da decisão do acórdão de 1 de novembro de 1899, *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.*<sup>42</sup>, onde foi aplicada pela primeira vez pelo Supremo Tribunal do Alabama.

Em causa estava a sociedade comercial Anniston Lime & Stone Co. cujo objeto era a exploração de pedreiras de calcário e a fabricação de cal. Em 1896, a sociedade encontrava-se em negociações tendentes à compra de um conjunto de propriedades onde

---

<sup>38</sup> CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine)*, Parte I: Introdução – Direito Estado-unidense – Direito Inglês, RDS V (2013), 3 p. 608.

<sup>39</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O Dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Henrich Ewald Hörster*, pp. 641 e 642.

<sup>40</sup> TALLEY, ERIC, e HASHMALL, MIRA, *The Corporate Opportunity Doctrine*, February 2001, pp. 4 e 5.

<sup>41</sup> VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral – Volume I*, ed. rev. e atualiz. 13.<sup>a</sup> reimp., Almedina, 2000, (reimpressão de 2016), p. 172.

<sup>42</sup> *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.*, 126 Ala. 496, Ala. Supreme Court (1899), disponível para consulta em [www.ravellaw.com](http://www.ravellaw.com).

se localizava uma jazida de calcário, essencial para a prossecução do referido fim social, tendo adquirido, nesse mesmo ano, um terço dos terrenos. John B. Lagarde e Louis D. Lagarde, por sua vez, eram acionistas da sociedade em causa através da sua sociedade familiar, tendo, em 1897, sido nomeados administradores da empresa e tendo mais tarde, a título individual, adquirido os dois terços da propriedade que ainda não tinham sido adquiridos pela sociedade. Muito embora a sociedade estivesse interessada em comprar esses dois terços, o Tribunal entendeu que os administradores apenas incorreram na violação do dever de lealdade relativamente à parte abrangida pelo contrato promessa de compra e venda, não havendo qualquer impedimento para comprar a parte não pertencente a esse contrato.

Esta teoria tem vindo a ser criticada por vários autores, que entendem que esta é uma teoria vaga e imprecisa, que gera dificuldades na compreensão e consequente aplicação uma vez que faz depender a sua aplicação do reconhecimento da titularidade de um direito já existente na sua esfera jurídica<sup>43</sup>.

Trata-se, assim, de uma teoria excessivamente rígida e pouco abrangente, que embora confira uma grande segurança jurídica, pois aplica-se apenas quando já existe um direito obrigacional na esfera jurídica do interessado ou pelo menos quando já haja negociações tendentes a esse fim<sup>44</sup>, acaba por conferir aos interesses e expectativas da sociedade, que seriam os alvos principais da aplicação deste instituto, um diminuto grau de proteção.

Conclui-se que, e perfilhando a ótica de TALLEY e MARSHALL<sup>45</sup>, o âmbito de aplicação desta teoria acaba por ser previsível e demasiado balizado, sendo que apenas se limita a projetos de que a sociedade já tenha conhecimento por virtude de direitos já existentes e derivados de contratos, e neste sentido, pese embora possa ser conveniente a certeza na sua aplicação, esta teoria tem vindo a ser criticada em função de que apenas garante proteção aos direitos já existentes na esfera jurídica da sociedade.

---

<sup>43</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O Dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias*, p. 642.

<sup>44</sup> Vide Lagarde v. Anniston: “(...) an opportunity is open to the director unless the corporation has an “interest already existing [in the opportunity] or ... it has an expectancy growing out of an existing right”.

<sup>45</sup> TALLEY, ERIC, e HASHMALL, MIRA, *The Corporate Opportunity Doctrine*, p. 5.

## 2.2. A Teoria do Ramo do Negócio (*The Line of Business Test*)

A teoria do ramo do negócio defende que a oportunidade de negócio é tida como societária sempre que esteja relacionada com a atividade que a sociedade exerce ou se propõe a exercer, abrangidas por esse ramo ou linha de negócio<sup>46</sup>.

Esta teoria tem como finalidade aumentar o grau de proteção dos interesses da sociedade comercial, atendendo, assim, não só aos interesses contratualmente protegidos, mas também aos interesses da sociedade que ainda não estejam assim formalizados<sup>47</sup>. Esta amplitude na aplicação torna esta teoria mais dinâmica e de mais fácil aplicação, pois a sua aplicação “implica a ponderação de todos os aspetos que se mostrem relevantes, em cada caso concreto, para determinar se a sociedade poderia pretender aproveitar a oportunidade de negócio (...) num horizonte temporal razoável”<sup>48</sup>.

O caso *Guth v. Loft Inc*<sup>49</sup> de 11 de abril de 1939 deu aso, pela primeira vez, à aplicação desta teoria no Supremo Tribunal de Delaware.

Loft Inc. era uma sociedade comercial que tinha como objeto a produção e comercialização de produtos alimentares. A Coca-Cola Ltd. era fornecedora da Loft Inc., no entanto, insatisfeita com os preços da Coca-Cola, a Loft Inc. decidiu que seria mais económico comprar Pepsi-Cola à produtora National Pepsi-Cola Company que se encontrava numa situação económica difícil. O presidente da Loft Inc., Guth era conhecido de Megargel, que controlava a Pepsi-Cola Company. Megargel propôs a Guth uma parceria de criar uma nova sociedade que fosse controlada por ambos e vir a adquirir a Pepsi, o que resultou na Loft Inc. vir intentar uma ação contra Guth por este ter prosseguido, a título individual, uma oportunidade de negócio que pertencia à Loft Inc., alegando a violação dos deveres por Guth assumidos enquanto presidente da Loft.

Segundo MICHAEL BEGERT<sup>50</sup>, “uma oportunidade de negócio será societária quando esteja dentro do escopo da atividade da sociedade e se apresente como uma

---

<sup>46</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O Dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias*, p. 642.

<sup>47</sup> TALLEY, ERIC, e HASHMALL, MIRA, *The Corporate Opportunity Doctrine*, p. 6.

<sup>48</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O Dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias*, p. 642.

<sup>49</sup> *Guth v. Loft, Inc.*, 23 Del. Ch. 255, Del. Supreme Court (1939), disponível para consulta em [www.ravellaw.com](http://www.ravellaw.com).

<sup>50</sup> BEGERT, MICHAEL, *The Corporate Opportunity Doctrine and Outside Business Interests*, p. 838: “*The line of business test holds that a transaction is a Corporate opportunity if it is "within the scope of [the corporation's] own activities and of present or potential advantage to it..."*” (tradução nossa).

potencial vantagem para esta”, sendo por isso, então, necessário atender à atividade a que a sociedade se propõe a exercer e que de facto exerce.

Nesta senda e de acordo com ERIC TALLEY<sup>51</sup>, “a determinação de se a oportunidade de negócio é societária ou não atendendo à linha de negócio da sociedade reside na percepção do tribunal relativamente à proximidade entre os requisitos do negócio e a experiência da sociedade, acabando por ter em conta a avaliação relativa a adaptação da sociedade a relativamente a dificuldades que a sociedade tem a colmatar na adaptação de estratégias de gestão, técnicas de produção e estruturas de capitalização”.

Importa fazer, aqui, menção aos arts. 180.º, n.º 3 que diz “Entende-se como concorrente qualquer atividade abrangida no objeto da sociedade, embora de facto não esteja a ser exercida por ela.” e 254.º, n.º 2 do CSC que se lê “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.”

Nota-se que o segundo preceito é menos restritivo do que o primeiro, pois a norma do art. 180.º, n.º 3 considera apenas como atividade concorrente aquela que está “abrangida no objeto da sociedade, embora de facto não esteja a ser exercida por ela”, já no caso do art. 254.º, n.º 2 a proibição abrange a atividade que esteja no âmbito do objeto da sociedade que não seja exercida quando este exercício tenha sido deliberado pelos sócios<sup>52</sup>.

