

O Dever de Lealdade dos Administradores das Sociedades Comerciais na Região Administrativa Especial de Macau (Art.º 235.º, n.º 2, do Código Comercial de Macau) - Algumas Notas Mais ou Menos Desenvolvidas

*Hugo Luz dos Santos**

I. O fundamento teleológico dos deveres fiduciários (em especial o dever de lealdade) dos gerentes e administradores das sociedades comerciais e o enlightened shareholder value: a ratio do regime jurídico da solidariedade passiva dos gerentes e dos administradores das sociedades (art.º 249.º, n.º 4, do Código Comercial de Macau)

No plano jurídico – civil, rectius, jus – societário, os fiduciary duties dos gerentes ou administradores das sociedades comerciais, como lugares paralelos, conhecem, para além da sua expressa consagração legal, revestimento teórico – prático, quer no Código Comercial de Macau, quer no Código das Sociedades Comerciais de Portugal (CSC)¹, quer ainda no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE).

Assevere-se, quanto ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), que a presunção de culpa qualificada na insolvência (art.º 186.º, n.º 3, do CIRE) é directamente tributária do regime jus -

* Magistrado do Ministério Público

¹ HUGO LUZ DOS SANTOS, “Os *Fiduciary duties* dos administradores das sociedades comerciais e o regime jurídico da solidariedade passiva constante do (revogado) art.º 8.º, n.º 7, do RGIT e do (represtinado) art.º 7.º-A, n.º 2, do RJFNA: cooperação dialéctica entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça?”, in *Revista Fiscal (RF)*, Maio/Junho 2014, Vida Económica, Porto, (2014), *passim*, que aqui, com alterações e desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais, seguiremos de perto.

societário do corporate governance^{2/3/4}, o que significa que as alíneas a) e b), do art.º 186.º, n.º 3, do CIRE^{5/6} existem para impedir que, devido à dificuldade de provar o nexo de causalidade fiquem, na prática, impunes os sujeitos⁷ que violaram as suas obrigações legais⁸ de deveres de cuidado (art.º 195.º, n.º 1, n.º 1, alínea b), art.º 245.º, n.º 1 e 4, do Código Comercial de Macau, e art.º 64.º, n.º 1, alínea a), do CSC), e deveres de lealdade (art.º 195.º, n.º 1, n.º 1, alínea c), art.º 249.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau e art.º 64.º, n.º 1, alínea b), do CSC)⁹.

² Em geral, sobre a projecção teórico-prática dos deveres dos administradores de facto e de direito das sociedades comerciais, CALVÃO DA SILVA, “Corporate Governance” – Responsabilidade Civil de Administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral de Supervisão”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 136 (Setembro/Outubro 2006), (2006), pp. 31 e ss.

³ Sobre a noção de “social responsibility of business”, M. NOGUEIRA SERENS, “Corporate Social Responsibility:” Vinho velho em odres novos”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Outubro de 2013, Ano 5, Volume 10, Semestral, Direcção: Pedro Pais de Vasconcelos, Jorge Coutinho de Abreu, Rui Pinto Duarte, Almedina, Coimbra, (2013), pp. 85-96.

⁴ Sobre a responsabilidade social das empresas, V. CATARINA SERRA, “A responsabilidade social das empresas- Sinais de um instituto jurídico iminente?”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ad Honorem – 4, Studia Ivridica 96, Organizador: Diogo Leite de Campos, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, (2009), pp. 856 e ss.

⁵ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, in *Revista O Direito*, Ano 142, Coimbra, Almedina, (2010), pp. 323-346.

⁶ Aludindo ao denominado *teste de solvência*, PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital Social*, Coleção Teses, dissertação de doutoramento, Coimbra, Almedina, (2010) pp. 78-91.

⁷ Sobre a responsabilidade dos gerentes das sociedades comerciais, RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos gerentes de sociedade por quotas perante credores e desconsideração da personalidade jurídica - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29.11.2007, Processo n.º 0735578”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 32, Cejur, Braga, (2011), pp. 32-56.

⁸ FÁTIMA GOMES, *O Direito aos Lucros e o Dever de Participar nas Perdas nas Sociedades Anónimas*, Coleção Teses, Tese de Doutoramento, Coimbra, Almedina, (2011), *passim*.

⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 564/2007 (SOUSA RIBEIRO), a Decisão Sumária n.º 615/07 (CURA MARIANO), Acórdão do TC, n.º 571/08 (FERNANDES CADILHA), Acórdão do TC, n.º 581/2008 (PAMPLONA DE OLIVEIRA), Acórdão do TC, n.º 585/2008 (MARIA JOÃO ANTUNES) e o Acórdão do TC (com força obrigatória geral), n.º 173/2009 (SOUSA RIBEIRO), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

Oneraram-se, assim, estes sujeitos (gerentes das sociedades comerciais) com a prova de que não foi sua a conduta ilícita (e presumivelmente culposa) que deu causa à insolvência ou ao respectivo agravamento, mas sim uma outra razão, externa ou independentemente da sua vontade¹⁰ (art.º 245.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau e art.º 72.º, n.º 2, do CSC e art.º 186.º, n.º 3, do CIRE).

O regime jurídico contido no art.º 245.º, n.º 4, no art.º 249.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau e no art.º 78.º, n.º 1, do CSC, estriba-se, justamente, no que se refere ao Código das Sociedades Comerciais de Portugal, no regime geral do art.º 64.º, n.º 1, alíneas a) e b), do CSC¹¹ e do art.º 235.º, n.º 2, do Código Comercial de Macau, o que significa que, sobre todos e cada um dos gerentes da sociedade comercial impende um especial dever de cuidado (duty of care) e um não menos especial dever de lealdade (duty of loyalty), com expressão prática na obrigatoriedade de todos e cada um dos gerentes serem o repositório fiel do padrão do gestor criterioso e ordenado que se obriga a si mesmo ao dever constante de monitorização da vida económica da sociedade comercial (art.º 235.º, n.º 2, art.º 195.º, n.º 1, alínea c), ambos do Código Comercial de Macau), que se obriga a si mesmo à estrita observância do dever de prestar que confere individualidade, tipicidade e unidade à situação do administrador que é, singelamente, o dever de administrar¹² no interesse social (art.º 235.º, n.º 2, do Código Comercial de Macau).

¹⁰ Sobre a análise dogmática das presunções *iuris tantum* e *iuris et de iure*, constantes no art.º 186.º, do CIRE, CATARINA SERRA, “Decoctor ergo fraudator?” - A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) - Ac. do TRP de 7.1.2008, Proc. 0754886”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)* n.º 21, Janeiro/Março de 2008, (2008), pp. 56-67.

¹¹ Para uma análise ao art.º 64.º, do CSC, SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, “Os Deveres Fundamentais dos Administradores: O dever de cuidado, a *business judgment rule* e o dever de lealdade”, in *Temas de Direito das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Coimbra Editora, (2011), pp. 495-594.

¹² Sobre as razões que justificam a singularidade e a permissividade da *business judgment rule*, por todos, D. R. FISCHER “The business judgment rule and the Trans Union case”, in *BL*, 40 (1985), pp. 1439 e ss; H. FLEISHER “La “business judgment rule” a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho”, in *RDM*, 246 (2002), pp. 1732-1736; na doutrina italiana, NICCOLÒ ABRIANI “Riforma del diritto societário e responsabilità dell’amministratore di fatto. Verso una nozione unitaire dell’istituto?”, in *LS*, 18 (2002), pp. 212-220; E. F. PÉREZ CARRILLO/M. ELISABETE RAMOS, “Responsabilidade Civil e seguro dos administradores (reflexões

A obrigação de administrar, como conceito decomponível, comporta no seu seio a ideia-mestra de que o centro de gravidade da sociedade comercial situa-se nos administradores, é por eles controlada e funciona no seu exclusivo interesse¹³, e que o poder de administrar, sendo funcionalizado ao interesse social da sociedade comercial, está forçosamente ligado ao dever de cuidado (art.º 235.º, n.º 2, do Código Comercial de Macau e art.º 64.º, n.º 1, alínea a), do CSC) que o administrador terá de constantemente observar em ordem a comandar a sociedade^{14/15/16}, a gerir-la, fazendo frutificar os meios de que a sociedade comercial dispõe tendo como escopo primacial a criação de lucro para os sócios¹⁷ (art.º 195.º, n.º 1, alínea a), art.º 197.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau e art.º 980.º, do Código Civil Português).

em torno das experiência portuguesa e espanhola”, in *BFD*, 82 (2006), pp. 304 e ss; entre nós, sobre os deveres de cuidado e de lealdade dos administradores das sociedades comerciais, J. M. COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, in *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: IDET/Almedina, (2007), pp. 17-47; *Idem* “Vinculação das Sociedades Comerciais”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II, Coimbra: Almedina, (2008), pp. 1213-1239; *Idem*, *Responsabilidade Civil dos Administradores de sociedades*, Coimbra: IDET/Almedina, (2007), pp. 38 e ss.

¹³ Neste sentido, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Março de 2009, Ano I, N.º I, Coimbra, Almedina, (2009), pp. 14 e ss que vimos seguindo de muito perto.

¹⁴ Neste sentido, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o Governo Societário”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano I, N.º I, Director: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, (2009), pp. 123 e ss.

¹⁵ Considerando, muito recentemente, que “os deveres genéricos previstos no art.º 64.º do Código das Sociedades Comerciais são a base para uma boa administração da sociedade”, JOÃO LIMA, “A responsabilidade dos administradores de sociedades por quotas: a análise do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19 de Fevereiro de 2013”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Número 4, Director: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, (2014), p. 863.

¹⁶ Aproximadamente neste sentido, RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Coleção Teses, dissertação de Doutoramento, Almedina, Coimbra, (2014), pp. 904-905.

¹⁷ ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, “A *Business Judgment Rule* no quadro dos deveres gerais dos Administradores”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, (2007), pp. 212-213.

Em estreita decorrência do que se deixou antecipado, o dever de cuidado¹⁸ é, doutrinamente, subdividido em quatro deveres: o dever de vigilância e de controlo da sociedade (duty of monitor) que impõe que o administrador esteja sempre atento às flutuações de rentabilidade da empresa, controle dos recursos humanos; o dever de investigar e aferir da fiabilidade das informações (duty of enquiry) que obriga o administrador a obter as informações correctas e analisar escrupulosamente a sua veracidade^{19/20}; o dever de, no processo de tomada de decisões, comportar-se razoavelmente e obter informação suficiente e razoável para que tome a decisão correcta (reasonable decisionmaking process)^{21/22/23}; e o dever

¹⁸ Sobre os *deveres de cuidado* e de *lealdade*, no âmbito da responsabilidade tributária dos gerentes de direito, PAULO MARQUES, “A (ir) responsabilidade dos gerentes de direito pelas dívidas tributárias”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Números I-II, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2013), pp. 297-301.

¹⁹ FÁTIMA GOMES, “Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão das sociedades comerciais à luz do novo art.º 64.º, do CSC”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, (2007), pp. 554-555.

²⁰ Considerando, muito recentemente, que “*da ponderação do exposto sobre o art.º 64.º e a existência de um dever geral de diligência e a afirmação de um dever de administrar pode-se finalmente proporcionar um quadro geral da posição jurídico-passiva dos administradores perante a sociedade*”, GABRIEL FREIRE SILVA RAMOS, “A *business judgement rule* e a diligência do administrador criterioso e ordenado antes da reforma do Código das Sociedades Comerciais”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Número 4, Director: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, (2014), p. 848.

²¹ Neste sentido, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BVerfGE*), em sede da insolvência da *Lehmann Brothers Special Financing*; neste sentido, o Urteil do *BVerfGE* de 09/09/2011, disponível em http://www.bundesverfassungsgerrich.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen_node.html.

²² Ver, muito recentemente, HUGO MOREDO SANTOS/ORLANDO VOGLER GUINÉ, “Deveres fiduciários dos administradores: algumas considerações (passado, presente e futuro)”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Número 4, Director: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, (2014), p. 696.

²³ A concepção da *business judgement rule* como um *standard of liability* é a que reúne mais defensores e possibilita alguma sindicância das decisões dos administradores pelos tribunais, contanto que os autores provem que aqueles violaram o *dever de cuidado* (*duty of care*) ou, segundo alguns, actuaram com má fé ou negligência grosseira. O caso *Cede & Co v. Technicolor, Inc.* constitui um *leading case* em matéria de violação do *dever de cuidado* (*duty of care*). Nesse caso em particular, à semelhança do caso *Smith v. Gorkon*, estava, como se disse, em causa a violação do *dever de cuidado* na aprovação de uma fu-

de tomar e executar decisões razoáveis, equitativas e ponderadas (reasonable decision)²⁴

Assim, quando o gerente da sociedade comercial contribui decisivamente para a insuficiência do património da sociedade comercial para responder pelas dívidas sociais, infringe o dever funcional do administrador diligente, criterioso e ponderado que está directamente acoplado à sua função dirigente, não podendo o arco do Direito arcar com a inconsideração alheia, pelo que se justifica, de pleno, o regime jurídico da solidariedade passiva constante do art.º 249.º, n.º 1 e 3, ex vi do art.º 245.º, n.º 4, do Código Comercial de Macau²⁵.

são. Com efeito, o accionista maioritário *Cinerama* considerou que a administração da *Technicolor* tinha violado o dever de cuidado aquando da aprovação do preço por acção na fusão (*merger*). O Tribunal, por seu turno, entendeu que “*Cinerama clearly met its burden of proof for the defendant directors of Technicolor failed to inform themselves fully concerning all material information reasonably available prior to approving the merger agreement*”. Em apertada síntese, o tribunal sinalizou algumas falhas no processo decisório da fusão, reveladoras de grave negligência e, por inerência, desrespeitadora do dever de cuidado, determinando, assim, a condenação dos administradores que, pelas razões acima apontadas, tornaram-se inelegíveis para beneficiar da *business judgment rule*.

