

Clara de Sousa ALVES

A restituição do lucro ilicitamente obtido no caso do desvio de oportunidades de negócio societárias

DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(35\)2024.ic-14](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(35)2024.ic-14)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review* / The articles in this section have undergone a blind peer review process.

A restituição do lucro ilicitamente obtido no caso do desvio de oportunidades de negócio societárias

The restitution of profits unlawfully obtained in the event of the diversion of corporate business opportunities

Clara de Sousa ALVES¹

RESUMO: O administrador que se apropria, em benefício próprio ou de terceiro, de oportunidades de negócio societárias poderá constituir-se na obrigação de restituir à sociedade os lucros que ilicitamente obteve. Esta obrigação, no direito português, não se assume como um princípio autónomo, outrossim é justificada à luz dos institutos jurídicos da responsabilidade civil, do enriquecimento sem causa ou da gestão imprópria de negócios, enquanto no direito anglo-saxónico é defendida com recurso à figura dos *disgorgements*.

No nosso ordenamento jurídico, *de iure condito*, não há nenhuma solução ideal para o problema do lucro ilicitamente obtido, integrando-se a solução no instituto da responsabilidade civil, no entanto, com várias imperfeições, pois surgem entraves em todas as construções jurídicas. Por esse motivo, *de iure condendo*, afirmamos que, a cada passo e cada vez mais, é tempo de repensar a função punitiva da responsabilidade civil e a inclusão no nosso ordenamento jurídico da figura dos *disgorgements*.

PALAVRAS-CHAVE: desvio de oportunidades de negócio societárias; obrigação de restituição; danos punitivos; responsabilidade civil; *de iure condendo*.

ABSTRACT: An administrator who appropriates, for their own benefit or that of a third party, corporate business opportunities may incur an obligation to return to the company the profits he illicitly obtained. In Portuguese law, this obligation is not considered an autonomous principle but is rather justified within the framework of legal concepts such as civil liability, unjust enrichment, or improper business management. In Anglo-Saxon law, it is supported by the concept of disgorgement.

In our legal system, as it stands (*de iure condito*), there is no ideal solution for the issue of illicitly obtained profit, as the resolution is integrated into the framework of civil liability, albeit with several imperfections, since obstacles arise in all legal constructs. Therefore, in terms of legal development (*de iure condendo*), we assert that, at every turn and increasingly, it is time to reconsider the punitive function of civil liability and to incorporate the concept of disgorgement into our legal system.

KEYWORDS: Diversion of corporate business opportunities; obligation of restitution; punitive damages, civil liability, *de iure condendo*.

1. O problema da restituição do lucro

Grande parte da doutrina recorre, analogicamente, à solução estatuída no art. 180.º, n.º 2 do CSC para solucionar os casos onde um administrador se

¹Advogada, Doutoranda em Ciências Jurídico-Civilísticas na Universidade Portucalense Infante D. Henrique e Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense. claradesousaalves@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-0223-8851>

apropriada, para si ou para terceiro, de oportunidades de negócio societárias.² Esta norma, consagrada para as sociedades em nome coletivo, prevê que no caso de serem praticados atos comerciais sem consentimento prévio da sociedade, o sócio para além de indemnizar a sociedade perde, em benefício desta, todos os benefícios que auferiu. Isto é, o legislador consagrou para este caso soluções cumulativas, designadamente a indemnização e a restituição dos lucros.³ Nesta medida, o sócio ficará obrigado a restituir à sociedade todos os benefícios que, ilicitamente, obteve. Contudo, uma vez que a referida norma nada refere quanto à forma de como essa restituição deve ser feita, na Doutrina surge o problema de saber como se restituirá ao lesado, *in casu* à sociedade, o lucro que o administrador obteve à custa do desvio de oportunidades de negócio societárias.