Esta teoria tem sido alvo de bastantes críticas, nomeadamente pela grande incerteza que gera a sua aplicação quanto à determinação das oportunidades de negócio que pertencem à sociedade<sup>53</sup>, atendendo à falta de precisão das circunstâncias a ter em conta na sua aplicação para determinar o ramo do negócio em que essa se insere.

Neste sentido, MICHAEL BEGERT entende que “o âmbito de negócio de uma sociedade comercial pode vir a ser indefinível, impossibilitando, assim, a categorização

---

<sup>51</sup> TALLEY, ERIC, *Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine*, Vol. 108: 277, 1998, p. 239: “In particular, the determination of whether an opportunity is within a firm's line of business turns on the court's perception of the relative proximity between the project's requirements on the one hand, and the corporation's expertise on the other. Courts that use this approach view their task as evaluating the relative burdens and difficulties that the firm might have in bridging this specialization gap through adaptation of its managerial strategies, production techniques, capital structure.” (tradução nossa).

<sup>52</sup> ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. IV (artigos 246º a 270º-G), Almedina, 2011, pp. 95 a 97.

<sup>53</sup> Vide Talley e Marshall.

das oportunidades de negócio pertencentes à sociedade. Nesse sentido, não é compreensível por que razão uma sociedade deveria estar limitada a uma linha de negócio se essa mesma não é passível de definição”<sup>54</sup> (tradução nossa).

Salientando-se aqui a distinção entre a atividade a que a sociedade comercial se propõe a exercer, tal como foi referido supra, a sociedade comercial não se pode formar se no seu contrato não estiver definida a atividade comercial que esta via exercer, e o âmbito dessa atividade, nomeadamente a linha de negócio em que se insere, tratando-se aqui de um campo de ação mais extenso do que a atividade em si.

### 2.3. A Teoria da Justiça (*The Fairness test*)

A teoria da justiça recorre a critérios éticos, atendendo ao pressuposto da relação fiduciária existente entre o administrador e a sociedade<sup>55</sup>. A oportunidade será societária se se determinar a que a sua apropriação pelo administrador ou gerente não satisfaz padrões éticos de justiça e equidade para a sociedade tendo em conta um conjunto determinado de factos<sup>56</sup>.

Esta teoria foi aplicada pela primeira vez no caso *Durfee v Durfee & Canning*<sup>57</sup>, decidido pelo Supremo Tribunal de Massachusetts, datado de dia 8 de julho de 1948.

A sociedade comercial Durfee & Canning era detida por dois sócios em partes iguais e levava a cabo a comercialização de gasolina natural de tipo #14. Em outubro de 1941, o sócio Canning criou uma outra sociedade, juntamente com a sua família, em que comercializava combustível à Durfee & Canning, vendendo o combustível a preços superiores aos de mercado. O tribunal entendeu que havia aqui um aproveitamento da oportunidade de negócio por parte do administrador quando deveria ter havido uma proteção dos interesses da sociedade.

---

<sup>54</sup> BEGERT, MICHAEL, *The Corporate Opportunity Doctrine and Outside Business Interests*, p. 839: “First, the scope of a corporation's business may be indefinite, and opportunities on the margin will pose impossible problems of categorization. Second, it is not clear why a corporation should be restricted to its current line of business even if a line of business can be defined”.

<sup>55</sup> TALLEY, ERIC, *Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine*, p. 293.

<sup>56</sup> *Idem*.

<sup>57</sup> *Durfee v. Durfee & Canning, Inc.*, 323 Mass. 187, Mass. Supreme Court (1948), disponível para consulta em [www.ravellaw.com](http://www.ravellaw.com).

O Tribunal veio fundamentar a sua decisão no entendimento de que a verdadeira base da governação societária assenta na injustiça das circunstâncias particulares de o diretor, que tem uma relação fiduciária com a sociedade, vir obter vantagem proveniente de uma oportunidade de negócio, para o seu lucro pessoal, quando os interesses da sociedade dependam de proteção; o que implica a necessidade de aplicação ao caso de padrões de justiça e equidade<sup>58</sup>.

Neste sentido, esta teoria não comporta uma “regra geral aplicável a todos os casos, mas, sim, uma aplicação em função das circunstâncias concretas de cada situação, atendendo aos factos que constroem o enquadramento da oportunidade de negócio”<sup>59</sup> (tradução nossa).

A. BARRETO MENEZES CORDEIRO<sup>60</sup> aclara que esta teoria vem trazer uma certa novidade relativamente às teorias já analisadas supra, quer seja por as negar, quer seja para servir de complemento, na medida de que não invoca um elemento central, como faz a teoria do interesse ao recorrer à titularidade de uma relação jurídica e a teoria do ramo do negócio ao invocar a ligação entre a oportunidade *in casu* e a atividade da sociedade, mas sim permite aos tribunais recorrer a um conjunto de requisitos variados.

Nesta senda, uma vez que pressupõe a determinação do padrão de justiça para a sociedade, esta teoria tem vindo a revelar-se complexa e considerada fonte de confusão e imprevisibilidade<sup>61</sup>, visto que não vem resolver o problema da ambiguidade e incerteza que acarreta a aplicação do conceito de oportunidade de negócio societária, tratando-se os conceitos de “justiça” e “equidade”, por si só, já de conceitos indeterminados, que carecem de preenchimento valorativo que é formado, também, em sede jurisprudencial.

---

<sup>58</sup> Vide *Durfee v. Durfee & Canning*: “(...) the true basis of the governing doctrine rests fundamentally on the unfairness in the particular circumstances of a director, whose relation to the corporation is fiduciary, “taking advantage of an opportunity [for his personal profit] when the interests of the corporation justly call for protection. This calls for the application of ethical standards of what is fair and equitable ... [in] particular sets of facts””.

<sup>59</sup> SLAUGHTER, JAMES C., *The Corporate Opportunity Doctrine*, p. 98.

<sup>60</sup> CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine)*, Parte I: Introdução – Direito Estado-unidense – Direito Inglês, p. 617.

<sup>61</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O Dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias*, p. 643.

#### 2.4. A Teoria Dualista (*The Two-Step Test*)

O *two-step test*, conhecido em português como a teoria dualista, reside na combinação das suprarreferidas teoria da justiça e teoria do ramo do negócio. Esta teoria moderna determina que a oportunidade de negócio pertence à sociedade se tiver uma ligação com a atividade que a sociedade exerce ou se propõe a exercer, devendo ser-lhe atribuída sempre que essa solução seja justificada por juízos de equidade<sup>62</sup>.

Esta teoria foi aplicada no caso *Miller v. Miller*<sup>63</sup>, a 20 de setembro de 1974, no Supremo Tribunal de Minnesota.

O Supremo Tribunal de Minnesota, com o objetivo de dar mais coerência e previsibilidade à teoria da justiça, veio adotar a teoria dualista ao caso *Miller v. Miller*, agrupando os certos e determinados fatores relevantes em duas questões: a primeira seria se a transação é considerada uma oportunidade de negócio para a sociedade que a reclama (aplica-se a teoria do ramo de negócio) e a segunda questão seria se essa oportunidade de negócio é societária, isto é, se no caso concreto a administradora/gerente atuou fora dos padrões de justiça quando apropriou para si essa oportunidade<sup>64</sup>.