²⁴ VÂNIA PATRÍCIA MAGALHÃES, “A conduta dos administradores das sociedades comerciais: deveres gerais e interesse social”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Director: António Menezes Cordeiro, Ano I, N.º II, Coimbra, Almedina, (2009), pp. 390 e ss.

²⁵ Terá sido no caso *Percy v. Millaudon* (1829) que, pela primeira vez, um tribunal norte-americano reconheceu o *dever de cuidado*; o *dever de lealdade* é reconhecido pelo menos desde 1742; ver, neste sentido, na doutrina norte-americana, M. MCMURRAY “An historical perspective on the *duty of care*, the *duty of loyalty*, and the *business judgement rule*”, in *Vanderbilt Law Review (VLR)*, 40, (1987), pp. 606-634. Um dos casos mais controversos em matéria de aplicação jurisprudencial da *business judgement rule* é o caso *Smith v. Van Gorkom*. O Tribunal considerou que os administradores da sociedade comercial não se tinham informado adequadamente sobre o valor da sociedade quando decidiram a transacção e, por esse motivo, não poderiam invocar (e beneficiar da protecção) da *business judgement rule*. O circunstancialismo factual que envolveu este caso e a respectiva síntese, K. CHITTUR, “The corporate directors’ standard of care: past, presente, and future”, in *DJCL*, 10 (1985), pp. 513 e ss; R. W. HAMILTON, *The law of corporations in a nutshell*, St. Paul, MN: West Group, (2000), pp. 455 e ss; no caso *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co. (Delaware)*, 1985) foram tipificados e individualizados os requisitos a cumprir de modo a que a *business judgement rule* se aplicasse a decisões tomadas no contexto de *takeovers* hostis; No caso *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co (Delaware)* decidiu-se que “*directors are entitled to rely in the honest and integrity of their subordinates until something oc-*

Ademais, em reforço argumentativo, ainda no Código Comercial de Macau e no Código das Sociedades Comerciais de Portugal, não será despidendo afirmar-se que o crivo funcional de administrador criterioso e zeloso²⁶, encontra-se ainda densificado numa outra disposição legal (art.º 206.º, n.º 1, 2 e 3, do Código Comercial de Macau e art.º 35.º, do Código das Sociedades Comerciais de Portugal).

Senão vejamos: em Portugal, com a alteração efectuada ao artigo 35.º, do CSC pelo Decreto-Lei n.º 18/2005, de 18 de Janeiro, originou uma radical alteração do regime previsto de perda grave do capital social.

Com a redacção actual do art.º 35.º do CSC, a lei impõe a obrigação de informar os sócios e os credores sociais da condição patrimonial em que se encontra a sociedade, podendo estes adoptar, ou não, como bem entenderem, medidas destinadas a sanar aquela situação de perda grave do capital social²⁷ (art.º 206.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau).

A factispecie do art.º 35.º, do CSC consiste em uma sociedade sofrer uma perda grave de capital social, o que ocorrerá quando o “capital próprio da sociedade for igual ou inferior a metade do capital social” (art.º 206.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau e art.º 35.º, n.º 2, do CSC).

Constatando o gerente da sociedade comercial uma situação de descapitalização, verificável seja pelas contas do exercício, seja pelas contas intercalares ou ainda, em qualquer momento, desde que tenham “fundadas razões para admitir que essa perda se verifica” deverão os mesmos gerentes “convocar de imediato a assembleia geral “ (art.º 206.º, n.º 2, do Código Comercial de Macau e art.º 35.º, n.º 1, do CSC).²⁸

curs to put them on suspicion that something is wrong”; esta decisão foi asperamente criticada pela doutrina norte-americana, ver, por todos, R. CHARLES CLARK, *Corporate Law*, Boston/Toronto: Litle, Brown and Company, (1986), pp. 137 e ss;

²⁶ ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, “A Business Judgement Rule”, in *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Coimbra, Almedina, (2011), pp. 353-372.

²⁷ PAULO DE TARSO DOMINGUES, “O Novo Regime da Redução do Capital Social”, in *Estudos em Honra ao Professor Oliveira Ascensão*, Volume II, Coimbra, Almedina, (2008), p. 1328.

²⁸ PAULO OLAVO CUNHA, “O Novo Regime da Redução do Capital Social e o art.º 35.º, do Código das Sociedades Comerciais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Galvão Telles: 90 anos, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra, Almedina, (2007), pp. 1024 e ss.

É esta, hoje, em face da actual redacção do art.º 206.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau e do art.º 35.º, do CSC, a única obrigação que recai sobre o órgão administrador: a de convocar ou requerer a convocação da assembleia geral, visando informar^{29/30} os sócios e credores sociais³¹ da situação patrimonial em que se encontra a sociedade comercial³² (art.º 206.º, n.º 2 e 3, do Código Comercial de Macau).

O que bem se compreende.

Na verdade, se ao capital social³³ é tradicionalmente atribuída uma função de cifra abstracta de retenção patrimonial e se a redução do capital social, qualquer que seja a finalidade que lhe subjaza ou a modalidade através da qual se processe, implica sempre uma garantia patrimonial³⁴ dos credores sociais^{35/36/37}; e se a descapitalização, diferentemente da sub-

²⁹ Sobre o *direito à informação*, ainda que noutro âmbito temático, na doutrina alemã, STEPHAN LORENZ, *Das Schutz von dem ungewünschten Vertrag/Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlusskontrolle im geltenden Recht*, C. H. Beck, München, (1997), pp. 312 e ss.

³⁰ Sobre a importância do *direito à informação*, no quadro relacional entre o credor e o fiador, MIGUEL BRITO BASTOS, “Deveres Acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V, Números I-II, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2013), pp. 181-281.

³¹ Sobre o *direito à informação societária* referindo – se à “*Diskurethik*”, LUÍS MENEZES DO VALE, “Ética do Discurso (habermassiana) e informação societária: breves reflexões”, in *Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, (2011), pp. 469-551.

³² Neste sentido, referindo que “*as práticas comunicativas asseguram à sociedade a referencialidade imanente à verdade*”, na doutrina alemã, JÜRGEN HABERMAS, *Erläuterung zur Diskurethik*, Suhrkamp Verlag, (1991), pp. 16 e ss.

³³ PAULO DE TARSO DOMINGUES, “O capital social como entrave ao financiamento das Sociedades. Os novos conceitos e regime de capital social introduzidos pelo Decreto - Lei N.º 64/2009”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)* Outubro de 2009, Ano 1, Volume II, Semestral, Almedina, Coimbra, (2009), pp. 175 e ss.

³⁴ Neste sentido, PAULO DE TARSO DOMINGUES, “O aumento do capital social gratuito ou por incorporação de reservas”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Março de 2009, Ano 1, Volume I, Semestral, Almedina, Coimbra, (2009), p. 223.

³⁵ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “A redução de capital por extinção de acções próprias”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Outubro de 2011, Ano 3, Volume 6, Semestral, Almedina, Coimbra, (2011), pp. 72-73.

³⁶ Neste sentido, na doutrina espanhola, M. ORTÚNO BAEZA, *Reducción de capital en la Sociedad Anónima – Un Análisis a luz del Principio de Paridad de Trato*, Thomson/Aranzadi, Navarra, (2004), pp. 234-255.

³⁷ Referindo-se ao cruzamento reflexivo entre a tutela dos credores e o capital social, preconizando, contudo, a abolição do capital social mínimo, entretanto levado a cabo pelo

capitalização, se verifica quando os recursos disponibilizados pelos sócios – adequados e suficientes ao exercício da actividade societária – se perdem no decurso da exploração e do desenvolvimento da actividade societária³⁸, e, no caso da descapitalização provocada, como acto voluntário dos administradores³⁹, implica, ou a “Existenzvernichtung”⁴⁰ (“a aniquilação da existência” da empresa societária) ou a “HaftungsDurchgriff”^{41/42/43} (“os sócios de uma determinada sociedade comercial são chamados a responder, perante os credores da mesma, pelas dívidas da sociedade comercial”)^{44/45}, ou mesmo a responsabilidade jurídico – penal quando se verifique a violação, por parte do gerente ou administrador, do dever de propor a dissolução da

Decreto – Lei N.º 33/2011, de 07 de Março, ALEXANDRE MOTA PINTO, “Capital Social e tutela dos credores para acabar de vez com o capital social mínimo nas sociedades por quotas”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Prof. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, (2007), pp. 858 e ss.

³⁸ No que se refere à actividade societária, fazendo menção à taxionomia do *tunnelling*, e à *destrinça entre business opportunity e corporate opportunity*, enquanto forma indiciária de má gestão do seu património social, MARIA ELISABETE RAMOS, «*O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores - Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*», Coleção Teses, dissertação de Doutoramento, Coimbra, Almedina, (2010), pp. 89-110.

³⁹ PAULO DE TARSO DOMINGUES, “O novo regime do capital social nas sociedades por quotas”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Outubro de 2011, Ano 3, Volume 6, Semestral, Almedina, Coimbra, (2011), p. 118.

⁴⁰ JOCHEN VETTER *Die neue dogmatische Grundlage des BGH zur Existenzvernichtungshaftung*, BB, (2007), 1965 e ss.

⁴¹ Na doutrina alemã, FRIEDRICH KÜBLER/HEINZ – DIETER ASSMANN *Gesellschaftsrecht. Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen*, 6. Auflage, C.F. Müller, Heildelberg, (2006), pp. 370 e ss.

⁴² MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Tese de Doutoramento, Coimbra, Almedina, (2009), pp. 134 e ss.

⁴³ Referindo-se ao “*levantamento da personalidade coletiva da sociedade comercial*” muito recentemente, TERESA QUINTELA DE BRITO, “Questões de Prova e Modelos Legais de Responsabilidade Contra – Ordenacional”, in *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Politico-Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Organização: Manuel da Costa Andrade; José de Faria Costa; Anabela Miranda Rodrigues; Helena Moniz; Sónia Fidalgo, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), p. 1242.

⁴⁴ RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos gerentes de sociedade por quotas perante credores e desconsideração da personalidade jurídica - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29.11.2007, Processo n.º 0735578”, *cit.* pp. 32-56.

⁴⁵ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Da pertinência do recurso à “desconsideração da personalidade jurídica” para tutela dos credores sociais, - Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29.04.2008”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, N.º 27, Cejur, Braga, (2009), p. 51.

sociedade ou a redução do capital social quando estiver perdida metade do capital social (art.º 192.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau e art.º 523.º, do CSC)^{46/47}; mal se compreenderia que os credores sociais, os shareholders, e outros stakeholders ficassem completamente desprotegidos face à violação (grave) dos deveres fiduciários dos gerentes e administradores das sociedades comerciais (art.º 249.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau e art.º 78.º, n.º 1, do CSC).

Deste modo, o ilícito – típico a que se refere o art.º 249.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau e o art.º 78.º, n.º 1, do CSC, radica na violação de deveres funcionais dos administradores das sociedades, sendo essa uma norma de protecção⁴⁸ da sociedade comercial e dos credores sociais, respectivamente, uma vez que a acção dolosa do administrador constituiu causa da insuficiência patrimonial da sociedade comercial^{49/50}.

Deste modo, os administradores ou gerentes da sociedade comercial⁵¹, à luz do desenho normativo constante do art.º 249.º, do Código Comercial de Macau, respondem perante os credores sociais, *rectius*, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual⁵² - delitual – (art.º 483, 1ª parte do Código Civil

⁴⁶ SUSANA AIRES DE SOUSA, “Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Março de 2013, Ano 5, Volume 9, Semestral, Almedina, Coimbra, (2013), p. 119.

⁴⁷ JOSÉ MANUEL TOMÉ DE CARVALHO, “Reflexões sobre o Direito Penal das Sociedades Comerciais. Entre o passado e futuro: as iniquidades do presente no regime legal”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano II, Números I-II, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2010), pp. 70 e ss.

⁴⁸ Sobre as *normas de protecção dos credores sociais*, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Coleção Teses, Tese de Doutoramento, Coimbra, Almedina, (2009), pp. 799 e seguintes.

⁴⁹ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano I, Número 3, Coimbra, Almedina, (2009), p. 675.

⁵⁰ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A Responsabilidade dos Sócios pelo voto”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), p. 400.

⁵¹ Não olvidando a menção de que “os sócios, devido à estrutura específica da sociedade por quotas, acabam por ser os seus “gerentes de facto” (quando já não o são de “direito”), pelo que estão os mesmos adstritos ao cumprimento do *dever de lealdade* para com a sociedade comercial. Neste sentido, com amplas referências bibliográficas, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A Responsabilidade dos Sócios pelo voto”, *cit.*, p. 434.

⁵² Neste sentido, advogando a responsabilidade extra – contratual, por violação de normas de protecção dos credores sociais, dos membros dos órgãos de fiscalização que respondem

de Portugal e art.º 78.º, n.º 1, do CSC de Portugal), uma vez que a pretensão indemnizatória dos credores não tem, neste regime, fonte obrigacional⁵³.