Podemos interpretar a solução do art.180.º, n.º 2 do CSC vendo-a como uma solução derivada - relacionada com um de três sistemas do direito privado, nomeadamente com o instituto da gestão imprópria de negócios, do enriquecimento sem causa ou da responsabilidade civil⁴ - ou como uma solução autónoma de cariz sancionatório, tal como tem sido aceite no sistema anglo-saxónico através dos *restitutionary damages* ou dos *disgorgement damages*.⁵

² O Tribunal da Relação de Lisboa, no seu acórdão de 12 de julho de 2018, proc. n.º 9003/08.6TBCSC.L2-1 (Ana Isabel Pessoa), disponível para consulta em www.dgsi.pt, entendeu que a violação dos deveres fundamentais do art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais pelos administradores pode resultar na indemnização dos danos causados, bem como na restituição de todos os lucros recebidos, com referência ao disposto no artigo 180.º, n.º2 do Código das Sociedades Comerciais. E ainda que esta solução esteja prevista para as sociedades em nome coletivo, este preceito, segundo diversos autores, poderá ser aplicado analogicamente a outros tipos de sociedades comerciais. Cfr. AMORIM, Mafalda dos Santos - *O dever de lealdade dos administradores e o desvio de oportunidades de negócio societárias*. In RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.) - *Questões de Tutela dos credores e de sócios das Sociedades Comerciais*. Coimbra, Almedina, 2013, p.99. DA FRADA, Manuel. *Direito Civil: responsabilidade civil: o método do caso*. Coimbra, Almedina, 2006, p. 68.

³ PINTO FURTADO, Jorge - *Código Comercial Anotado*. Volume II, Tomo I, Coimbra, Almedina, 1979, p. 86.

⁴ PINTO DE OLIVEIRA, Nuno. *Princípios de Direito dos Contratos*. Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 775, 776.

⁵ Neste ordenamento jurídico, uma parte da Doutrina tem defendido que, a restituição dos “wrongs” seria feita pelo sistema dos *restitutionary damages*. BIRKS, Peter- *Rights, Wrongs, and Remedies*. In *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 20, No. 1 (Spring, 2000), pp. 1-3. Outros Autores afirmam que a restituição dos “wrongs” deveria ser feita através dos “*disgorgement damages*”. WORTHINGTON, Sarah- *Reconsidering disgorgement for wrongs*. In *Modern law review*, 62 (2) (1999), pp. 218-240.

Certo é que, pelos primeiros o lesado adquire uma quantia correspondente ao bem transferido ou subtraído do seu património e pelos segundos suprime-se a vantagem que, sem correspondência com a utilização do património do lesante, o lesado obteve com a prática do ilícito. DOYLE, Sam; WRIGHT, David, - *Restitutionary Damages - The Unnecessary Remedy?*. In *Melbourne University Law Review*, (2001).

2. Gestão imprópria de negócios

Segundo o art. 464.^o do CC são necessários três requisitos para que se verifique a gestão de negócios, nomeadamente a direção de negócio alheio, uma atuação por conta e no interesse do dono do negócio e a falta de autorização para agir.⁶

Acontece que, a par destas “atuações gestórias perfeitamente regulares”, pode o gestor de negócios desviar-se dos requisitos legalmente exigidos e agir, de forma consciente, no seu próprio interesse.⁷ Isto é, apesar do gestor ter conhecimento de que o negócio é alheio, mesmo assim, age com a finalidade de adquirir vantagens para si, carreando para o seu património os proveitos da intromissão na esfera jurídica alheia.⁸ Nestas situações deixa-se de considerar que há uma gestão de negócios *strictu sensu* e fala-se em falsa gestão ou em gestão imprópria de negócios.⁹

A gestão imprópria de negócios é definida como uma gestão em que falta o *animus aliena negotia gerendi* e o agente, mesmo sabendo que os bens são alheios, age no seu próprio interesse, com a intenção de gerir o seu próprio negócio e não um negócio alheio, fazendo seus todos os lucros que advierem da gestão.¹⁰

Note-se que, no direito helvético, o art. 423.^o do código das obrigações suíço, tem o objetivo de prevenir situações de intromissão em negócios alheios, atacando o lucro do interventor.¹¹ Assume assim aquele artigo uma função de prevenção geral e de punição de comportamentos contrários ao direito, impondo

No caso concreto do desvio de oportunidades de negócio, tem-se aceite que, por estar relacionado com o dever de lealdade (obligation of loyalty), a restituição dos lucros deverá operar através dos *disgorgment damages*. Sendo que, nos casos de manifesta má fé os *punitive damages* serão, também, uma via a seguir. TALLEY, Eric. *Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine*. In YLJ, Vol.198, (1998), pp. 279-375.