Nesta senda, MARC J. LANE<sup>65</sup> esclarece que o método de Miller tem duas etapas, sendo que o Tribunal começa por determinar se a oportunidade de negócio é efetivamente societária e para isso, aplica inicialmente a teoria do ramo/linha de negócio, que inclui algumas questões, nomeadamente se o interesse da sociedade depende de um direito já existente, se a oportunidade de negócio é essencial, necessária ou apenas desejada, se há capacidade financeira da sociedade para adquirir essa oportunidade, se há adaptação da oportunidade à capacidade de negócio da sociedade, se há natureza competitiva na oportunidade e se a oportunidade implica atividades para as quais a sociedade tem conhecimento, experiência, recursos e pessoal para a levar a cabo.

---

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> *Miller v. Miller*, 222 N.W.2d 71 Supreme Court of Minnesota (1974), disponível para consulta em [law.justia.com](http://law.justia.com).

<sup>64</sup> BEGERT, MICHAEL, *The Corporate Opportunity Doctrine and Outside Business Interests*, p. 839: “In order to add some coherence and predictability to the fairness test, the Minnesota Supreme Court adopted a two-step approach in the oft-cited case of *Miller v Miller*. The court grouped the relevant factors under two questions: (1) was the challenged transaction an opportunity for the claiming corporation? (a line of business approach is used); (2) If so, did the officer/director act unfairly when she took the opportunity?”.

<sup>65</sup> LANE, MARC J., *Representing Corporate Officers, Directors, Managers, and Trustees*, 3rd Edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2018, pp. 5-14 e 5-15.

Se o Tribunal chegar a conclusão de que a oportunidade de negócio é societária, cabe ao administrador fazer prova de que não violou os seus deveres de lealdade em relação à sociedade. Nesta etapa, faz-se um juízo de equidade tendo em conta questões como a natureza da relação fiduciária entre o administrador e a sociedade, o uso de recursos pelo administrador quando tomou conhecimento da oportunidade, a forma como a oportunidade foi apresentada (se foi por forma profissional ou pessoal), se foi dado conhecimento à administração ou sócios da oportunidade de negócio e o benefício ou prejuízo da sociedade relativamente ao aproveitamento ou perda dessa oportunidade<sup>66</sup>.

Assim, os tribunais verificam a proximidade entre a oportunidade de negócio e a atividade comercial da sociedade e atendem a um conjunto de elementos, nomeadamente a capacidade financeira e técnica da sociedade, elementos estes que vão permitir determinar se essa oportunidade pertence à sociedade ou não<sup>67</sup>.

Esta teoria, ao recorrer a dois métodos de aferição diferentes (conhecida como uma teoria híbrida), embora tenha o objetivo de ser mais completa e conferir uma maior certeza jurídica na sua aplicação, é criticada por alguns autores que entendem que esta vem conjugar a ambiguidade do método da teoria da justiça com as falácias do método da teoria da linha de negócio, acabando por não dar cumprimento àquilo a que se propõe<sup>68</sup>.

## 2.5. Segundo os *Principles of Corporate Governance* da *American Law Institute*

O ALI é uma organização independente criada nos Estados Unidos da América que visa a produção de estudos que permitam clarificar, modernizar e melhorar a aplicação do Direito<sup>69</sup>.

Segundo MICHAEL BEGERT, “O *American Law Institute* incluiu a reformulação da doutrina das oportunidades de negócio no seu projeto de governação societária. A regra segundo o ALI, tal como foi potenciado, requeria que os administradores da sociedade revelassem abertamente à sociedade sobre a oportunidade de negócio e teriam que obter

---

<sup>66</sup> *Idem.*

<sup>67</sup> CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine)*, Parte I: Introdução – Direito Estado-unidense – Direito Inglês, p. 621.

<sup>68</sup> Vide o caso *Northeast Harbor Golf Club, Inc. v. Harris*, 661 A.2d 1146, Supreme Judicial Court of Maine (1995), disponível para consulta em [www.law.justia.com](http://www.law.justia.com).

<sup>69</sup> Vide página oficial online do Instituto, disponível em [www.ali.org](http://www.ali.org).

desta uma rejeição formal dessa oportunidade de negócio antes de se poderem aproveitar da mesma a título individual”<sup>70</sup> (tradução nossa).

Explica ERIC TALLEY, no âmbito do projeto do ALI<sup>71</sup>, *Principles of Corporate Governance*, que “adota um método combinado com a teoria do ramo de negócio, defende que a oportunidade de negócio societária configura qualquer oportunidade de que o administrador ou gerente: (1) no seu papel fiduciário tenha conhecimento no exercício das suas funções, (2) esteja numa circunstância que lhe permita razoavelmente conhecer que o oferente da oportunidade de negócio espera que esta seja oferecida à sociedade, ou (3) quando a oportunidade de negócio é adquirida através do uso de informação ou bens da propriedade da sociedade tendo razões para acreditar que a oportunidade será do interesse da sociedade”<sup>72</sup> (tradução nossa).

No entendimento de MARC J. LANE e MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, também pertence à sociedade a oportunidade de negócio que se traduza em exercer uma atividade de que o administrador ou gerente toma conhecimento e que sabe estar intimamente relacionada com a atividade que a sociedade exerce ou se propõe a exercer<sup>73</sup>.

Neste campo, percebe-se que a oportunidade de negócio pertencerá à sociedade quando esta surja num contexto relacionado com a sociedade comercial, isto é, que o administrador ou gerente se encontra no exercício das suas funções enquanto tal ou a fazer uso de recursos da sociedade, ou caso este entenda que a oportunidade de negócio se destina à sociedade que administra.

---

<sup>70</sup> BEGERT, MICHAEL, *The Corporate Opportunity Doctrine and Outside Business Interests*, p. 827: “The American Law Institute (“ALI”) has included a reformulation of the corporate opportunity doctrine in its corporate governance project. The ALI rule, as tentatively drafted, would require that corporate participants fully disclose and obtain a formal rejection of outside business opportunities before taking advantage of such opportunities as individuals”.

<sup>71</sup> American Law Institute *Principles of Corporate Governance*, § 5.02.

<sup>72</sup> TALLEY, ERIC, *Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine*, pp. 297 e 298: “The ALI Principles, for example, which adopt just such an approach alongside the line-of-business test, state that a corporate opportunity constitutes any new business prospect that the fiduciary: (1) learns of in her corporate capacity; (2) has reason to know is being offered to the corporation; or (3) acquires through the use of corporate information or property, if the fiduciary has reason to know that the corporation would be interested in the prospect”.

<sup>73</sup> LANE, MARC J., *Representing Corporate Officers, Directors, Managers, and Trustees*, pp. 5-16, e RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O Dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias*, p. 645.

### **3. O dever de não aproveitamento de oportunidade de negócio societárias no ordenamento jurídico português**

Já na ordem jurídica portuguesa, alguns autores partilham das mesmas posições supramencionadas, aceitando o dever de não oportunidades de negócio societárias como uma concretização do dever de lealdade.

NUNO CALAIM LOURENÇO<sup>74</sup>, por sua vez, elenca diversas situações em que a oportunidade de negócio pertencerá à sociedade, nomeadamente quando a mesma for apresentada como proposta contratual, especialmente dirigida à própria sociedade; quando a sociedade esteja em negociações relativamente a essa proposta; quando a sociedade manifeste interesse relevante na conclusão desse negócio em concreto; quando a oportunidade tenha potencial de, objetivamente, interessar à sociedade; quando o gestor da sociedade tenha conhecimento da oportunidade de negócio estando no exercício das suas funções ou por causa destas.

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO entende que “Apesar de não existir expressa consagração legal que proíba especificamente os administradores de sociedades de desviarem, em benefício próprio ou de terceiros, oportunidade de negócio que pertencem à sociedade que administram, a violação do dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias tem sido identificada pela doutrina portuguesa como um dos exemplos mais expressivos de ilícito que constitui violação do dever de lealdade (a par do dever de não concorrência...)”<sup>75</sup>.