Assim, o gerente ou o administrador, ao conduzir-se ilicitamente (contra o direito), colocou em perigo⁵⁴ a massa patrimonial dos credores sociais e, por isso, deve responder solidariamente pelo pagamento aos mesmos: é essa solução normativa, *mutatis mutandis*, que resulta do art.º 192.º, n.º 1, do 251.º, n.º 1, ambos do Código Comercial de Macau, do art.º 189.º, n.º 2, alínea e), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, na redacção conferida pela Lei N.º 16/2012, de 20 de Abril^{55/56/57} e do art.º 81.º, n.º 2, do Código das Sociedades

solidariamente com os gerentes e administradores das sociedades comerciais, GONÇALO MENESES, “Responsabilidade Solidária dos Membros dos Órgãos de Fiscalização por Actos e Omissões dos Gestores das Sociedades Comerciais”, in *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, Ano 71, Outubro/Dezembro de 2011, Lisboa, (2012), p. 1149.

⁵³ FÁBIO LOUREIRO, “Os contratos de administração e a protecção dos credores sociais”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Outubro de 2012, Ano 4, Volume 8, Semestral, Coimbra, Almedina, (2012), p. 132.

⁵⁴ Utilizamos aqui, algo indiferenciadamente, a noção de “*comunhão de perigos*” cunhada dogmaticamente pela doutrina de inspiração germânica, mais concretamente por FRANZ BYDLINSKY, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Springer, Wien, (1996), 210, n.º 213.

⁵⁵ Advogando a *interpretação extensiva* do art.º 78.º, n.º 1, do CSC, utilizando o lugar paralelo constante do art.º 189.º, n.º 2, alínea e), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, na redacção conferida pela Lei N.º 16/2012, de 20 de Abril, “*aos casos (todos) em que a diminuição do património do credor esteja causalmente ligada à diminuição do património da sociedade ou, ainda que não haja diminuição do património da sociedade, à diminuição da “capacidade” da sociedade para cumprir (pontualmente) as suas obrigações vencidas*”; NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, “Uma proposta de coordenação entre os arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Março de 2013, Ano 5, Volume 9, Semestral, Almedina, Coimbra, (2013), pp. 81-82.

⁵⁶ Em sentido próximo da posição doutrinal referida na nota anterior, mas sem a enunciar expressamente, referindo que “*podemos então afirmar que basta a sentença que qualifica a insolvência como culposa para que os administradores se tornem responsáveis perante os credores, não sendo necessário encontrar uma disposição legal ou contratual de protecção, bem como a respectiva violação ter sido a causa da insuficiência do património social, como acontece no art.º 78.º do Código das Sociedades Comerciais*”; LILIANA MARINA PINTO CARVALHO, “Responsabilidade dos Administradores perante os credores resultante da qualificação da insolvência como culposa”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Número 4, Director: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, (2014), p. 886.

⁵⁷ Em sentido concordante, no que se refere à autonomia entre o art.º 78.º, n.º 1, do CSC e o art.º 189.º, n.º 2, alínea e), do CIRE, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Insolvência Culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de

Comerciais⁵⁸ e, ainda que a título de responsabilidade pessoal e ilimitada do sócio único da sociedade por quotas supervenientemente pessoal pelas obrigações sociais, do art.º 84.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais⁵⁹, do art.º 270.º - F, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais⁶⁰ e do art.º 213.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau.

O que bem se compreende.

Na verdade, atenta a teoria do contacto social, havendo uma ligação especial⁶¹ entre a prossecução do dever de lealdade^{62/63/64} dos gerentes ou

Abril”, in *I Congresso de Direito da Insolvência*, Coordenação Científica: Catarina Serra, Almedina, Coimbra, (2013), pp. 279-280.

⁵⁸ Sobre o *regime de solidariedade passiva* dos membros dos órgãos de fiscalização com os gerentes e administradores das sociedades comerciais, o estudo de GONÇALO MENESES, “Responsabilidade Solidária dos Membros dos Órgãos de Fiscalização por Actos e Omissões dos Gestores das Sociedades Comerciais”, *cit.*, pp. 1096-1156.

⁵⁹ PEDRO PIDWELL, “A tutela dos credores da sociedade por quotas unipessoal e a responsabilidade do sócio único”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Ano 4, Volume 7, Semestral, Coimbra, Almedina, Março de 2012, (2012), pp. 201-238.

⁶⁰ Sobre a análise do regime jurídico da responsabilidade pessoal e ilimitada constante do art.º 270.º - F, n.º 4, do CSC, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O âmbito de aplicação do art.º 270.º - F, n.º 4, do CSC e a responsabilidade “ilimitada” do sócio único”, in *Direito das Sociedades em Revista (RDS)*, Ano 1, Volume 2, Semestral, Coimbra, Almedina, (2009), pp. 233 e ss.

⁶¹ Neste sentido, na doutrina alemã, GÜNTHER TEUBNER, *Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, Luchterhand, Neuwied, 980, § 242, (2008), n.º 58.

⁶² Sobre a *natureza fiduciária* dos deveres funcionais que sustentam a relação de administração, MARISA LARGUINHO, “O dever de lealdade: concretizações e situações de conflito resultantes da cumulação de funções de administração”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Março de 2013, Ano 5, Volume 9, Semestral, Almedina, Coimbra, (2013), p. 196.

⁶³ Sobre os *fiduciary duties* que sustentam a relação de administração, JOÃO VALBOM BAPTISTA, “A business judgement rule e o dever de neutralidade dos administradores da sociedade visada por uma OPA. Sobre a difícil articulação entre o art.º 72.º, n.º 2, do CSC, e normas de conduta proibitivas específicas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), pp. 201-203.

⁶⁴ Sobre a *natureza fiduciária* dos deveres funcionais que sustentam a relação de administração, à luz da “*confiança especial a que lhe subjaz*”; RICARDO COSTA, “Deveres Gerais dos Administradores e “gestor criterioso e ordenado”, in *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, (2011), p. 179.

administradores da sociedade comercial e a integridade da massa patrimonial da sociedade comercial, formam-se a partir desse aforismo os denominados círculos de diligência devida⁶⁵, consubstanciados no universo de deveres de protecção (Schutzpflichten)⁶⁶ e da inerente finalidade negativa de defesa, pelos administradores, da integridade pessoal e patrimonial da sociedade comercial, que se espelha naquilo que a doutrina portuguesa⁶⁷, inglesa^{68/69} e norte – americana⁷⁰ denomina de Enlightened Shareholder Value (interesse social iluminado).

Mas o que significa o “interesse social iluminado”?

Como muito sagazmente aduz a Prof. Catarina Serra, significa, evidentemente, realizar o fim ou interesse social, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios, mas sabendo que para atingir este objectivo é preciso que quem actua pela sociedade promova (estabeleça e proteja) um conjunto de relações estáveis e duradouras da empresa com os trabalhadores, credores, clientes e fornecedores – numa palavra: que invista em relações que aumentam o valor global da empresa⁷¹.

⁶⁵ MIGUEL BRITO BASTOS, “Deveres Acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V, Números I-II, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2013), p. 275.

⁶⁶ PEDRO CAETANO NUNES, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, in *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, (2013), p. 217.

⁶⁷ CATARINA SERRA, “Entre *corporate governance* e *corporate responsibility*: deveres fiduciários e “interesse social iluminado”, *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, (2011), pp. 211-258.

⁶⁸ Ver, na sequência da entrada em vigor, em 01 de Outubro de 2007, da *Companies Act 2006*, DAVY KA CHEE WU, “Managerial Behaviour, Company Law and the Problem of Enlightened Shareholder Value”, in *Company Lawyer*, 31 (2), (2010), pp. 56 e ss.

⁶⁹ ANDREW KEAY, “Tackling the Issue of Corporate Objective: An Analysis of the United Kingdom’s “Enlightened Shareholder Value Approach”, in *Sydney Law Review (SLR)*, (2007), 29, p. 597.

⁷⁰ CYNTHIA A. WILLIAMS/JOHN M. CONLEY, “An emerging third way? The erosion of the Anglo – American *Shareholder Value* Construct”, in *Cornell International Law Journal*, (2005), 38, pp. 493 e ss.

⁷¹ CATARINA SERRA, “Entre *corporate governance* e *corporate responsibility*: deveres fiduciários e “interesse social iluminado”, *cit.*, p. 247.

Na verdade, os fiduciary duties⁷², rectius, o dever de lealdade dos gerentes e administradores das sociedades comerciais⁷³ encontram-se, a montante, umbilicalmente ligados à role responsibility, ao agir social⁷⁴, que se caracteriza pela atribuição, a quem ocupa um determinado lugar numa organização social a que estão ligados deveres especiais de prover o bem-estar dos outros, da responsabilidade pelo cumprimento desses mesmos deveres⁷⁵, sendo essa role responsibility cunhada como responsabilidade como virtude ou responsabilidade – virtude⁷⁶, como dever – ser (Sollen), traduzindo-se a sua violação como um “facto condição”⁷⁷ da consequência jurídica (a consequência de um acto ilícito), i. e., a solidariedade passiva dos gerentes ou administradores das sociedades comerciais (art.º 192.º, n.º 1, art.º 249.º, n.º 1, art.º 251.º, n.º 1, todos do Código Comercial de Macau).

Esta interpretação normativa, como interpretation step zero⁷⁸, é, all-things-considered⁷⁹, pensamos, ainda que sujeita ao teste do falibi-

⁷² Na jurisprudência norte – americana, sobre o dever de lealdade inserido nos *fiduciary duties*, o Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América (*Us Supreme Court*), *Kmmg Llp v. Robert Cochi et alii*, de 07 de Novembro de 2011, disponível em <http://www.supremecourt.gov>.

⁷³ Sobre a densificação dogmática dos *fiduciary duties*, cruzando a sua leitura à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal do Delaware, MOHSEN MANESH “What is the practical importance of default rules under Delaware LLC and LP Law”, in *Harvard Business Law Review (HBLR)*, Volume 2, (2012), pp. 121-129.

⁷⁴ Sobre o *agir social*, na doutrina alemã, MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5. Auflage, Tübingen, (2002), pp. 11 e ss.

⁷⁵ Sobre a densificação dogmática da “*role responsibility*”, H. L. HART, “Varieties of Responsibility”, in *The Law Quarterly Review*, Volume 83, (1967), pp. 346-364.

⁷⁶ Na doutrina italiana, GUIDO GORGONI, “La Responsabilità come progetto. Primi Elementi per un’Analisi dell’Idea Giuridica di Responsabilità Prospettica”, in *Diritto e Società*, Volume 2, (2009), pp. 243-292.

⁷⁷ Neste sentido, aludindo à categoria da *imputação normativa* como possibilidade de conexão entre um “*facto – condição*” e uma “*consequência jurídica*”; na doutrina austríaca, HANS KELSEN, *Hauptprobleme der Staatslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, (1911), pp. 7 e ss.

⁷⁸ Sobre este conceito, na doutrina norte – americana, ANDREW TRUTT, “Interpretation Step Zero: A Limit on Methodology as “Law”, in *Yale Law Journal*, (2013), pp. 2055-2067.

⁷⁹ Sobre os juízos práticos *all-things-considered*, ALEKSANDER PECZENICK, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, (1989), pp. 76-77.

lismo jurídico^{80/81}, a consagração da prioridade do justo na aplicação jurisdicional.⁸²

Porquanto, o dever de lealdade corporiza um conceito jurídico indeterminado que possibilita a recepção de normas éticas no direito, através da atribuição aos juízes do poder de conformação do direito⁸³.

Por essa razão se compreende que, no espaço jurídico norte-americano, o dever de lealdade dos administradores seja caracterizado como um dever fiduciário. Os deveres fiduciários estão associados ao surgimento e ao desenvolvimento do trust. No trust é operada uma transmissão de propriedade pelo settlor para o trustee, mas em favor de um beneficiário⁸⁴. Nos primórdios da figura, o regime de common law não oferecia a devida protecção legal ao beneficiário, o que levou os tribunais da equity a imporem ao trustee deveres fiduciários perante o beneficiário⁸⁵. A analogia com o trust levou à aplicação dos deveres fiduciários a outro tipo de

⁸⁰ Na doutrina portuguesa, manifestando fundadas reservas na aplicação da *teoria da falsificação popperiana* ao âmbito jurídico, ALEXANDRE MOTA PINTO, “Falibilismo” Jurídico? Ensaio de aplicação ao direito do modelo metódico da falsificação proposto por Karl Popper”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Ars Iudicandi, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica, Ad Honorem – 3, Volume I: Filosofia, Teoria e Metodologia, Coimbra, Coimbra Editora, (2008), pp. 919 e ss/963/966.

⁸¹ Sobre a transposição para o âmbito jurídico da *teoria da falsificação* de Karl Popper, na doutrina alemã, CLAUS WILHELM CANARIS, “Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien”, in *Juristischen Zeitung (JZ)*, (1993), pp. 378 e ss.

⁸² JÜRGEN HABERMAS, “Between Facts and Norms: an Author’s Reflections”, in *Denver University Law Review (DULR)*, Volume 76, (1999), p. 939.