⁶ GOMES, Júlio. *A gestão de negócios- um instituto jurídico numa encruzilhada*. Coimbra, Almedina, 1993, p. 82.

⁷ BRANDÃO PROENÇA, Catarina. *Da apreciação da culpa do gestor de negócios*. In Revista De Ciências Empresariais E Jurídicas, (19), (2011), p. 28.

⁸ VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Gestão de negócios*. In BMJ, 66, (1957), pp. 45-282.

⁹ ANTUNES VARELA, João. *Direito das Obrigações*. 10.^a ed., Vol.I, Coimbra, Almedina, 2015, p. 454.

¹⁰ MENEZES LEITÃO, Luís. *Comentário ao acórdão de 8 de novembro de 1990*. In ROA, vol. III, ano 51, (Dezembro de 1991), p. 755.

¹¹ GOMES, Júlio. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa., 1998, p. 803.

que a restituição do lucro decorra do ato de gestão, isto é, da interferência na esfera alheia.¹²

No direito português, esta questão está longe de ser consensual. Subsumir-se-á à gestão imprópria de negócios a hipótese de o administrador desviar oportunidades de negócio societárias? Ora, tendo em conta que, como já referido *in supra*, a gestão imprópria de negócios corresponde à situação na qual o gestor de negócio, por sua conta e em proveito próprio, assume a direção de um negócio alheio com “*sui lucri causa*” leva-nos a, num primeiro olhar, responder, de forma aparente e pouco perfunctória, afirmativamente a esta questão.¹³

Urge assim determinar a medida da obrigação de restituição do lucro que impende sobre o gestor impróprio de negócios.¹⁴

A título meramente introdutório, cumpre-nos referir que apesar de o legislador ter previsto a figura da gestão de negócios, nenhuma referência se faz à figura da gestão imprópria de negócios, o que acarreta algumas dúvidas e incertezas quanto à sua aceitação e ao regime aplicável.¹⁵

Pereira Coelho e Armindo Ribeiro Mendes, defendem que, uma vez que a gestão imprópria de negócios não ficou vertida no Código Civil, o mesmo significa que o legislador optou por não reconhecer esta figura.¹⁶ Estes autores sustentam este entendimento no facto de o legislador não ter levado avante o art. 717.º do ante projeto do Código Civil, que caiu no esquecimento e não foi efetivado na sua redação definitiva.¹⁷ Este art. 717.º dispunha que o agente responderia para com o dono do negócio como se fosse um verdadeiro gestor, ficando obrigado a entregar tudo o que obteve com a gestão.

Algumas vozes afirmam que, o legislador não consagrou tal princípio porque terá entendido que as regras da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa já sancionavam, suficientemente, o intrometido.¹⁸

¹²GOMES, Júlio. *O conceito de (...) ob. cit.*, p. 802, 803,804.

¹³GOMES, Júlio. *A gestão de negócios (...) ob. cit.*, p.117.

¹⁴Tal como, e bem, configura Diogo Leite de Campos. Cf. LEITE DE CAMPOS, Diogo. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra, Almedina, 2003, p. 499.

¹⁵VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Gestão (...) ob. cit.*, p. 281, 282.

¹⁶RIBEIRO MENDES, Armindo- *A gestão de negócios no Direito Civil Português*. Lisboa, 1971, pp. 251.

¹⁷VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Gestão (...) ob. cit.*, p. 282.

¹⁸RIBEIRO MENDES, Armindo. *A gestão (...) ob. cit.*, p. 251.