Na doutrina portuguesa, a questão das oportunidade de negócio societárias divide-se em duas posições distintas quanto à sua natureza, nomeadamente se a oportunidade de negócio é subjetiva, quando esta pertence à sociedade comercial que o administrador ou gerente governa, ou se a oportunidade de negócio é objetiva, isto é, quando esta foi obtida mediante recurso de forma abusiva a bens e informações da sociedade, tendo o administrador ou gerente o objetivo de prosseguir a oportunidade de negócio para fins estritamente pessoais<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> LOURENÇO, NUNO CALAIM, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, 2011, p. 26.

<sup>75</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O Dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias*, p. 639.

<sup>76</sup> CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, *Dever de não concorrência e dever de não utilização de bens pertencentes à sociedade – Anotação a STJ 30-Set.-2014*, RDS VII (2015), 1, 161-188, pp. 187 e 188.

Por seu lado, esta questão não tem tido assento relevante na jurisprudência portuguesa, o que leva a dificuldades na sua integração no nosso sistema jurídico, permanecendo apenas e por enquanto como uma construção doutrinal, aplicável em ordenamentos jurídicos estrangeiros. No entanto, estando em causa o dever de lealdade, que se encontra previsto no art. 64.º do CSC, não parece impraticável nem tampouco incongruente a aplicação desta doutrina nos tribunais portugueses, em caso de litígio sobre estas situações, tendo em conta as circunstâncias concretas de cada caso.

Como conclui A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, esta doutrina “ainda não alcançou entre nós, pese embora os esforços mais recentes, um suficiente grau de sistematização, indispensável para o sucesso de qualquer processo de receção doutrinário”<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine) – Parte II: Direito Português*, RDS V (2013), 4, 741-778, p. 749.

### III – A responsabilidade pelo incumprimento do dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias

#### 1. A eventual responsabilidade dos administradores e gerentes das sociedades

No âmbito da eventual responsabilização pelo incumprimento deste dever, importa focar na questão relativa à natureza das normas que compreendem o art. 64.º do CSC, nomeadamente se se tratam de normas que acarretam responsabilidade civil para quem as viole ou de se tratam de meras normas de conduta. Daqui pretende-se, então, perceber quais as consequências para a não observância dessas normas pelos administradores e gerentes das sociedades comerciais<sup>78</sup>.

Entende MENEZES CORDEIRO que estamos aqui perante normas de conduta, que não se relacionam com o regime da responsabilidade dos administradores, pelo que a responsabilização destes apenas se poderá verificar mediante o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil aplicada nos seus termos gerais do CC<sup>79</sup>.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 1 de abril de 2014, do Relator Fonseca Ramos<sup>80</sup>, o Tribunal *in casu* adotou a doutrina defendida por COUTINHO DE ABREU, segundo a qual o art. 64.º, n.º 1 do CSC desempenha duas funções no âmbito da responsabilidade, por um lado prevê os deveres de lealdade e de cuidado a que estão sujeitos os administradores e gerentes das sociedades e que se traduzem em vários deveres objetivos de conduta cuja violação significa ilicitude, por outro lado o critério de culpa está circunscrito à diligência de um gestor criterioso e ordenado, tal como prevê a norma do art. 64.º, sendo que esta consagra, por si só, “um fundamento autónomo de responsabilidade”<sup>81</sup>.

OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>82</sup> defende que, atendendo ao interesse social da sociedade, o administrador ou gerente pode vir a ser responsabilizado caso tenha atuado

---

<sup>78</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, p. 18.

<sup>79</sup> *Idem*.

<sup>80</sup> Ac. do STJ, de 1 de abril de 2014, proc. n.º 8717/06.0TBVFR.P1.S1 (Fonseca Ramos), disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>81</sup> ABREU, COUTINHO DE, *Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social*, in IDET Instituto das Empresas e do Trabalho, Colóquios, n.º 3, p. 30, cit. por Ac. do STJ, de 1 de abril de 2014, proc. n.º 8717/06.0TBVFR.P1.S1 (Fonseca Ramos), p. 32.

<sup>82</sup> In ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Comercial: Sociedades Comerciais Parte Geral, Vol. IV*, Lisboa, 2000, p. 70-72.

contrariamente a este interesse. No entanto, o interesse social dificilmente poderá ser critério para determinar se a atuação do administrador ou gerente está de acordo com o mesmo ou não, visto que um juiz perante o litígio teria de se pronunciar sobre aspetos intangíveis da sociedade.

Relativamente ao interesse social, MARQUES ESTACA<sup>83</sup> esclarece que interesse social não se confunde com o fim da sociedade ou mesmo com o seu objeto social. De facto, é distinto o fim imediato da sociedade do seu fim mediato, uma vez que o primeiro coincide com o objeto social da sociedade, correspondendo à atividade económica que esta exerça, enquanto que o fim mediato será a obtenção de lucro pela sociedade através do exercício dessa atividade económica. Por seu lado, o interesse social consagra-se no contrato de sociedade que dá origem à mesma, no qual se consagra igualmente a causa social, sendo titulares do interesse social não só a sociedade, mas também os seus sócios, que assinaram o contrato de sociedade e nesta senda, o interesse social delimita a atuação da sociedade e determina os poderes representativos do seu administrador.

O autor conclui assim que “o objeto social não se confunde, antes representa uma realidade totalmente distinta, daquilo que defendemos ser o interesse da sociedade. Contudo, e apesar disso, o objeto social contribui decisivamente para a clarificação do próprio interesse da sociedade, na medida em que assume grande importância mentalmente, na resolução da questão da capacidade da sociedade, os quais são elementos extremamente relevantes para a prossecução do referido interesse da sociedade”<sup>84</sup>.

Faz sentido, no âmbito desta matéria, fazer menção à *business judgment rule*, que teve por base os princípios de governação societária, e que segundo esta regra a responsabilidade dos gerentes e administradores é excluída se estes provarem que atuaram em termos informados, livres de quaisquer interesses pessoais e segundo critérios de racionalidade empresarial.

PEREIRA DE ALMEIDA explica que “A *business judgment rule (bjr)* é uma doutrina derivada da jurisprudência dos tribunais americanos de Estado de Delaware baseada na seguinte *presumption*: «*The directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the*

---

<sup>83</sup> ESTACA, JOSÉ NUNO MARQUES, *O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*, Almedina, 2003, pp. 97 a 106.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 103.

*company*<sup>85</sup>». Por conseguinte, o *plaintiff*, o demandante, tem o ónus de prova de que os administradores violaram os seus deveres de cuidado, lealdade ou boa fé. Nada que seja estranho à jurisprudência portuguesa<sup>86</sup>. É pacificamente aceite na doutrina portuguesa que esta regra se encontra consagrada no art. 72.º, n.º 2 do CSC.

## **2. Fundamentos para a responsabilização dos gerentes e administradores**

A responsabilização dos administradores e gerentes não se poderá verificar por mera violação de uma norma que não comporta em si uma estatuição, ou seja, que não prevê uma consequência jurídica para a violação dessa hipótese legal que pretende acautelar.

Assim, afigura-se essencial procurar perceber em que preceitos pode a responsabilização dos administradores e gerentes pelas suas condutas ilegítimas ser fundamentada.

No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de julho de 2018, da Relatora Ana Isabel Pessoa<sup>87</sup>, o Tribunal entendeu que a violação dos deveres fundamentais do art. 64.º do CSC pelos administradores pode resultar na indemnização pelos danos causados, assim como na sua destituição enquanto administrador, numa indemnização por lucros cessantes (nos termos do disposto no regime do CC), na restituição de todos os lucros recebidos pelo enriquecimento sem causa, e por fim, na exigência pela sociedade do direito de ingresso nos negócios efetuados pelo sócio, com referência ao disposto no art. 180.º, n.º 2 do CSC, podendo a sociedade, nestes casos, vir a exigir que os negócios que foram efetuados pelo administrador, sejam considerados como efetuados pela sociedade, com a respetiva entrega dos proveitos resultantes da celebração desses negócios.