⁸³ Tradicionalmente são apontadas *três funções às cláusulas-gerais ou conceitos jurídicos indeterminados*, a saber, a recepção de normas sociais, a transformação de normas sociais e a delegação do poder de conformação do direito nos juízes; Ver GUNTHER TEUBNER, *Standards und Directiven in Generalklauseln: Möglichkeit und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main, (1971), pp. 89-110; ANNE RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, (2004), pp. 23-27; FRANZ BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Auflage, Wien/New York, Springer, (1991), p. 581.

⁸⁴ PEDRO CAETANO NUNES, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, *cit.*, p. 184, que seguimos e seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

⁸⁵ PEDRO CAETANO NUNES, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, *cit.*, p. 185.

relações – as relações fiduciárias (fiduciary relations)- tais como a agency e a partnership⁸⁶. A esta luz se compreende que a jurisprudência norte-americana tenha passado a aplicar os deveres fiduciários também aos administradores.

Com efeito, em sede das Caremark claims o tribunal de Delaware proferiu um conjunto de decisões judiciais referentes a falhas nos procedimentos de compliance (prevenção de ilegalidades) e de risk management (controlo de riscos), na sequência da crise financeira de 2008⁸⁷.

Em 1994, a actividade financeira da Caremark International, Inc., com objecto social na área dos serviços de saúde, foi objecto de exaustiva monitorização pelas autoridades norte-americanas por ter efectuado pagamentos ilegais, cujos processos foram encerrados através do pagamento negociado de 250 milhões de Dólares. Por conseguinte, cinco accionistas instauraram uma acção de responsabilidade (derivate action)⁸⁸ contra os Administradores para indemnização desse prejuízo.

Nesse processo, o Chancellor Allen concluiu que as obrigações dos Administradores incluem “a duty to attempt in good faith to assure that a corporate information and reporting system, which the board concludes is adequate, exists, and that failure to do so under some circumstances may, in theory at least, render a director liable for losses caused by non-compliance with applicable legal standards” e que, para determinar a liability dos administradores das sociedades comerciais, é (sempre) necessária uma “sustained or systematic failure of the board to exercise oversight – such as an utter failure to attempt to assure a reasonable information and reporting system exists – will establish the lack of good faith that is necessary condition to liability”.

No que respeita, concretamente, ao dever de lealdade, e ainda no âmbito das Caremark claims, são paradigmáticos os casos Citigroup e Guttman.

⁸⁶ PEDRO CAETANO NUNES, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, *cit.*, p. 185.

⁸⁷ ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, “A Business Judgement Rule”, *cit.*, p. 361, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

⁸⁸ Sobre as *derivative actions*, na doutrina norte-americana, ANN M. SCARLETT, “Shareholder Derivative Litigation’s Historical and Normative Foundations”, in *Buffalo Law Review (BLR)*, Volume 61, Issue 4, August 2013, (2013), pp. 837-908, artigo doutrinal em sede do qual pode ser encontrada uma súmula dos factos que estiveram na base deste caso, e que aqui se seguirá de muito perto.

A multinacional Citigroup, no período temporal imediatamente antecedente à grande crise financeira de 2008, através da negociação de CDO's (collateralized debt obligations)⁸⁹, designadamente com “liquidity puts”, que permitiam a sua revenda ao Citigroup ao preço original, atingiu uma exposição a “activos tóxicos” na ordem dos 55 biliões de dólares.

Em consequência, alguns accionistas intentaram uma acção de responsabilidade contra os administradores (derivate action) alegando falhas graves no sistema de risk management da Citigroup. Todavia, a responsabilidade foi afastada pelo tribunal, por não se ter demonstrado a falta de procedimentos de avaliação de riscos, mas decisões quanto à tomada de riscos, o que cai na alçada da business judgement rule⁹⁰.

No caso Guttman, no que respeita ao dever de lealdade dos administradores, o Vice Chancellor Leo Strine considerou que o “standard for liability for failures of oversight that requires a showing that the directors breached their duty of loyalty by failing to attend to their duties in good faith”⁹¹.

A significar que os deveres de lealdade e de cuidado são devidos à sociedade comercial⁹²; são deveres fiduciários para com a sociedade⁹³, entendidos enquanto responsabilidade ética⁹⁴.

⁸⁹ obre os *CDO's* e sobre os *CDS's* (*credit default swaps*), Ver, por todos, HUGO LUZ DOS SANTOS “O contrato de *swap* de taxas de juro e os instrumentos derivados financeiros e o recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Outubro de 2013: a “*alteração anormal das circunstâncias*” e as categorias doutrinárias norte-americanas da “*Unconscionability*” e da “*Bounded Rationality*”: Um “estranho caso” de aliança luso-americana?”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VI, (2014), n.º 2, Director: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, (2015), pp. 411-443.

⁹⁰ Na doutrina norte-americana, V. STEPHEN M. BAINBRIDGE, *Caremark and Enterprise Risk Management*, New York, (2007), pp. 10-13.

⁹¹ ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, “A Business Judgement Rule”, *cit.*, p. 363.

⁹² MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores*, *cit.*, p. 116.

⁹³ Na doutrina espanhola, V. J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “La llamada acción individual de responsabilidade contra los administradores sociales”, in *RDS*, 18, (2002/1), p. 59; na doutrina alemã, W. GROSS, “Deliktische Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers”, in *ZGR*, 3, (1999), pp. 553-557; entre nós, VÂNIA FILIPE MARGALHÃES, “A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, 1, Almedina, Coimbra, (2009), pp. 399-400.

⁹⁴ M. NOGUEIRA SERENS, “Corporate Social Responsibility: “Vinho velho em odres novos”, *cit.*, p. 87.

Deste modo, os administradores, no exercício das suas funções, devem considerar e intentar (sempre e) em exclusivo o interesse da sociedade (art.º 245.º, n.º 1, art.º 235.º, n.º 2, ambos do Código Comercial de Macau), com a respectiva obrigação de omitirem comportamentos que visem a realização de outros interesses, próprios e/ou alheios (art.º 71, n.º 4, art.º 200.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau)⁹⁵: é essa a ratio do regime jurídico da solidariedade passiva dos gerentes e dos administradores das sociedades (art.º 249.º, n.º 4, do Código Comercial de Macau), sendo esse um corolário de uma reinterpretação da responsabilidade ética ou moral como uma responsabilidade pelos resultados do comportamento de uma pessoa⁹⁶ (o administrador da sociedade comercial) colocada em posição de conformar livre e responsabilmente o seu ser (sein) e o seu mundo⁹⁷.

II. O direito à propriedade (da sociedade comercial), entendida como domínio fáctico, e a doutrina das oportunidades societárias - análise da doutrina e jurisprudência norte-americana e o panorama doutrinário nacional

Esclarecido o fundamento teleológico do regime jurídico da solidariedade passiva dos administradores das sociedades comerciais (art.º 249.º, n.º 4, do Código Comercial de Macau), torna-se necessário lançar luz sobre outras vertentes dogmáticas do dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais.

É nesta lógica que se inscreve a importância de analisar dogmaticamente os fundamentos (também eles) teleológicos em que repousam a doutrina das oportunidades societárias.

⁹⁵ RICARDO COSTA/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho (IDET), Almedina, Coimbra, (2010), p. 742.

⁹⁶ Ver, sobre o *princípio da responsabilidade pelos resultados, positivos ou negativos*, de um comportamento, na doutrina alemã, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, (2003), pp. 614-627.

⁹⁷ Entendida como uma “*outcome liability*”, componente essencial da imagem do homem como pessoa, uma vez que “*we could not dispense with outcome-responsability without ceasing to be persons*”; Ver TONY HONORÉ, “Responsability and luck: the moral basis of strict liability”, in *L.Q.R.*, Volume 104, (1988), p. 531.

Com efeito, neste apartado temático, tentaremos estabelecer um laço de pertinência entre o direito à propriedade emergente das oportunidades societárias que assiste, a montante, à sociedade comercial, e o dever de lealdade que, a jusante, impede os administradores das sociedades comerciais de se apropriarem das oportunidades societárias àquela, e só àquela, devidas.

Para fundamentar dogmaticamente a nossa posição lançaremos mão da (longa e metódica) elaboração da doutrina e jurisprudência alemã em matéria de direito à propriedade das utilidades económicas emergentes da expectativa de aquisição de um bem económico.

Neste conspecto, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE)⁹⁸, após longa elaboração jurisprudencial, deixou cair a ideia de que a Constituição protege a propriedade na conformação jurídica que lhe é conferida pelo direito civil. Assim, a jurisprudência do BVerfGE atribuiu ao direito à propriedade a garantia de instituto⁹⁹, no sentido de que ela não garante apenas as posições jurídicas de direito privado actualmente existentes, mas também (e sobretudo) a possibilidade (presente ou futura) de aceder a elas¹⁰⁰.

De tal facto se infere que, existe um direito subjectivo da sociedade comercial de poder adquirir a propriedade respeitante às oportunidades societárias daí emergentes.

Esse direito à propriedade - que não se confunde com o direito de propriedade, configurado como um direito subjectivo à manutenção de posições jurídicas subjectivas e pressuposto na designada garantia

⁹⁸ Cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Vol. 93, p. 137 (*Einheitswertbeschluss*).

⁹⁹ “A garantia de instituto proíbe que sejam suprimidos aqueles domínios da ordem jurídico-privada que pertencem a partes elementares da actividade no domínio jurídico-patrimonial protegida em termos de direitos fundamentais e, conseqüentemente, que seja suprimido ou essencialmente reduzido o domínio de liberdade protegido pelo direito fundamental”; na doutrina alemã, JOCHEN ROZEK, *Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung*, p. 29.

¹⁰⁰ V. MICHAEL KLOEPFER, *Grundrechte als Entstehensicherung und Bestandsschutz*, pp. 24-50.

de permanência¹⁰¹ – é um direito subjectivo da sociedade comercial, entendido enquanto um conjunto de expectativas e oportunidades de aquisição^{102/103}; visto enquanto corporização de uma possibilidade jurídico-factual de adquirir propriedade¹⁰⁴, emergente de (concretas e solidificadas) oportunidades societárias.

Porquanto, enquanto espaço de liberdade económica, o direito à propriedade da sociedade comercial protege uma esfera de domínio que é deixada ao seu (livre alvedrio) e para a sua (exclusiva) disponibilidade e aproveitamento económico^{105/106}.

A significar que o direito à propriedade da sociedade comercial subsume-se ao conceito jurídico-constitucional de propriedade como domínio fáctico, pois ela materializa a identificação entre uma garantia de instituto (o direito à propriedade) e uma garantia de domínio (das oportunidades societárias que, justamente, permitirão o acesso à propriedade).

¹⁰¹ V. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Coleção Teses, dissertação de doutoramento, Almedina, Coimbra, (2012), pp. 734-800.

¹⁰² V., na doutrina alemã, MARKUS APPEL, *Entstehungsschäche und Bestandsstärke des verfassungsrechtlichen Eigentums*, p. 218.

¹⁰³ “A expectativa legítima de ver realizada a pretensão merece a protecção do artigo 1.º, do Protocolo Adicional n.º 1 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (...) e engloba o direito ao respeito dos seus bens, que não implica somente o respeito pela titularidade do direito de propriedade. Para além disto, ao proprietário é assegurado o exercício das faculdades inerentes a este direito, como sejam as de usar, dispor ou retirar dela os seus frutos”; V. TIAGO MACIEIRINHA, “O direito de propriedade na Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in *Revista O Direito*, Ano 146.º, (2014), I, Almedina, Coimbra, (2014), pp. 76-77; no mesmo sentido, *Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)*, *Pressos Compania Naviera S. A.*, n.º 31; *Gratzinger e Gratzingerova*, n.º 73, *Jantner*, n.º 29-33, *Marckx*, n.º 63, *Kotov*, n.º 90, *Straits Greek Refineries and Straits Andreadis*, n.º 61.

¹⁰⁴ V. na doutrina alemã, ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt an Maim, (1991), p. 178, nota 170; no mesmo sentido, FRANK RAUE, *Die Zwangsvollstreckung als Nagelprobe für der modernen Enteignungsbegriff*, p. 104.

¹⁰⁵ V., na doutrina alemã, OLIVER LEPSIUS, *Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht*, p. 17.

¹⁰⁶ Cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Vol. 24, p. 389-390 (*Einheitswertbeschluss*).

Sendo isto certo, essa garantia de domínio fático que é conferida (em exclusivo) à sociedade comercial é exercida, consabidamente, através dos administradores das sociedades comerciais que, atenta a relação fiduciária – e a confiança especial que lhe subjaz- que se estabelece entre a sociedade comercial e o administrador, gera na esfera jurídica deste o imperativo de prosseguir (como regra e em primeira linha) o fim (lucrativo) que os sócios perseguem quando constituem a sociedade, enquanto instrumento que esta é para a consecução desse fim e correspondente satisfação do interesse social¹⁰⁷.

O que significa que a garantia de domínio fático das oportunidades societárias constitui uma zona de influência exclusiva da sociedade comercial, ainda que “manobrada” pelos seus administradores; a esta luz se compreende que a incolumidade das oportunidades societárias simbolize (objectivamente), por um lado, o carácter modelar da gestão societária – polarizada (sempre) no interesse social - e, por outro lado, padronize (subjectivamente) o paradigma de um gestor criterioso e ordenado.

Por conseguinte, sempre que uma destas balizas comportamentais (objectiva e subjectiva) é beliscada por um desvio de fim (é dizer, aproveitamento das oportunidades societárias em benefício não da sociedade comercial, mas dos administradores) emerge a importância precípua da doutrina das oportunidades societárias como expressão da violação do dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais.

Mas em que moldes assenta essa violação do dever de lealdade (art.º 235.º, n.º 2, do Código Comercial de Macau e art.º 64.º, n.º 1, alínea b), do CSC)? Ou será antes uma violação do dever de não concorrência (art.º 71.º, n.º 1 e 3, art.º 108.º, n.º 1 e 5, art.º 109.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau)?

Para densificar esta resposta importa mobilizar alguma doutrina e jurisprudência norte-americanas e também alguma (abalizada) doutrina nacional.

¹⁰⁷ RICARDO COSTA/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário, cit.*, p. 743.

A temática da apropriação de oportunidades de negócio e o exercício de concorrência estão intimamente ligadas^{108/109}.

A doutrina das oportunidades societárias, com origem nos Estados Unidos da América, tem conhecido várias arrumações dogmáticas e diversos grupos tipológicos.

Nesse âmbito, são tradicionalmente apontados diversos testes que permitem estabelecer a afectação de oportunidades de negócio i) o line of business que obriga a verificar se a oportunidade se situa na “linha de

¹⁰⁸ Razão pela qual um certo sector da doutrina alemã refere que é adequado fazer-se uma “*analogia cautelosa*” entre ambas; HOLGER FLEISCHER, *Wettbewerbs- und Betätigungsverbote für Vorstandsmitglieder im Aktienrecht*, AG 9/2005, pp. 338-342; talvez por isso, a valia dogmática da figura, ainda que enquadrada ora no dever de lealdade, ora na obrigação de não concorrência, não mereça reparos nos ordenamentos jurídicos continentais; neste sentido, na doutrina alemã, SALFELD, *Wettbewerbsverbot im Gesellschaftsrecht*, Frankfurt an Main, Bern, New York, (1987), pp. 45 e ss; POLLEY, *Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre. Eine Untersuchung am Beispiel der Geschäftsleitung von US-Corporation und Deutscher GmbH*, Baden-Baden, (1993), pp. 112-115; quanto à duração temporal do dever de lealdade, pronunciou-se HOLGER FLEISCHER, “Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre”, in *NZG*, 21/2003, (2003), p. 990, referindo que o mesmo permanece após o termo das funções ou a saída da sociedade (cfr. art.º 108.º, n.º 5, do Código Comercial de Macau), vigorando, assim, a proibição de desvio de oportunidades de negócio; a esta luz se compreende que, em sede de utilização de informação privilegiada, essa proibição de desvio de oportunidades de negócio tenha uma duração temporal (tendencialmente) mais alargada; TELSCHOW, *Ungeschriebene Wettbewerbsverbot in der GmbH*, Göttingen, (2004), pp. 132-154; sobre o enquadramento desta temática no âmbito das actividades concorrentes, MERTENS/CAHN, “Wettbewerbsverbot und verdeckte Gewinnausschüttung im GmbH-Konzern”, in *Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag*, Berlin, New York, (1991), pp. 560-566. A doutrina germânica estabelece uma distinção entre um critério formal, de atribuição de oportunidades de negócio à sociedade comercial em virtude de circunstâncias exógenas ou de expectativas concretas (*Zuordnung kraft äusserer Umstände, Zuordnung kraft konkreter Erwartung, Zuordnung kraft konkreter Geschäftsaussichten*), e um critério material, de atribuição em virtude da espécie de oportunidade de negócio, do contexto material ou da área de negócio (*Zuordnung nach Art Geschäftschance, Zuordnung kraft Sachzusammenhangs, Zuordnung kraft abstrakter Geschäftsfelder*); FRIEDRICH KUBLER/JENS WALTERMANN, “Geschäftschancen der Kommanditgesellschaft”, in *ZGR*, (1991), pp. 169-171; HANNO MERKT, “Unternehmensleitung und Interessenkollision”, in *ZHR*, (1995), pp. 438-442.

¹⁰⁹ Não se desconhece, porém, que recente e abalizada doutrina nacional tenha verbalizado algumas críticas a este posicionamento doutrinal, como adiante se verá.

negócios” da sociedade¹¹⁰; ii) o interest or expectancy test, que parte de considerações similares mas permite alargar o critério com base noutros factores que indiciam o interesse ou a expectativa da sociedade quanto à utilização da oportunidade¹¹¹; iii) o fairness test, que reclama que se apure se a apropriação é ou não «fair and equitable»¹¹²; iv) o teste em dois níveis estabelecido no caso Miller v. Miller¹¹³, de harmonia com o qual, num primeiro nível, se afere se a oportunidade está na «linha de negócio» da sociedade comercial, seguindo-se, em caso afirmativo, a análise da questão de saber se o administrador «violou os seus deveres fiduciários de lealdade, boa fé, fair dealing em relação à sociedade», sendo ainda, nesse âmbito, necessário verificar outros indicadores como a qualidade em que a oportunidade lhe foi apresentada, a prévia divulgação ao órgão de administração ou aos sócios¹¹⁴, a utilização de bens ou pessoal da sociedade; v) o teste de BRUDNEY/CLARK, que repousa na distinção entre as close corporations, nas quais uma formulação aberta seria suficiente, e as public corporations, que necessitariam de uma solução mais categórica¹¹⁵. No primeiro caso, é necessário verificar se houve utilização de meios societários (dinheiro, instalações, contratos, goodwill, tempo de trabalho, informação), bem como, quando isso não ocorra, a relação da oportunidade com o negócio da sociedade e o seu eventual consentimento, aplicando os princípios da chamada «expectativa racional» (rational expectation), que atende à relação funcional da oportunidade com a actividade da sociedade, ao interesse ou expectativa do seu aproveitamento pela mesma e à existência de consentimento¹¹⁶. No segundo caso (public corporations), os referidos autores norte-americanos distinguem a situação dos administradores externos e a tempo parcial. Os primeiros estariam proibidos de utilizar quaisquer outras oportunidades de negócio (conexas ou não com

¹¹⁰ Na jurisprudência norte-americana, este grupo tipológico foi aplicado, entre outros, no caso *Guth v. Loft, Inc.* Delaware Chancery 255, 5 A. 2d 503 (1939); *Lutherland Inc. v. Dahlen*, 357 Pa 143, 53 A.2d 143 (1947).

¹¹¹ Ver *Littwin v. Allen*, 25, N.Y.S.2d 667 (Supp 1940).

¹¹² Ver *Durfee v. Durfee & Canning*, 323, Mass. 187, 80, N.E. 2d (1948).

¹¹³ 301 Minn. 207 N.W.2d 71 A.L.R. 3d 941 (1974).

¹¹⁴ Cfr., na doutrina norte-americana, DELARME R. LANDES, “Economic efficiency and the corporate opportunity doctrine in defense of contextual disclosure rule”, in *Template Law Review*, (2001), p. 856.

¹¹⁵ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade, Por um Critério Unitário de Solução do “Conflito do Grupo”*, Coleção Teses, dissertação de doutoramento, Almedina, Coimbra, (2012), pp. 534 e ss. que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente,

¹¹⁶ BRUDNEY/CLARK, “A new look at corporate opportunities”, in *Harvard Law Review*, (1981), pp. 997-1062.

a actividade da sociedade), ao contrário dos segundos, aos quais seria de aplicar uma regra mais flexível; vi) os Principles of Corporate Governance fixam critérios que conferem especial ênfase à necessidade de divulgação à sociedade da oportunidade de negócio, exigindo-se que esta a rejeite como condição para a sua apropriação pelo administrador¹¹⁷.

A significar que, neste âmbito, a apropriação de oportunidades societárias de negócio constitui um dos exemplos de tunnelling – actividade pela qual os sócios controladores ou administradores realizam, em seu benefício, a transferência de fundos ou de activos da sociedade¹¹⁸.

No panorama doutrinário nacional¹¹⁹, a apropriação de oportuna-

¹¹⁷ Na doutrina norte-americana, ver, sobre os diversos testes, THOMAS GEISLER, “Proof of appropriation of corporate business opportunity by officer or director”, in *American Jurisprudence Proof of Facts*, 3rd edition, (2009), pp. 215 e ss; ERIC ORLINSKY, “Corporate opportunity doctrine and interested director transactions: a framework for analysis is an attempt to restore predictability”, in *Delaware Journal of Corporate Law*, (1999), pp. 467-479.

¹¹⁸ Para a análise de vários casos ocorridos em países de *civil law* que parecem configurar hipóteses de *tunnelling*, na doutrina norte-americana, S. JOHNSON/R. LA PORTA/F. LOPEZ-DE SILANES/A. SHLEIFER, *Tunnelling*, in *Harvard Institute of Economic Research*, Discussion Paper Number 1887, Cambridge, Massachusetts: Harvard University, (2009), pp. 2-7; por essa razão se faz referência ao “*duty of fair dealing*”, que ocupa a Parte V dos *Principles of Corporate Governance (PCG)*; sobre o sentido do “*duty of fair dealing*”, v. THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance analysis and recommendations*, vol. I, Part I-VI, §§ 1.01.-6.02, *as adopted and promulgated by American Law Institute of Washington, D.C., May 13, 1992*, St. Paul, Minn: American Law Publishers, (1994), pp. 199 e ss.

¹¹⁹ Ver, na doutrina nacional, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Danos societários e governação de sociedades (corporate governance)” in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º especial-II *Seminário dos Cadernos de direito privado- Responsabilidade Civil*, Cejur, Braga, Dezembro de 2012, (2012), pp. 17-29 (37); JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade*, cit., pp. 31-33; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Corporate Governance*, cit., p. 57; VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas*, cit., pp. 401-402; MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores*, cit., p. 99, nota 390; PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e os deveres fiduciários dos administradores”, in *Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira*, Coimbra, Almedina, (2007), p. 57; NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, “Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais”, in *Cadernos O Direito*, n.º 4, Coimbra, Almedina, (2009), p. 371; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias”, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas (RCEJ)*, n.º 20, (2009), pp. 27-28.

des de negócio societárias tem sido enquadrada como uma manifestação do dever de lealdade¹²⁰.

A proibição de apropriação de oportunidades de negócio tem origem anglo-americana, estando intimamente ligada ao desenvolvimento dos deveres fiduciários (fiduciary duties)¹²¹.

Um sector da doutrina nacional tem apresentado quatro de violação de apropriação de oportunidades de negócio societárias: i) a celebração de um negócio vantajoso de que se teve conhecimento por força do exercício de funções; ii) a celebração de um negócio vantajoso com utilização de informação de património ou de pessoal da sociedade; iii) a prática de um acto isolado de concorrência¹²²; iv) a celebração de um negócio que ofereceria à sociedade ganhos sinérgicos relevantes.

As três primeiras hipóteses correspondem à taxionomia prevista nos Principles of Corporate Governance (PCG)¹²³. A quarta hipótese é tributária do pensamento de Brudney/Clark que apontaram para a ideia de relacionamento funcional entre a oportunidade de negócio e a actividade social, sustentando que seria proibida, inclusivamente aos administradores de close corporations, a apropriação de oportunidades de negócio que, se sobrepostas à actividade social, gerariam ganhos sinérgicos não triviais¹²⁴. Estão em causa as potencialidades de expansão e de diversificação da actividade social¹²⁵. Assim, uma empresa que exerça uma actividade industrial poderá ter interesse em adquirir participações sociais em empresas fornecedoras ou distribuidoras.

¹²⁰ PEDRO CAETANO NUNES, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, *cit.*, p. 214, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

¹²¹ Como expressão dessa realidade jurisprudencial, surge o caso *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.*, analisado pelo Supremo Tribunal do Alabama, em 1900.

¹²² Os actos isolados de concorrência podem respeitar a infraestruturas e a meios de produção, surgindo como caso paradigmático a aquisição pelo administrador de um terreno contíguo a uma fábrica, dificultando a ampliação das instalações fabris; PEDRO CAETANO NUNES, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, *cit.*, p. 215.

¹²³ v. THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *cit.*, pp. 283-300.

¹²⁴ PEDRO CAETANO NUNES, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, *cit.*, p. 215.

¹²⁵ Faremos breves notas, necessariamente sincopadas, sobre esta temática no capítulo seguinte.

Por conseguinte, as proibições concorrenciais, para este sector da doutrina nacional, visam assegurar a realização da prestação de gestão, ainda que reflexamente possam contribuir para a salvaguarda da informação societária, sendo reconduzíveis ao universo dos deveres de conduta conexos com a prestação¹²⁶.

De outra banda, outro sector da mais recente doutrina nacional refere que a proibição de concorrência é uma decorrência lógica de uma prestação principal (exercício em comum de certa actividade económica): acordando os sócios em exercer uma actividade em comum, a prossecução de uma actividade concorrente consubstancia uma violação dessa mesma actividade principal¹²⁷.

O mesmo raciocínio não poderá, todavia, ser transposto para as “sociedades de capital”. Os sócios não se comprometem a prosseguir uma actividade económica em conjunto. A prestação principal circunscreve-se à denominada “obrigação de entrada”. Deste modo, o dever de não concorrência não poderá ser apresentado para as sociedades por quotas e anónimas, como uma materialização da prestação principal, mas como uma concretização do dever de lealdade, enquanto prestação acessória que é¹²⁸.