É interessante a solução prevista no art. 180.º, n.º 2 do CSC, podendo a sua aplicação configurar uma solução aplicável analogicamente a outros tipos legais de sociedades. Anteriormente, vimos que esta solução se aplica unicamente às sociedades

---

<sup>85</sup> Tradução nossa: “Os administradores da sociedade atuaram de forma informada, com boa fé e a na convicção de que a ação foi ao encontro dos melhores interesses da sociedade”.

<sup>86</sup> ALMEIDA, ANTONIO PEREIRA DE, *A Business Judgment Rule, in I Congresso das Sociedades Em Revista*, 1, Almedina, Lisboa, 2010, p. 359.

<sup>87</sup> Ac. do TRL, de 12 de julho de 2018, proc. n.º 9003/08.6TBCSC.L2-1 (Ana Isabel Pessoa), disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

em nome coletivo, fazendo assim uma distinção entre “sociedades de pessoas” e “sociedades de capitais”.

Verificando-se uma violação nos termos do disposto do art. 180.º, n.º 1 do CSC, o seu n.º 2 prevê duas consequências alternativas, isto é que a sociedade pode exigir ao sócio que este “lhe entregue os proventos próprios resultantes dos negócios efetuados por ele” ou então que este lhe “ceda os seus direitos a tais proventos”. Neste sentido, a sociedade em nome coletivo pode, desde logo, escolher exigir do sócio uma indemnização pelos danos que a sociedade tenha sofrido com as suas condutas; ou pode, alternativamente, escolher sub-rogar-se nos negócios que o sócio celebrou, ocupando o seu lugar nos mesmo tal como se tivesse sido a sociedade a celebrá-los<sup>88</sup>.

CARNEIRO DA FRADA é do entendimento de que esta disposição do art. 180.º, n.º 2 do CSC é passível de ser aplicada analogicamente aos demais tipos legais de sociedades, e nesse sentido o administrador pode ver-se obrigado à restituição daquilo que obteve à sociedade, podendo esta, como credora do administrador, fazer valer as suas pretensões com vista à indemnização por meio da ação *ut universi* e da ação *ut singuli*, ações estas previstas nos arts. 75.º a 77.º do CSC<sup>89</sup>.

No âmbito da indemnização a que a sociedade tem direito por força do art. 180.º do CSC, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de fevereiro de 2013, do Relator Granja da Fonseca<sup>90</sup> entendeu que os administradores e gerentes são responsáveis pelos danos causados à sociedade resultantes da não observância dos seus deveres fundamentais, responsabilidade esta que se opera nos termos do disposto no art. 72.º, n.º 1 do CSC.

Assim, no âmbito da indemnização devida, o art. 563.º do CC prevê que a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não se verificasse a lesão. Para os devidos efeitos, é necessário fixar o montante do valor a indemnizar, pelo que o tribunal, no acórdão referido, entendeu que, na falta de elementos que permitam apurar o valor a indemnizar, a determinação desse valor deve

---

<sup>88</sup> ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. III (artigos 174º a 245º), pp. 57 e 58.

<sup>89</sup> FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, *Sobre a obrigação de restituir dos administradores*, in I Congresso das Sociedades em Revista, 1, Almedina, Lisboa, 2010, p. 356 a 358.

<sup>90</sup> Ac. do STJ, de 28 de fevereiro de 2013, proc. n.º 189/11.3TBCBR.C1.S1 (Granja da Fonseca), disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

ser feita através do incidente de liquidação previsto no art. 378.º do CPC (atual art. 358.º do CPC).

Em contraposição encontra-se o art. 347.º, n.ºs 1 e 2 do CPI<sup>91</sup>, que mencionam que no caso de ocorrer uma violação ilícita do direito de propriedade industrial, há lugar a indemnizar da parte lesada pelos danos resultantes da violação, sendo que a determinação do montante da indemnização por perdas e danos compete ao tribunal, pelo que este deve atender ao lucro obtido pelo infrator, aos danos emergentes e lucros cessantes sofridos pela parte lesada, assim como ter em consideração os encargos suportados com a proteção, com a investigação e com a cessação da conduta lesiva do seu direito.

Esta solução importa na medida em que a apropriação indevida de uma oportunidade de negócio societária está intrinsecamente relacionada com a concorrência desleal, pelo que de um ato de concorrência desleal é passível de emergir um ilícito de natureza civil, por força da violação do art. 311.º do CPI, resultando daí uma responsabilidade civil nos termos do disposto no art. 483.º do CC, devendo estar preenchidos todos os seus pressupostos legais<sup>92</sup>.

Nesta senda, PEDRO SOUSA E SILVA vem ainda explicar que embora o CPI não se pronuncie sobre a questão das disposições processuais a aplicar aos processos em que a causa de pedir se funde na concorrência desleal (por se referir apenas a “direitos de propriedade industrial e segredos comerciais) e a doutrina maioritária tenha vindo a entender que estas disposições se reservam apenas a este âmbito, ficando excluída a concorrência desleal, o autor entende que não há obstáculos à aplicação destas disposições aos casos de concorrência desleal, uma vez que o art. 311.º do CPI se aplica diretamente à matéria da concorrência desleal<sup>93</sup>, pelo que o art. 347.º do CPI se poderia aplicar nos casos de aproveitamento de oportunidades de negócio societárias pelos administradores e gerentes.

Relativamente aos restantes meios previstos no Código Civil, CARNEIRO DA FRADA equaciona a hipótese de recurso a estes institutos concluindo que “(...) o enriquecimento sem causa, que se impõe associar em particular à doutrina do conteúdo da destinação dos direitos, sendo todavia que esta apresenta também, no que toca à sua

---

<sup>91</sup> Código da Propriedade Industrial introduzido pelo DL n.º 110/2018, de 10 de dezembro.

<sup>92</sup> SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, pp. 458 a 460.

<sup>93</sup> SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, pp. 460 e 461.

amplitude, algumas dificuldades e limitações. Por outro lado, importa equacionar aquilo que, na tradição doutrinária, se chama muitas vezes a «gestão de negócios imprópria». O sujeito que intervém num negócio alheio conhecendo que ele é alheio tem de entregar tudo o que obteve (...) embora a conformação severa da obrigação de restituir só possa alicerçar-se dentro de uma correta ordenação dogmática da aludida figura”<sup>94</sup>.

O art. 186.º, n.º 1, al. a) do CSC, por sua vez, prevê como consequência para o sócio que viole gravemente as suas obrigações para com a sociedade a sua exclusão da sociedade, nomeadamente “*quando lhe seja imputável violação grave das suas obrigações para com a sociedade*”, designadamente a proibição de concorrência prescrita no art. 180.º; “*ou quando for destituído da gerência com fundamento em justa causa que consista em facto culposos suscetível de causar prejuízo à sociedade*”.

Esta consequência prevista para as sociedades em nome coletivo resulta exatamente da natureza deste tipo legal de sociedade, em que a ligação entre os sócios, assim como entre estes e a respetiva sociedade está muito mais presente do que nas ditas “sociedades de capital”. Deste modo, resulta daqui uma maior necessidade de observância pelos deveres de cuidado e de lealdade dos gerentes. Assim, resulta do *intuitus personae* presente nas sociedades em nome coletivo a consequência prevista nesta norma de exclusão do gerente (ou sócio) que viole os termos previstos no art. 180.º do CSC, por se tratar de uma quebra de confiança que resulta da conduta desleal do mesmo<sup>95</sup>.