Ancorado nesse pressuposto dogmático, a referida doutrina nacional, que acompanhamos, propugna a reconstrução do primeiro caso-padrão acima referido que deverá ser apresentado nos seguintes moldes: a celebração de um negócio não prosseguido, deliberado ou a ser analisado que ofereceria à sociedade comercial ganhos sinérgicos. Como exemplo modelar pense-se num negócio que, não podendo ser descrito como concorrencial e não sendo conhecido da sociedade, se adequa na perfeição à actividade por esta desenvolvida¹²⁹. Também o segundo caso-padrão deverá ter em conta, para além das considerações relacionadas com o ob-

¹²⁶ PEDRO CAETANO NUNES, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, *cit.*, p. 217.

¹²⁷ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine). Parte II”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Almedina, Coimbra, (2014), número 4, p. 760, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

¹²⁸ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine)”, *cit.*, p. 760.

¹²⁹ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine)”, *cit.*, p. 762.

jecto social e o alcance do dever de não concorrência¹³⁰, o conceito de ganhos sinérgicos, e, deste modo, deverá também ser reconstruído com o seguinte enunciado: a celebração de um negócio não prosseguido, deliberado ou a ser analisado e que, embora não oferecendo ganhos sinérgicos seja vantajoso para a sociedade^{131/132}. Do mesmo modo, o terceiro caso-padrão deverá ser construído nos seguintes termos: celebração de um negócio não prosseguido, deliberado, analisado ou que não ofereça ganhos sinérgicos e que tenha chegado ao conhecimento do administrador por força das funções desempenhadas¹³³. Nesta modalidade, a pedra de toque é colocada não nos benefícios perdidos pela sociedade, mas na actuação ilícita do administrador: repare-se que não se exige sequer que o negócio celebrado seja vantajoso para a sociedade. A origem da violação não reside propriamente no facto de o administrador ter colocado os seus interesses pessoais à frente dos interesses da sociedade, mas em ter utilizado a posição ocupada para prosseguir interesses pessoais¹³⁴.

Por conseguinte, tem todo o cabimento analisar os dois últimos casos-padrão conjuntamente: celebração de um negócio recorrendo a pessoal, informação ou bens pertencentes à sociedade¹³⁵.

Não podendo nenhuma destas situações ser resolvida por aplicação directa do dever de não concorrência, deve ser sustentado que o dever de lealdade impõe, aos administradores, um dever de não exercer a função com o objectivo de retirar benefícios pessoais¹³⁶.

Em síntese, é possível identificar três casos-padrão: i) a celebração de um negócio que ofereceria à sociedade ganhos sinérgicos; ii) a celebração de um negócio de que se teve conhecimento por força do exercício de

¹³⁰ Como na nota 125.

¹³¹ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine), *cit.*, p. 762.

¹³² Como na nota 125.

¹³³ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine), *cit.*, p. 763.

¹³⁴ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine), *cit.*, p. 763.

¹³⁵ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine), *cit.*, p. 763.

¹³⁶ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine), *cit.*, p. 763.

funções; iii) a celebração de um negócio com utilização de pessoal ou de bens que pertençam à sociedade^{137/138}.

No fundo, e ressalvadas as devidas adaptações, a proibição de aproveitamento das oportunidades de negócio da sociedade, inserido no âmbito dogmático do dever de lealdade, acaba por ser o equivalente funcional da no conflict rule e da no profit rule do Direito Inglês.

A significar que o dever de lealdade, enquanto expressão de um dever fiduciário, núcleo da posição jurídica dos administradores das sociedades comerciais, está estruturado, no direito inglês, em torno desses dois grandes princípios: a no conflict rule e a no profit rule¹³⁹. A no

¹³⁷ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine), *cit.*, p. 763.

¹³⁸ A jurisprudência norte-americana tem perfilhado uma certa uniformização sistemática, que se caracteriza, no essencial, pelo acolhimento de *soluções mistas* ou de *compromisso*, resultando da conjugação de uma das teorias clássicas – *teoria da expectativa* ou *ramo de negócio* – com critérios complementadores. Essa tendência tem-se acentuado a partir do *leading case Guth v. Loft*. Com efeito, partindo da *teoria do ramo de negócio*, o *Supremo Tribunal do Delaware (Delaware Supreme Court)*, sinalizou outros *critérios auxiliares ou complementadores*: i) a capacidade financeira da sociedade em prosseguir individualmente a oportunidade; ii) o enquadramento da oportunidade no *ramo de negócio da sociedade*; iii) o *interesse* ou *expectativa*, em sentido não técnico, da sociedade em face dessa oportunidade e iv) o facto de a prossecução da oportunidade, a título individual, colocar ou não o administrador numa situação violadora dos deveres assumidos para com a sociedade; são disso exemplo modelar, entre muitos outros, no Estado da *Georgia: Southeast Consultants, Inc v. McCrary Engineering Corp*, 246 Ga 503509; *Minnesota: NeoNetworks, Inc v Mark U. Cree*, WL 214161 (Minn App 2008); *Nova Iorque: Blaustein v Pam Am. Petroleum & Transport Co*, 31 NYS 2d 934-966 (NY AD 1941) (DORE J.), 964; *Yu Han Young v Chiu*, 49 AD 3d 535-536 (NY AD Dept 2008). Mais recentemente, alguns tribunais nova-iorquinos têm vindo a aplicar, conjuntamente, a *teoria do ramo de negócio* e a *teoria da justiça*, *Coastal Sheet Metal Corp v Vassallo*, 904 NY S 2d 62-64 (NY AD 1 Dept 2010) e, até, (muito mais), recuadamente a *teoria da expectativa*, *Turner v American Metal Co* (1942).

¹³⁹ Por essa razão, afirma a jurisprudência dos tribunais ingleses, que “*the “no conflict rule” and “no profit rule” to which fiduciaries such as directors are subject*”; *O Donnel v Shanahan* (2008) EWHC 1973 (Ch), (RIMER LJ) (37); sendo que existem, mais recuadamente, duas decisões que alçapremaram, neste âmbito, os *fiduciary duties* dos administradores (*directors*), *Parker v McKenna* (1874) LR 10 Ch App 96-127, (Sir W. M. JAMES LJ), 124; *Bray v Ford* (1896) AC 44-56 (LORD HERSHELL); no mesmo sentido, *Re, Macadam Dallow* (1945), 2 All ER 664-679, (LORD COHEN), 672; *Guinness v Saunders* (1990) 1 All ER 652-668 (LORD TEMPLEMAN).

profit rule veda, ao administrador, todo o tipo de actuação da qual possa originar um conflito entre os interesses da sociedade e os seus interesses pessoais^{140/141}, enquanto que a no profit rule impede, esses mesmos administradores, de obterem lucros ou proveitos através da posição fiduciária que ocupam, salvo se previstos no contrato de sociedade ou devidamente autorizados pelo órgão societário competente^{142/143}.

Deste modo, em termos sucintos, a doutrina das oportunidades societárias congrega dois tipos de actuações violadoras do dever de lealdade: i) a prossecução de oportunidades de negócio pertencentes à sociedade, denominada de oportunidades societárias subjectivas¹⁴⁴; e ii) a utilização (abusiva) de pessoas, informações ou bens pertencentes à sociedade para fins pessoais, designada de oportunidades societárias objectivas¹⁴⁵.

Na primeira modalidade, importa apurar se a sociedade tem ou não um interesse em prosseguir essa oportunidade de negócio. Na prática, se, e tendo em consideração a actividade comercial ou efectivamente desenvolvida, a pessoa colectiva obteria ganhos sinérgicos; fora desses casos, o sistema não poderá limitar a iniciativa privada dos representantes da sociedade¹⁴⁶.

¹⁴⁰ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine). Parte I”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Almedina, Coimbra, (2014), número 3, p. 623, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

¹⁴¹ *Industrial Development Consultants v Cooley* (1972) 2 All ER 162-176 (ROSKILL J), 171 e ss; *Bhullar v Bhullar* (2003), EWCA Civ 424, (JONATHAN PARKER LJ), 27-42.

¹⁴² *Boardman v Phipps* (1966), 3 All ER, 721-762 (LORD HODSON).

¹⁴³ O princípio *no conflict rule*, ao contrário do *no profit rule*, encontra-se hoje vertido no *Companies Act 2006* (CA 2006), na section 175 (1) que reza assim: “*A director of a company must avoid a situation in which he has, or can have, a direct or indirect interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interests of the company*”; sobre a *Companies Act 2006* e os deveres fiduciários nela inseridos, na doutrina inglesa, ANDREW KEAY, *Directors’ Duties*, Jordans, Bristol, (2009), pp. 264-278.

¹⁴⁴ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Doutrina das Oportunidades Societárias objectivas, bons costumes e dever de lealdade”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VI (2014), Almedina, Coimbra, (2014), número 1, p. 299.

¹⁴⁵ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Doutrina das Oportunidades Societárias objectivas, bons costumes e dever de lealdade”, *cit.*, p. 299.

¹⁴⁶ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Doutrina das Oportunidades Societárias objectivas, bons costumes e dever de lealdade”, *cit.*, p. 299.

Na modalidade objectiva, o elemento chave não reside nas vantagens que a sociedade iria obter se prosseguisse um determinado negócio, mas no facto de o administrador ter utilizado património – em sentido amplo – da pessoa colectiva, tendo em vista a satisfação dos seus interesses pessoais, em prejuízo dos interesses da sociedade¹⁴⁷; sendo essa a razão pela qual a doutrina nacional afirma que, sempre que exista um aproveitamento das oportunidades societárias, emerge um dever de restituição dos administradores das sociedades comerciais (art.º 71.º, n.º 4, art.º 200.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau e art.º 258.º, do Código Comercial Português)¹⁴⁸.

III. A doutrina das oportunidades societárias, o dever de lealdade e a capacidade jurídica da sociedade comercial (art.º 177.º, n.º 1, art.º 180.º, n.º 1 e 2, do Código Comercial de Macau, e art.º 6.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais de Portugal: relação de complementaridade funcional? Breves notas.

Feitas as considerações dogmáticas que antecedem, no que respeita, por um lado, à arrumação dogmática em que assenta a teoria das oportunidades societárias, e, por outro lado, à sistematização jurisprudencial da mesma, surge, a nosso ver, conexas a esta temática, a questão de saber se existe uma relação de complementaridade funcional entre a doutrina das oportunidades societárias, o dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais (art.º 245.º, n.º 1, art.º 235.º, n.º 2, do Código Comercial de Macau) e a capacidade jurídica da sociedade comercial (art.º 177.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau e art.º 6.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais de Portugal).

Com efeito, como acima se deixou antecipado, a quarta hipótese, avançada pela doutrina portuguesa, é tributária do pensamento de Brudney/Clark, que apontaram para a ideia de relacionamento funcional entre a

¹⁴⁷ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Doutrina das Oportunidades Societárias objectivas, bons costumes e dever de lealdade”, *cit.*, p. 299.

¹⁴⁸ Pronunciando-se acerca da obrigação de restituir no caso de *desvio de oportunidades societárias*, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Sobre a Obrigação de Restituir dos Administradores”, in *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, (2011), p. 357.

oportunidade de negócio e a actividade social, sustentando que seria proibida, inclusivamente aos administradores de close corporations, a apropriação de oportunidades de negócio que, se sobrepostas à actividade social, gerariam ganhos sinérgicos não triviais. Estão em causa as potencialidades de expansão e de diversificação da actividade social. Assim, uma empresa que exerça uma actividade industrial poderá ter interesse em adquirir participações sociais em empresas fornecedoras ou distribuidoras.

Assim, sendo certo que existe, tendencialmente, uma identificação orgânico-material entre a oportunidade de negócio e a actividade social da sociedade comercial, casos poderão haver em que, tendo como escopo primacial a expansão e diversificação da actividade social essa identificação possa, de modo que se reputa teleologicamente fundado, surgir, de certo modo, diluída, mas materialmente justificada, tendo em vista o escopo lucrativo que perpassa toda a actividade social das sociedades comerciais.

Com efeito, a acima referida quarta hipótese polariza a sua análise nos casos tipológicos em que existe uma identificação material aquela (a oportunidade de negócio) e esta (a actividade social da empresa), mas olvida os casos em que, fora da actividade social da sociedade comercial, mas dentro do escopo lucrativo em que assentam as sociedades comerciais, poderão surgir boas e lucrativas oportunidades de negócio susceptíveis de criar ganhos sinérgicos não triviais.

É certo que esse alargamento funcional das oportunidades de negócio para além do objeto social, poderá implicar, natural e necessariamente, um simétrico alargamento dos deveres fiduciários, rectius, do dever de lealdade, dos administradores das sociedades comerciais. Mas esse alargamento é (tão só) aparente.

Na verdade, o alargamento funcional das oportunidades de negócio para além do objeto social da sociedade comercial é a afirmação (melhor se diria, confirmação) da essencialidade funcional do dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais; na medida em que, é consabido, o *duty of loyalty* busca o seu sentido hermenêutico, justamente, na prossecução de actividades funcionais, por parte dos administradores das sociedades comerciais, que visem realizar primacialmente o interesse social - cobra sentido afirmar-se que existe, neste âmbito, um “direito de sequela” do interesse social em relação ao dever de lealdade: este (o dever de lealdade) segue aquele (o interesse social) para onde quer que ele vá.

A esta luz, o dever de lealdade é, por um lado, o repositório modelar do gestor criterioso e ordenado (art.º 235.º, n.º 2, do Código Comercial de Macau), e, por outro lado, é (sobretudo) um nexó funcional entre a gestão societária modelar, levada a cabo por esse gestor criterioso e ordenado, e a realização daquele interesse social (art.º 245.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau).

Assim, a abstenção de aproveitamento das oportunidades societárias, por parte dos administradores das sociedades comerciais, simboliza (materializa) a sacralização do dever de lealdade e a realização do escopo lucrativo que subjaz à actividade social da pessoa colectiva.

Deste modo, mais do que prosseguir (acriticamente) a ditadura do objecto social da sociedade comercial (art.º 180.º, n.º 1 e 2, do Código Comercial de Macau e art.º 6.º, n.º 1, do CSC), o administrador deve maximizar as oportunidades societárias de molde a, justamente, maximizar o lucro por aquele prosseguido; o que significa que o facto de a oportunidade de negócio não se circunscrever ao objecto social da sociedade comercial (mas a este conexas) impede o administrador da sociedade comercial de a aproveitar em benefício próprio – pense-se no caso de uma empresa de aviação, cujo objecto social são as ligações aéreas no espaço da União Europeia, a quem é apresentada a oportunidade de negócio de adquirir participações sociais de empresas que efectuam serviços privados de assistência a passageiros em terra.

Por conseguinte, sempre que o administrador da sociedade comercial se abstém de aproveitar em benefício próprio a oportunidade societária emerge o respeito pelo dever de lealdade para com a sociedade comercial, que sustenta, por um lado, os seus deveres fiduciários, e, por outro lado, avulta (ainda) a prossecução do interesse social, e por aí, o respeito pela capacidade jurídica da sociedade comercial (art.º 177.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau e art.º 6.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais de Portugal).

O que bem se compreende.

Na verdade, a (dimensão temporal) desse dever de lealdade do administrador para com a sociedade comercial encontra, não raro, as suas raízes no investimento realizado pela sociedade comercial na formação académica e profissional dos seus quadros dirigentes. Essas despesas rea-

lizadas pela sociedade comercial na formação dos seus quadros dirigentes têm como objectivo imediato a valorização profissional daqueles, e tem como objectivo mediato a maximização futura do valor intrínseco da sociedade comercial, possibilitada pelo aproveitamento de lucrativas oportunidades de negócio, criadas e prosseguidas, no interesse social, pelos seus valiosos administradores.

De tal facto se infere que, a esta luz, o dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais encontra-se funcionalmente ligado à prossecução do interesse social, através do aproveitamento de oportunidades de negócio que garantam, pela sua solidez, a realização da capacidade jurídica da sociedade comercial e, inerentemente, o escopo lucrativo que perpassa (toda) a sua actividade social; donde a complementaridade funcional entre as oportunidades societárias, o dever de lealdade e a prossecução da capacidade jurídica da sociedade comercial.

Assim, é possível sinalizar uma dimensão temporal, de longo prazo, que caracteriza o dever de lealdade e que encontra expressão dogmática na figura das acções de lealdade¹⁴⁹; na figura do reembolso societário¹⁵⁰, e na construção jurídica do dividendo de lealdade¹⁵¹.

¹⁴⁹ “*Que são um tipo de acções que atribuem benefícios especiais, como por exemplo em matéria de lucros ou de direitos de voto, em favor daqueles acionistas que investem numa perspectiva de longo prazo. Esta figura assenta no pressuposto de que a participação ativa e interessada dos acionistas é benéfica*”; Ver, JOÃO NUNO PINTO VIEIRA DOS SANTOS, “Acções de lealdade – A primazia dos interesses da estabilidade a longo prazo”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VI (2014), 2, Almedina, Coimbra, (2015), p. 448; no mesmo sentido, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “Novos rumos do direito societário europeu”, in *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, (2013), p. 351.

¹⁵⁰ “*O administrador recolhe legitimidade para tomar “decisões estratégicas ou fundamentais sobre os objectivos empresariais a longo prazo (...) O dever legal de reembolso societário (...) por aplicação (analogica) da norma do art.º 1167.º, alínea d), do CC pressupõe que não tenha existido culpa do administrador (...) refere-se não a indiscriminadas ou indiferenciadas despesas suportadas pelos administradores, mas sim àquelas que se considerem conexas com a não incorrecção do desempenho funcional deste*”; ver, por todos, MARIA ELISABETE RAMOS, “Reembolso Societário”, in *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, (2013), pp. 388-390.

¹⁵¹ “*Sistema de incentivo à participação e fidelização dos acionistas assente num esquema de dividendo de lealdade (...) no qual se distinguem os accionistas de curto prazo dos de longo prazo*”; ver, por todos, FÁTIMA GOMES, “Dividendo de lealdade?”, in *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, (2013), p. 406.

Este entendimento, se bem vemos, encontra-se em conformidade com a doutrina maioritária e com o art.º 9.º, n.º 1, n.º 2 da Directiva, cuja redacção foi, no essencial, mantida pela Directiva 2009/101/CE¹⁵².

Na verdade, a capacidade jurídica das sociedades comerciais não é limitada pelo objecto social (art.º 180.º, n.º 1 e 2, do Código Comercial de Macau), como resulta claramente do art.º 177.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau e do art.º 6.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais de Portugal¹⁵³.

¹⁵² O art.º 9.º, n.º 1 e n.º 2 da Directiva tinha a seguinte redacção “1. A sociedade vincula-se perante a terceiros pelos actos realizados pelos seus órgãos, mesmo se tais actos forem alheios ao seu objecto social, a não ser que estes actos excedam os poderes que a lei atribuiu ou permite atribuir a esses órgãos. Todavia, os Estados-Membros podem prever que a sociedade não fica vinculada, quando aqueles actos ultrapassarem os limites do objecto social, se ela provar que o terceiro sabia, ou não podia ignorar, tendo em conta as circunstâncias, que o acto ultrapassava esse objecto; a simples publicação dos estatutos não constitui, para esse efeito, prova bastante. 2. As limitações aos poderes dos órgãos da sociedade que resultem dos estatutos ou de uma resolução dos órgãos competentes são sempre inoponíveis a terceiros, mesmo que tenham sido publicadas”. Este regime jurídico é, consabidamente, tributário do pensamento jus-societário alemão, e funda-se, essencialmente, numa solução compromissória entre a *teoria dos poderes ilimitados e ilimitáveis* de inspiração alemã, e a *teoria da especialidade estatutária*, perfilhada em terras gaulesas, consubstanciada na ressalva da possível relevância do objecto social, em caso de prova pela sociedade de que o terceiro sabia, ou não podia ignorar, que o acto ultrapassava o objecto social; neste sentido, com base nos trabalhos preparatórios, na doutrina alemã, MATHIAS HABERSACK, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Beck, München, 3. Auflage, (2006), p. 95; na doutrina italiana, FRANCESCO GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Cedam, Padova, (2003), p. 272; na doutrina francesa, PAUL DE CANNU/BRUNO DONDERO, *Droit des sociétés*, 3 edition, Montchrestien, (2009), pp. 154-160; Em Inglaterra, a matéria da capacidade jurídica das sociedades comerciais era, até 1972, com a entrada na Comunidade Europeia e a necessidade de transposição da 1ª Directiva, marcada pela regência da doutrina *ultra vires*, de acordo com a qual a *capacidade jurídica* era *limitada* pelo *objecto social*; ver, na doutrina inglesa, JANET DINE, *Company Law*, 5 ed., Palgrave Macmillan, Hampshire, (2005), pp. 23-75; entre nós, PEDRO CAETANO NUNES, “Actos gratuitos, capacidade jurídica e vinculação das sociedades comerciais”, in *III Congresso de Direito das Sociedades (DSR)*, Almedina, Coimbra, (2014), pp. 505-525, que seguimos de muito perto, mesmo textualmente.

¹⁵³ Ver, entre nós, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “O abuso de representação como limite aos poderes do gerente”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 287-288; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, II, 4ª edição, Almedina, Coimbra, (2011), p. 190; PAULO DE TARSO DOMINGUES, “A vinculação das sociedades por quotas no Código das Sociedades Comerciais”, in *Revista da*

Em contraponto, discute-se se o fim social limita a capacidade jurídica das sociedades comerciais¹⁵⁴. Assim, a capacidade jurídica das sociedades comerciais é limitada pelo fim social, entendido como fim lucrativo¹⁵⁵.

Subjacente a este entendimento encontra-se a perspectiva de que o contrato de sociedade tem como elemento necessário a finalidade lucrativa¹⁵⁶, e, essencialmente, num plano teórico, o denominado enlightened value maximization, enquanto relação de mútua implicação entre a realização do interesse social, a pura maximização do lucro e a manutenção de boas relações com os stakeholders¹⁵⁷, que impede que o administrador se sirva do seu cargo para conseguir negócios favoráveis à custa da

Faculdade de Direito da Universidade do Porto, (2004), pp. 288-292; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades Comerciais*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, (2011), pp. 388-389.

¹⁵⁴ PEDRO CAETANO NUNES, “Actos gratuitos, capacidade jurídica e vinculação das sociedades comerciais”, *cit.*, p. 506.

¹⁵⁵ Ver, neste sentido, por todos, as obras de ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “*Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, *cit.*, p. 110; *Idem*, “Capacidade e representação das sociedades comerciais”, in *Problemas do direito das sociedades*, IDET, Almedina, Coimbra, (2003), pp. 471-476; *Idem*, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, (1998), p. 283, nota 524;

¹⁵⁶ ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “*Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, *cit.*, p. 110; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, *cit.*, (manifestando reservas quanto à aplicação do art.º 980 do CC); em sentido oposto, FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, “O art.º 6.º, do CSC, a capacidade jurídica da sociedade e a prestação de garantias a dívidas de outros sujeitos em conformidade com o interesse social e em caso de relação de domínio e de grupo”, in *III Congresso de Direito das Sociedades (DSR)*, Almedina, Coimbra, (2014), p. 531, afirma que “Ao referir a capacidade ao fim, o n.º 1 do art.º 6.º tem em vista o fim previsto no art.º 980.º do CCiv, o escopo lucrativo”.

¹⁵⁷ Ver, C. JENSEN, “Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function”, in *Business Ethics Quarterly*, 12, (2), pp. 245-253; BRADLEY W. BENSON/WALLACE N. DAVIDSON, “The Relation between Stakeholder Management, Firm Value, and CEO Compensation: A Test Of Enlightened Value Maximization”, in *Financial Management*, (2009), p. 23; RICHARD BREALEY/STEWART MYERS/FRANKLIN ALLEN, *Principles of Corporate Finance*, 9th ed., McGraw-Hill International Edition, Boston-New York-Lisboa, (2008), pp. 24-37; entre nós, monograficamente, FÁTIMA GOMES, *O Direito aos Lucros e o Dever de Participar nas Perdas nas Sociedades Anónimas*, Coleção Teses, dissertação de doutoramento, (2011), pp. 86-114.

sociedade^{158/159}: é a expressão prática do dever de legalidade da conduta dos administradores¹⁶⁰ que permite à sociedade comercial enfrentar o presente e servir o futuro¹⁶¹.

IV. A doutrina da perda de chance de frutificação do património social a cargo dos gerentes e administradores das sociedades comerciais. Brevíssimas notas sobre a teoria das despesas desaproveitadas

Neste âmbito temático, a questão que se coloca é a de saber, que outras consequências jus-societárias, no âmbito do dever de lealdade, além do regime jurídico da solidariedade passiva constante do art.º 249.º, n.º 4, do Código Comercial de Macau, emergem dos actos dos gerentes e administradores das sociedades comerciais, causadores da insuficiência do património social para responder pelas dívidas aos credores sociais (art.º 78.º, n.º 1, do CSC).

Com efeito, como acima se deixou antecipado, sobre os gerentes e administradores das sociedades comerciais impende um estrito dever de frutificação do património social (art.º 177.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau e art.º 6.º, n.º 1, do CSC), consubstanciado no aproveitamento das oportunidades de negócio, que, por seu turno, garantam, pela sua solidez, a capacidade de gerar lucros para a sociedade comercial e para os sócios, e,

¹⁵⁸ Ver, ainda que no âmbito temático do art.º 397.º, do CSC, ALEXANDRE SOVE-
RAL MARTINS, “A aplicação do art.º 397.º, do CSC às sociedades por quotas”, in *II
Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, (2013), p. 559.

¹⁵⁹ Um sector da doutrina nacional fala, no âmbito da *proibição de aproveitamento das
oportunidades de negócio da sociedade (corporate opportunities)*, de uma *concretização
negativa do dever de lealdade*; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Socie-
dades Comerciais Anotado, Códigos Comentados da Clássica de Lisboa*, António Menezes
Cordeiro (Coordenação), Almedina, Coimbra, (2009), p. 244.

¹⁶⁰ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “O dever de legalidade: um novo (e não es-
crito?) dever fundamental dos administradores?”, in *Direito das Sociedades em Revista
(DSR)*, Outubro 2012, Ano 4, Vol. 8, Almedina, Coimbra, (2012), p. 67; no mesmo
sentido, MARIA ELISABETE RAMOS, “Práticas restritivas da concorrência e deveres
dos administradores de sociedades”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Março
2014, Ano 6, Vol. 11, Almedina, Coimbra, (2014), pp. 132-139.

¹⁶¹ AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA, “O Código Comercial de Macau e os contributos
do direito comparado”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Outubro 2011,
Ano 3, Vol. 6, Almedina, Coimbra, (2011), p. 151.

assim, aumentar o seu lastro patrimonial; podendo este (rectius, devendo) responder pelo pagamento das dívidas aos credores sociais, dentre os quais a Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau.