Por sua vez, o já citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 1 de abril de 2014, do Relator Fonseca Ramos<sup>96</sup>, decidiu no caso em concreto que a violação dos deveres do art. 64.º do CSC pelos gerentes e administradores configura como sanção a sua destituição com justa causa quando estejam verificados os requisitos da responsabilidade civil contratual, nos termos do art. 72.º, n.º 1 do CSC.

O art. 72.º, n.º 1 do CSC prevê a responsabilização dos administradores e gerentes para com a sociedade quando estes não observem os seus deveres legais e,

---

<sup>94</sup> *Idem*, p. 357.

<sup>95</sup> CUNHA, CAROLINA, in ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. II, p. 105.

<sup>96</sup> Ac. do STJ, de 1 de abril de 2014, proc. n.º 8717/06.0TBVFR.P1.S1 (Fonseca Ramos), disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

consequentemente, causem danos à sociedade comercial, danos estes derivados das suas ações ou omissões, que foram levadas a cabo de forma culposa<sup>97</sup>.

COUTINHO DE ABREU menciona que aqui se encontram previstos os pressupostos legais exigidos para aplicação da responsabilidade civil por factos ilícitos contida nos arts. 483.º do CC, fazendo menção à ilicitude na conduta do administrador, a culpa presumida deste, o dano à sociedade e o nexo de causalidade entre a ação ou omissão, isto é, o facto ilícito e culposo causado pelo administrador e os danos que daqui resultem à sociedade<sup>98</sup>.

Desta forma, a responsabilização dos administradores que incumpram com os seus deveres fundamentais pode ser legitimada por determinados sujeitos que a lei reconhece, nomeadamente mediante a ação social “universal” (ou “*ut universi*”), constante do art. 75.º do CSC que a sociedade pode intentar uma ação social de responsabilidade contra o administrador mediante deliberação por maioria dos sócios, deliberação esta em que o administrador não pode votar, sob pena de se criar um conflito de interesses<sup>99</sup>.

Por seu lado, o art. 77.º do CSC prevê a ação de responsabilidade proposta pelos sócios minoritários, o sócio que detenha 5% do capital social ou os sócios em que em conjunto perfaçam uma participação social de pelo menos 5% do capital podem propor a ação de responsabilidade contra o administrador com a finalidade de ver reparado o dano causado à sociedade<sup>100</sup>.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de fevereiro de 2009, do Relator Paulo Sá<sup>101</sup>, o Tribunal concluiu que são várias as ações que permitem efetivar a responsabilidade do administrador para com a sociedade, nomeadamente a ação social *ut universi*, que é proposta pela sociedade para obter o ressarcimento dos danos causados a esta com fundamento na responsabilidade civil dos administradores, nos termos e para os efeitos do art. 75.º do CSC, assim como a ação social *ut singuli*, em que os sócios que representem 5% do capital social podem pedir a condenação dos administradores para

---

<sup>97</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O Dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidade de negócio societárias*, p. 633.

<sup>98</sup> ABREU, JORGE M. COUTINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2ª ed., Cadernos do IDET n.º 5, Almedina, 2010, p. 7.

<sup>99</sup> ABREU, JORGE M. COUTINHO e ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores*, in Cadernos do IDET n.º 3, Almedina, 2004, p. 15.

<sup>100</sup> *Idem*, pp. 16 e 17.

<sup>101</sup> Acórdão do STJ, de 3 de fevereiro de 2009, proc. n.º 08A3991 (Paulo Sá), disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

que indenizem a sociedade pelos prejuízos a esta causados, prejuízos estes que não tenham sido causados diretamente aos próprios sócios, nos termos do disposto no art. 77.º do CSC.

Mais concluiu este Acórdão do STJ que “a responsabilidade civil dos gerentes para com a sociedade relativamente a danos causados a esta por factos próprios e violadores de deveres legais e/ou contratuais, prevista no art. 72.º, n.ºs 1 e 2, do CSC, constitui uma situação da responsabilidade obrigacional, quer porque se considera que os administradores são mandatários, quer porque negando-lhes essa qualidade, se reconhece como fonte direta das obrigações dos administradores o ato negocial da nomeação”<sup>102</sup>.

Já do art. 72.º, n.º 2 do CSC resulta, como vimos *supra*, que a responsabilidade do administrador é excluída se este provar que atuou de forma diligente, em “*termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*”, invertendo-se o ónus da prova, que cai na esfera jurídica do administrador, tal como no disposto no art. 799.º, n.º 1 do CC, estando aqui em causa um indício de que a responsabilidade do administrador tem natureza obrigacional<sup>103</sup>.

Não obstante, em sede judicial, o juiz não tem competência para julgar o mérito empresarial de uma decisão do administrador, este só pode julgar o processo informativo de quem tomou a decisão, o respeito pelo dever de lealdade e o cumprimento de critérios de racionalidade empresarial. Esta norma não se aplica a casos em que não há discricionariedade<sup>104</sup>.

Perfilhamos a tese defendida por RICARDO COSTA e GABRIEL FIGUEIREDO DIAS<sup>105</sup>, segundo a qual a aplicação da *business judgment rule* no âmbito do dever de lealdade, e, conseqüentemente, do dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias, fica, desde logo, excluída, uma vez que esta pressupõe que o administrador ou gerente possa estar a atuar no âmbito do interesse da sociedade. Há casos em que o conflito de interesses entre o interesse pessoal do administrador e o interesse da sociedade nem sequer se coloca, pois não está em causa, evidentemente, o interesse social, e nesse

---

<sup>102</sup> *Idem*.

<sup>103</sup> ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Comercial: Sociedades Comerciais Parte Geral, Vol. IV*, Lisboa, 2000, pp. 456 e 457.

<sup>104</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O Dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidade de negócio societárias*, pp. 638 e 639.

<sup>105</sup> In ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I (artigos 1º a 84º), pp. 747 e 748.

sentido não há lugar a possibilidade de haver uma ponderação do interesse da sociedade na conduta do sócio. O exemplo mais paradigmático desta situação é o caso do aproveitamento próprio pelo administrador ou gerente de oportunidades de negócio societárias, assim como a utilização por estes de meios ou informações da titularidade da sociedade para benefício próprio.

### **3. Meios de defesa dos administradores e gerentes**

A doutrina tem se ocupado de encontrar meios de defesa de que os administradores podem lançar mão quando se tenha verificado uma apropriação por estes de uma oportunidade de negócio de que a sociedade possa ter um potencial interesse ou da qual possa obter um determinado benefício.

Há três meios de defesa mais comuns e mais usados pelos administradores e gerentes, no entanto, estes podem adotar a defesa que entendam ser a mais conveniente para demonstrar a licitude da sua conduta.

#### **3.1. “Source Rule” defense**

Esta defesa assenta na alegação por parte do administrador ou gerente de que a oportunidade de negócio em causa foi apresentada a este em virtude das suas características pessoais e profissionais, não se destinando por isso à sociedade<sup>106</sup>. Configura-se que o apresentador da proposta de oportunidade de negócio teve em vista o administrador, estando interessado nas suas qualificações e competências profissionais, reputação e experiência, não estando, assim, interessado em negociar com a sociedade<sup>107</sup>.

Como já referimos e de acordo com os Princípios de Governança Societária do *American Law Institute*, a oportunidade de negócio constitui uma nova perspectiva de negócio quando o administrador obtenha conhecimento da mesma na sua qualidade de administrador societário, tenha razões para saber que está a ser oferecida à sociedade ou adquira acesso à oportunidade de negócio através do uso de informação ou propriedade

---

<sup>106</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O Dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidade de negócio societárias*, p. 646.

<sup>107</sup> TALLEY, ERIC, e HASHMALL, MIRA, *The Corporate Opportunity Doctrine*, February 2001, p. 12.

da sociedade, se o administrador ou gerente tenha razões para entender que a sociedade poderia estar interessada nesse mesmo negócio<sup>108</sup>.

Esta forma de defesa foi invocada no já referido caso *Guth v. Loft, Inc.*<sup>109</sup>, em que o administrador da Loft alegou que a oportunidade de negócio lhe foi apresentada e ele mesmo pessoalmente, e não a nível profissional, não tendo, todavia, tido sucesso em sede judicial.

### 3.2. “Incapacity” defense

A defesa da incapacidade consagra em si a ideia de que a sociedade está, de alguma forma, incapacitada de aproveitar essa oportunidade de negócio e por isso o administrador ou gerente aproveitou para proveito próprio a oportunidade<sup>110</sup>.

Nesta senda, são várias as razões que podem ser invocadas neste campo de ação, mas normalmente reduzem-se a três ordens de razões para esta incapacidade: razões legais, sejam por exemplo, que a legislação aplicável *in casu* preveja algum tipo de incapacidade relativa à sociedade para praticar esse negócio, razões financeiras, seja o caso de a sociedade não se encontrar em condições económicas ou financeiras estáveis ou que permitam a o aproveitamento dessa oportunidade de negócio, como é o caso da insolvência ou da situação económica difícil, ou razões relacionadas com limitações empresariais de ordem genérica, como é o caso da falta de recursos humanos ou que a outra parte que apresenta o negócio não queira negociar com a sociedade, ou mesmo razões de outras naturezas que impeçam o aproveitamento da oportunidade pela sociedade<sup>111</sup>.

Esta defesa é tida como o corolário negativo dos tribunais seguidores da teoria do ramo do negócio supramencionada, obtendo maior sucesso em sede judicial as alegações

---

<sup>108</sup> *American Law Institute’s Principles of Corporate Governance*, § 5.05 cit. por TALLEY, ERIC, e HASHMALL, MIRA, *The Corporate Opportunity Doctrine*, February 2001, p. 12.

<sup>109</sup> *Guth v. Loft, Inc.*, 23 Del. Ch. 255, Delaware Supreme Court (1939), disponível para consulta em [www.ravellaw.com](http://www.ravellaw.com).

<sup>110</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O Dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidade de negócio societárias*, p. 647.

<sup>111</sup> TALLEY, ERIC, e HASHMALL, MIRA, *The Corporate Opportunity Doctrine*, February 2001, p. 13.

pelos administradores invocando que a contraparte do negócio rejeita negociar com a sociedade<sup>112</sup>.

No caso *Castleman ex rel. Thorpe v. CERBCO, Inc.* do Supremo Tribunal de Delaware, de 18 de janeiro de 1996<sup>113</sup>, esta defesa foi alegada, tendo o Tribunal decidido que a ausência de um dano à sociedade não é critério para determinar se houve ou não uma conduta desleal por parte do administrador.

### 3.3. “Implied rejection” defense

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO explica que este meio de defesa do administrador ou gerente invoca o facto de a sociedade nada ter feito no sentido de aproveitar a oportunidade de negócio, apesar de ter sido adequadamente informada acerca da mesma. Adianta ainda que “Os tribunais tendem a mostrar-se recetivos a esta defesa, permitindo que o administrador se aproprie da oportunidade de negócio se a sociedade nada faz decorrido um período de tempo tido como razoável após a comunicação do administrador”<sup>114</sup>.

A diferença deste meio de defesa para os restantes suprarreferidos é que aqui, efetivamente, o administrador ou gerente comunica à sociedade da existência de uma oportunidade de negócio que lhe pode interessar, e nesse sentido, cumprindo com os seus deveres de cuidado e lealdade a que está adstrito enquanto administrador ou gerente.

Neste caso, há um cumprimento efetivo do dever de comunicação da proposta à sociedade, no entanto, a sociedade é que não demonstra interesse em aproveitar a oportunidade, sendo que se exige que o administrado aguarde por um período de tempo razoável antes de apropriar a oportunidade para seu próprio proveito.

---

<sup>112</sup> TALLEY, ERIC, e HASHMALL, MIRA, *The Corporate Opportunity Doctrine*, February 2001, p. 14.

<sup>113</sup> *Castleman ex rel. Thorpe v. CERBCO, Inc.*, 676 A.2d 436, 443 (Del. 1996), disponível para consulta em [www.courtlistener.com](http://www.courtlistener.com).

<sup>114</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O Dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidade de negócio societárias*, p. 648.

## Conclusões finais

Assim, importa extrair da presente dissertação as seguintes ideias e premissas.

O dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias a que os administradores e gerentes estão sujeitos deriva do dever de lealdade, a que estes se encontram adstritos por força dos seus papéis de direção e controlo da sociedade que gerem. Daqui resulta que este dever subsiste como uma consequência direta daquilo que o administrador representa na sociedade.

Compreendemos, assim, que o dever de lealdade, assim como o dever de cuidado, presentes no art. 64.º do CSC, são deveres cuja observância é essencial para o funcionamento da sociedade comercial, no sentido de que o administrador ou gerente da mesma, levando a cabo as suas funções enquanto tal configura uma posição determinante na sociedade pelo que importa que este se sujeite ao cumprimento de deveres de importante índole como estes.

No âmbito da relação entre este desvio de oportunidade de negócio e o instituto da concorrência desleal concluímos que o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias é, igualmente, uma concretização do princípio da proibição de concorrência desleal que se encontra intimamente ligado ao dever de lealdade nas sociedades comerciais.

A principal problemática envolvente na aplicação *in casu* do dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias prende-se com a determinação daquilo que pode configurar uma oportunidade de negócio societária. Neste campo, vimos que a jurisprudência estrangeira, nomeadamente a jurisprudência estado-unidense, tem se ocupado de tentar determinar os critérios primários a ter em conta para o preenchimento deste conceito indeterminado, com a finalidade de tornar a aplicação prática deste dever mais objetiva e padecente de uma maior certeza jurídica.

Ainda assim, compreendemos que, tal como muitos conceitos do universo jurídico, este conceito carece de preenchimento valorativo, que varia de caso para caso, atendendo às circunstâncias concretas do mesmo, pelo que nunca poderá haver um critério exato de aplicação global. As tentativas de preenchimento deste conceito indeterminado foram falíveis pois fazem sempre depender a valoração deste conceito do circunstancialismo

concreto do caso, uma vez que este dever tem um amplo campo de aplicação, pelo que é dificultada a determinação abstrata de critérios aplicáveis a todo e qualquer caso.

Tal como resulta das decisões jurisprudenciais analisadas, as diversas teorias foram aplicadas a casos individualizados, no entanto, daí resultaram sempre críticas pela doutrina.

Da aludida teoria do interesse ou da expectativa resultou que a sua aplicação confere uma grande certeza jurídica e, como consequência disso, acaba por ser altamente previsível tendo em conta os restantes institutos do direito já existentes. Por seu lado, a teoria do ramo do negócio mantém a incerteza jurídica do conceito indeterminado de “oportunidade de negócio societária” uma vez que depende da determinação do ramo de negócio da sociedade para determinar se a oportunidade de negócio em causa pertencerá efetivamente à sociedade. Já a teoria da justiça, na mesma senda que a teoria anterior, faz depender a sua aplicação de padrões de justiça e equidade, conceitos estes igualmente indeterminados. A teoria dualista combina duas teorias já existentes e, nesse sentido, acarreta as mesmas falhas já apontadas a essas teorias. Por fim, o instituto ALI veio, por sua vez, realizar o projeto de Princípios de Governança Societária em que determina abstratamente as situações em que uma oportunidade de negócio se considerará societária.