Assim, denota-se uma relação de mútua implicação entre o poder-dever de frutificação do património social, que impende sobre os gerentes e administradores das sociedades comerciais, e o (tendencial) aumento do lastro patrimonial da sociedade comercial para responder pelo pagamento das dívidas aos credores sociais.

Numa palavra, a questão resume-se a saber se a inobservância do poder-dever de frutificação do património social, que impende sobre os gerentes e administradores das sociedades comerciais, configura uma vera perda de chance de aumentar o lastro patrimonial da sociedade comercial, e, na afirmativa, se essa perda de chance^{162/163} poderá volver-se em direito, na esteira da doutrina alemã e nacional.

A resposta é positiva.

Na verdade, a figura da perda de chance é muito conhecida e aplicada noutros ordenamentos jurídicos – nomeadamente no francês^{164/165/166}

¹⁶² Na doutrina alemã, pronunciando-se abertamente a favor da admissibilidade da *perda de chance*, HELMUT KOZIOL, “Schadenersatz für den Verlust einer Chance?”, in *Festschrift für F. STOLL zum 75. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, (2007), pp. 233-250.

¹⁶³ A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, após uma hesitação inicial, tem-se inclinado pela ressarcibilidade do *dano de perda de chance*; Neste sentido, por todos, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06/03/2014, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Pinto de Almeida, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁶⁴ Neste sentido, muito recentemente, no quadro da responsabilidade civil do médico, a jurisprudência francesa admitiu a ressarcibilidade da “*perte d’une de guérison et de survie*”, consubstanciado no reconhecimento do direito à reparação pela *perda de chance* de não ter vivido mais tempo (*perte de chance de n’avoir vécu plus longtemps*); Neste sentido, Acórdão do *Cour de Cassation Français*, de 13 de Março de 2007, disponível em www.courdecassation.fr.

¹⁶⁵ Aludindo à crescente aplicação da figura da *perda de chance* pelos tribunais franceses e à multiplicidade de funções que é chamada a desempenhar; PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité Civile”, n.º 3, in *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, Avril/Juin 2010, n.º 2, (2010), pp. 330 e ss.

¹⁶⁶ Neste sentido, muito recentemente, reafirmando a ressarcibilidade do *dano de perda de chance*, o Acórdão do Tribunal de Cassação Francês (*Cour de Cassation, première chambre civile*), de 19/12/2013, disponível em http://www.courdecassation.fr/jurisprudencce_2/premiere_chambre_civile_568/.

e no italiano^{167/168} - e a questão (candente) que se coloca neste quadrante temático é a de saber se, ao nível do nexos de causalidade, o conteúdo do comportamento do terceiro é *conditio sine qua non* para a não obtenção do resultado final ou se, diferentemente, a *conditio sine qua non* radica nas possibilidades existentes de aquele resultado final ser atingido.

Se optarmos pela segunda hipótese, e se se deslocar o foco analítico do plano (aleatório) do resultado final^{169/170/171/172/173} para o terreno (seguro) das possibilidades existentes¹⁷⁴ de esse resultado final ser atingido, a res-

¹⁶⁷ Para uma acurada análise das querelas doutrinárias no direito italiano, nomeadamente em torno da questão de se saber se a *perda de chance* configura o denominado “*danno ingiusto*” (art.º 2043.º, do Código Civil Italiano), CRISTINA SEVERI, “Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile”, in *RcP*, Volume LXVIII, n.º 2, Março-Abril, (2003), pp. 305 e ss.

¹⁶⁸ A jurisprudência italiana, de forma enfática, reconheceu a ressarcibilidade do dano da *perdita di chance di guarigione e di sopravvivenza*; Neste sentido, Acórdão do *Corte di Cassazione*, de 04 de Março de 2004, in *FI*, Ano CXXIX, Maio 2004, n.º 5, (2004), pp. 1407 e ss.

¹⁶⁹ RUI CARDONA FERREIRA, “A perda de chance – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática”, in *Revista O Direito*, Ano 144.º, 2012, Volume I, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2012), pp. 36.

¹⁷⁰ PAULO MOTA PINTO, *O interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Vol. II, Tese de Doutoramento, Coimbra Editora, Coimbra, (2008), pp. 1103, nota 3103.

¹⁷¹ JÚLIO GOMES, “Em torno do dano de perda de chance – algumas reflexões”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (*BFDUC*), Vol.II, *Ars Judicandi*, Ad Honorem, *Direito Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, (2008), pp. 289-327.

¹⁷² No mesmo sentido, JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou da perda de chance”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º especial-II *Seminário dos Cadernos de direito privado- Responsabilidade Civil*, Dezembro de 2012, (2012), pp. 17-29.

¹⁷³ Neste sentido, MARIANA LIMA REGO, “Decisões em ambiente de incerteza”, in *Revista Julgar* n.º 21, Quadrimestral, Setembro-Dezembro 2013, Director: José Igreja Matos, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 145-147.

¹⁷⁴ O grau ou a intensidade da *probabilidade* a que alude o art.º 563.º, do Código Civil deveriam ser determinados normativamente, dentro de *parâmetros oscilantes* a definir, nomeadamente, nos termos da *teoria da conexão pelo risco* de ROXIN; Neste sentido, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, Tese de Mestrado, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), pp. 300-338.

posta quanto ao nexó de causalidade será diametralmente oposta^{175/176}.

Porquanto, sendo o prejuízo considerado, a perda de chance de aumento do património social da sociedade comercial, como expressão de uma ablação de uma possibilidade presente, o aproveitamento de um conjunto (sólido) de oportunidades de negócio, e, logo, de violação do poder-dever de frutificação do património social, diminui exponencialmente a possibilidade existente de esse resultado final ser obtido (ou seja, de aumento do património social da sociedade comercial susceptível de responder pelas dívidas aos credores sociais), ferindo, assim, o núcleo essencial da chance de essas dívidas aos credores sociais serem solváveis pelo património social da sociedade comercial (art.º 249.º, n.º 4, do Código Comercial de Macau).

Por conseguinte, sobre o legislador impende, nos termos acima frisados, um dever de protecção¹⁷⁷ dos direitos fundamentais dos cidadãos; e a protecção dos direitos fundamentais seria inadequada ou insuficiente se se exigisse a prova de uma relação de causalidade certa entre um comportamento que coloca em risco os direitos fundamentais e não se aceitasse a prova de uma relação de causalidade (só) possível ou provável^{178/179}.

Numa palavra, trata-se de convolar a própria chance num direito¹⁸⁰. Por conseguinte, todo o fundamento da perda de chance passa a radicar no próprio Direito.

¹⁷⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “A dificuldade de demonstração do nexó de causalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico – Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pró damnato”, in *Revista do CEJ*, 1º Semestre de 2011, Número 15, Dossiê Temático: Crimes contra a autodeterminação sexual e contra a liberdade sexual com vítimas menores de idade, Almedina, Coimbra, (2013), p. 48.

¹⁷⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Colecção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 15, Novembro de 2008, Tese de Mestrado, Coimbra Editora, Coimbra, (2008), pp. 227 e ss.

¹⁷⁷ Referindo, no que se refere ao *dever de protecção*, que “a perda de chance é indemnizável como dano autónomo sempre que a sua preservação constitua um conteúdo da prestação debitória ou de um dever de protecção”; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Danos societários e governação de sociedades (corporate governance)”, *cit.*, pp. 17-29.

¹⁷⁸ NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, “Responsabilidade pela perda de chance de revitalização?”, in *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coordenadora: Catarina Serra, Almedina, Coimbra, (2014), p. 184.

¹⁷⁹ No mesmo sentido, na doutrina alemã, NILS JANSEN, “The idea of a lost chance”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, (271-296), (1999), p. 292.

¹⁸⁰ NILS JANSEN, The idea of a lost chance, *cit.*, p. 285.

Na medida em que a protecção das chances é importante para a protecção dos direitos finalisticamente colocados em perigo (a sustentabilidade financeira do Estado-Colectividade Região Administrativa Especial de Macau)^{181/182}, pois em casos em que só resta uma chance, não há mais nada a perder senão a própria chance¹⁸³. Esta é a razão pela qual as pessoas encaram como muito importante que o Direito proteja estas chances¹⁸⁴. O Direito das Sociedades Comerciais não pode ficar aquém dessa protecção. Se a responsabilidade civil delitual (art.º 78.º, n.º 1, do CSC) não protege as sociedades comerciais contra a perda de chances, contra a perda de oportunidades de negócio, não protege, do mesmo passo, o Estado-Colectividade (enquanto credor tributário), enquanto catalisador de receitas tributárias, primaciais para satisfazer as necessidades colectivas, ficando, assim, aquém das exigências constitucionais^{185/186/187}.

¹⁸¹ A esta luz se compreende a razão pela qual “*a jurisprudência francesa reconhece como dano não apenas a perda de chance, mas a simples criação de um risco*”, LÖIS RASCHEL, “La délicate distinction de la perte de chance et du risque du dommage”, in *J.C.P.*, (2010), pp. 763 e ss.

¹⁸² Por isso se compreendo a razão pela qual abalizada doutrina refira que, “*constitui um dever que resulta de forma específica e imediata da lei*” (...) “*o cumprimento das obrigações de que a sociedade é devedora em relação à Administração Fiscal e à Segurança Social (nomeadamente, v. arts.32.º e 22.º- 24.º da LGT e art.º 6.º e 8.º do RGIT)*”; Neste sentido, RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Colecção Teses, Dissertação de Doutoramento, Almedina, Coimbra, (2014), pp. 905-907.

¹⁸³ Neste sentido, NILS JANSEN, *The idea of a lost chance*, *cit.*, p. 292.

¹⁸⁴ Uma vez que, como bem refere a mais autorizada doutrina nacional, essa *perda de chance* “*sucedera sempre que a probabilidade de obter o ganho – afinal perdido- fosse substancial, de tal forma que se possa concluir que o lesado foi privado de uma possibilidade relevante, que com grande probabilidade teria sido realizada se não fosse pela conduta ilícita e culposa do agente*”; Neste sentido, VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida. O dano de perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, in *Revista do Ministério Público (RMP)*, Ano 35, Número 138, Abril-Junho de 2014, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), p. 54.

¹⁸⁵ Neste sentido, NILS JANSEN, *The idea of a lost chance*, *cit.*, p. 292.

¹⁸⁶ No mesmo sentido, na doutrina alemã, ainda que fora do âmbito temático do *dano de perda de chance*, sobre o âmbito de protecção normativa dos bens jurídicos; NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts- Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Tübingen, (2003), pp. 495 e ss.

¹⁸⁷ Referindo que “*a perda de oportunidade pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa “chance” a bem jurídico pelo contrato)*”; Neste sentido, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil-Responsabilidade Civil- O Método do Caso*, Almedina, Coimbra, (2006), p. 104.

Neste âmbito temático, inscreve-se a importância de tecer umas brevíssimas notas sobre a doutrina de inspiração germânica denominada de despesas desaproveitadas.

Com efeito, como acima se disse, o administrador da sociedade comercial ao infligir um dano de perda de chance de frutificação do património da sociedade comercial não está só a diminuir o lastro patrimonial da sociedade comercial susceptível de responder patrimonialmente perante os credores sociais. Está, e sobretudo, a minar a relação de fidedignidade que sustenta o dever de lealdade devido à sociedade comercial. Mais. Está a olvidar que, num passado mais ou menos longínquo, a sociedade comercial apostou na sua valorização profissional; valorização profissional, essa, que implicou, naturalmente, um conjunto de despesas que, baldadamente, a sociedade comercial realizou tendo como fim, por um lado, a valorização profissional dos seus quadros dirigentes, e, por outro lado, de forma mediata e reflexa, a maximização do lucro que seria operacionalizado por aqueles quadros dirigentes (altamente) qualificados.

Este pensamento da frustração (*Frustrierungsgedanke*) foi proposto na primeira década do século XX pela doutrina alemã, e tem como ideia-base a frustração de despesas realizadas para obtenção de um fim como um dano¹⁸⁸.

A este respeito, tem sido reforçada a equiparação material entre as despesas desaproveitadas e os prejuízos emergentes da frustração do fim, com o argumento, transponível para a nossa temática, que existe (sempre) uma diminuição efectiva do património da sociedade comercial que encontra, justamente, uma resposta funcional no montante equivalente (as despesas desaproveitadas na valorização profissional dos administradores da sociedade comercial) que foi perdido, por frustração do fim, pelo comportamento do lesante-administrador (a perda de chance de frutificação do património social da sociedade comercial)¹⁸⁹.

¹⁸⁸ HANS FISCHER, “Der Schaden nach dem BGB”, in *KritVJSchr*, 47, (1907), pp. 68-76. Mais recentemente, a doutrina tem feito referência às *despesas de aquisição*, como despesas que se transformam supervenientemente, por *frustração do seu fim*, em *dano*; SUSANNE WÜRTHWEIN, *Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile*, Möhr Siebeck, Tübingen, (2002), p. 53.

¹⁸⁹ Na doutrina nacional, tem sido entendido que “as *despesas desaproveitadas podem relevar, quando muito, apenas para a avaliação do dano ressarcível mas não para a afirmação*”.

Horta, (Faial, Açores, com um relance do olhar para o Pico), 26 de Fevereiro de 2015.

de um dano juridicamente relevante"; PAULO MOTA PINTO, "Despesas desaproveitadas e dano", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, BFDUC, Volume I: Responsabilidade: entre Passado e Futuro, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 598-599.