Por seu lado, partindo do pressuposto de que as normas previstas no art. 64.º do CSC são normas cujo incumprimento imediatamente constitui a responsabilização do administrador ou gerente faltoso e não meras normas gerais de conduta, procuramos apurar quais as consequências que se podem verificar com a violação do presente dever de lealdade.

A responsabilização do administrador pode-se verificar de acordo com os critérios gerais da responsabilidade legalmente previstos no art. 72.º, n.º 1 do CSC, com fundamento na violação do dever de lealdade pelo administrador ou gerente, do qual deriva o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias. Esta responsabilização pode ser efetivada através das ações *ut universi* e *ut singuli* previstas nos arts. 75.º e 77.º do CSC, respetivamente.

Neste sentido, defendemos que não se aplica ao caso a *business judgement rule* prevista no art. 72.º, n.º 2 do CSC, uma vez que o incumprimento deste dever não comporta uma situação em que haja a possibilidade de o administrador ou gerente estar a atuar em conformidade com os seus deveres e com a diligência de um gestor criterioso.

Por sua vez, defendemos igualmente a aplicação analógica do art. 180.º, n.º 2 do CSC aos restantes tipos legais de sociedades, pelo que resulta da apropriação indevida da oportunidade de negócio societária pelo administrador ou gerente, que a sociedade pode optar por sub-rogar-se nesse negócio ou optar por exigir do administrador ou gerente uma indemnização que visa ressarcir os danos por este causados à sociedade.

Nesta senda, entendemos que as disposições processuais previstas no CPI, em especial o art. 347.º desse diploma no que se refere à determinação da indemnização devida à sociedade, são passíveis de aplicação aos casos de aproveitamento de oportunidades de negócios societárias, uma vez que está em causa uma configuração da concorrência desleal.

Verificamos que outras consequências podem resultar do comportamento do administrador como é o caso da sua exclusão da sociedade com base no art. 186.º do CSC, aplicável às chamadas “sociedades de pessoas”, onde o dever de lealdade comporta uma maior dimensão, mas igualmente aplicável analogicamente aos restantes tipos legais de sociedades.

Por fim e no âmbito dos meios de defesa dos administradores, no caso de a sociedade entender que há apropriação de uma oportunidade de negócio societária, concluímos que, face à recusa pela jurisprudência de certas formas de defesa, estas defesas primam sempre pelo cumprimento dos deveres de lealdade e de cuidado pelo administrador ou gerente, sendo que este deve optar por, em primeira mão, comunicar o conhecimento da oportunidade de negócio à sociedade, e após esta demonstrar o seu desinteresse na mesma, pode o administrador aproveitar para si ou para terceiro tal oportunidade.

## Referências bibliográficas

### I. Bibliografia nacional

ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I (artigos 1º a 84º), Almedina, 2011.

ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. III (artigos 174º a 245º), Almedina, 2011.

ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. IV (artigos 246º a 270º-G), Almedina, 2011.

ABREU, JORGE M. COUTINHO DE, *Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social*, in *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, 2007.

ABREU, JORGE M. COUTINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2ª ed., Cadernos do IDET n.º 5, Almedina, 2010.

ABREU, JORGE M. COUTINHO e RAMOS, ELISABETE, *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores*, in *Cadernos do IDET* n.º 3, Almedina, 2004.

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, *A Business Judgment Rule*, in *I Congresso das Sociedades Em Revista*, 1, Almedina, Lisboa, 2010.

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 8ª ed., Porto, 2018.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Comercial: Sociedades Comerciais Parte Geral*, Vol. IV, Lisboa, 2000.

CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, LLM, *Dever de não concorrência e dever de não utilização de bens pertencentes à sociedade – Anotação a STJ 30-Set.-2014*, RDS VII (2015), 1, 161-188.

CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, LLM, *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine)*, Parte I: Introdução – Direito Estado-unidense – Direito Inglês, RDS V (2013), 3, 603-632.

CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, LLM, *Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine), Parte II: Direito Português*, RDS V (2013), 4, 741-778.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (coord.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2012.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *A lealdade no direito das sociedades*, Ano 2006, Vol. III – Dez. 2006, disponível em [www.oa.pt/Conteudos/Artigos](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos).

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual das Sociedades Comerciais I – Parte Geral*, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2011.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito das Sociedades II – Das Sociedades em Especial*, Almedina, 2006.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II - Set. 2006, disponível em <https://portal.oa.pt/>.

COSTA, RICARDO, *Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”*, in *I Congresso das Sociedades Em Revista*, 1, Almedina, Lisboa, 2010.

CUNHA, PAULO OLAVO, *Limitação à atividade concorrente de gestores de sociedades comerciais* in *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, 4, Lisboa, 2016, (139-151).

DUARTE, RUI PINTO, *Os Deveres dos Administradores das Sociedades Comerciais*, *Católica Law Review*, VOLUME II, n.º 2, maio 2018.

ESTACA, JOSÉ NUNO MARQUES, *O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*, Almedina, 2003.

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, *Sobre a obrigação de restituir dos administradores*, in *I Congresso das Sociedades Em Revista*, 1, Almedina, 2010.

LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE e VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Código Civil Anotado – Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 2ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1997 (reimpressão de 2011).

LOURENÇO, NUNO CALAIM, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, 2011.

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O dever de os administradores não aproveitarem, para si, ou para terceiros, oportunidades de negócios societárias*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, LUÍS COUTO GONÇALVES (coord.), Almedina, 2012, (633-663).

SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, 2ª ed., Almedina, 2019.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral – Volume I*, 10.ª ed. rev. e atualiz. 13.ª reimp., Almedina, 2000 (reimpressão de 2016).

## II. Bibliografia estrangeira

BEGERT, MICHAEL, *The Corporate Opportunity Doctrine and Outside Business Interests*, *The University of Chicago Law Review*, pp. 827-863.

LANE, MARC J., *Representing Corporate Officers, Directors, Managers, and Trustees*, 3<sup>rd</sup> Edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2018.

LOWRY, JOHN, *The Codification of Directors' Duties: Capturing the Essence of the Corporate Opportunity Doctrine*, *Corporate Board: role, duties & composition / Volume 2*, Issue 2, 2006, Virtus Interpress – a Corporate Governance Publisher, pp. 22-32.

SLAUGHTER, JAMES C., *The Corporate Opportunity Doctrine*, 18 Sw L. J. 96 (1964), pp. 96-116.

TALLEY, ERIC, e HASHMALL, MIRA, *The Corporate Opportunity Doctrine*, February 2001, pp. 1-28.

TALLEY, ERIC, *Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine*, Vol. 108: 277, 1998, pp. 277-375.

### III. Jurisprudência

#### a. Nacional

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 1 de abril de 2014, processo n.º 8717/06.0TBVFR.P1.S1 (Fonseca Ramos).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de fevereiro de 2013, processo n.º 189/11.3TBCBR.C1.S1 (Granja da Fonseca).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de fevereiro de 2009, processo n.º 08A3991 (Paulo Sá).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de setembro de 2014, processo n.º 1195/08.0TYLSB,L1.S1 (Fonseca Ramos).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de julho de 2018, processo n.º 9003/08.6TBCSC.L2-1 (Ana Isabel Pessoa).

#### b. Estrangeira

Castleman ex rel. Thorpe v. CERBCO, Inc., 676 A.2d 436, 443 (Del. 1996).

Durfee v. Durfee & Canning, Inc., 323 Mass. 187, Mass. Supreme Court (1948).

Guth v. Loft, Inc., 23 Del. Ch. 255, Delaware Supreme Court (1939).

Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co., 126 Ala. 496, Alabama Supreme Court (1899).

Miller v. Miller, 222 N.W.2d 71 Supreme Court of Minnesota (1974).

Northeast Harbor Golf Club, Inc. v. Harris, 661 A.2d 1146, Supreme Judicial Court of Maine (1995).