Pereira Coelho defende que não deverá aplicar-se à gestão imprópria de negócios as regras da gestão própria, pois tal fomentaria um enriquecimento sem causa à custa do interventor.¹⁹

Júlio Gomes, pelo contrário, afirma ser contraditório que o legislador tenha reconhecido expressamente ao dono do negócio a faculdade de aprovar a gestão, mesmo quando tinha a consciência da alienidade do negócio, e, simultaneamente a recuse quando este tenha consciência e pretensão de locupletar-se à custa de outrem.²⁰

Através do entendimento de Pereira Coelho e Armindo Ribeiro Mendes, quando o gestor atua em gestão imprópria de negócios, o regime aplicável será o do enriquecimento sem causa, nomeadamente o do art. 480.º do CC, uma vez que não seria justo haver uma restituição de todo o lucro obtido- o lucro da intervenção.²¹

Com entendimento contrário, Antunes Varela apesar de, igualmente, regular a gestão imprópria de negócios através das regras da responsabilidade civil e, subsidiariamente, do enriquecimento sem causa, defende que o gestor de negócios deverá restituir todo o lucro que obteve com a sua conduta ilícita.²²

Menezes Leitão salienta que, o art. 472.º do CC refere-se a uma situação distinta da gestão de negócios, pressupondo a alienidade, ou seja, a falta de consciência da alienidade do negócio por parte do gestor. Sendo que, se o gestor assumir a direção de um negócio alheio, convencido que este lhe pertence, não lhe é, em princípio, aplicável o regime da gestão de negócios, mas sim o do enriquecimento sem causa, ou em caso de culpa poderá lançar-se mão da responsabilidade civil.²³

A verdade é que, a situação descrita no art. 472.º do CC exige uma ingerência na esfera jurídica alheia, sendo que por falta de consciência dessa alienidade a atuação do gestor não aparece dirigida com o objetivo de atribuir a outrem o resultado dos atos que pratica, mas antes pela intenção de os atribuir

¹⁹PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra, Almedina, 2003, pp. 85-91.

²⁰GOMES, Júlio. *O conceito de (...) ob.cit.*, p. 808.

²¹GOMES, Júlio. *O conceito de (...) ob.cit.*, p. 808.

²²ANTUNES VARELA, João. *Das obrigações (...) ob. cit.*, p. 450.

²³MENEZES LEITÃO, Luís. *O enriquecimento sem causa no direito civil- estudo dogmático sobre. Viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Coimbra, Almedina, 2005, pp. 679-683.

a si próprio, defendendo que foi com base nestes factos que o legislador decidiu enquadrar esta situação, não na gestão de negócios, mas sim no enriquecimento sem causa, sendo que “a gestão de negócios alheios julgados próprios, a que se refere o art. 472.º do CC, constitui estruturalmente um caso típico de enriquecimento por intervenção”.²⁴ Contudo, permite-se ao gestor do negócio aprovar a gestão, e nesse sentido chamar diretamente o regime da gestão de negócios, nomeadamente o art.469.º do CC.²⁵ Nestes termos, a lei coloca na disponibilidade do titular do direito a possibilidade de recorrer à gestão de negócios, uma vez que através desta solução se sujeitaria o interventor à obrigação de restituir todos os ganhos obtidos, sem qualquer sujeição aos limites do enriquecimento sem causa. Porém, nesta hipótese terá o titular do direito de reembolsar as despesas e indemnizar o interventor pelo prejuízo sofrido, renunciando ao direito de indemnização por danos devidos a culpa deste.²⁶

Pereira Coelho e Júlio Gomes, apesar de partirem de premissas iguais assumem posições contrárias. Ambos os autores referem que surge uma real dicotomia de interesses, isto é, a solução passaria por escolher entre alguém obter um lucro ilícito ou permitir que alguém receba e conserve um lucro que não fez. De acordo com a posição de Júlio Gomes, com a qual nós concordamos, a escolha da segunda opção seria a mais coerente, “se alguma injustiça tem que existir (...) deveria preferir-se que a injustiça estivesse em permitir que alguém recebesse e conservasse um lucro que não fez, mas que proveio da utilização ilícita do seu património”.²⁷

Decorre do exposto que, a ingerência não autorizada na esfera jurídica alheia tanto pode dar lugar à restituição do lucro pelas regras da gestão própria de negócios, caso tenha havido aprovação pelo dono do negócio (exigindo-se a assunção pelo *dominus* dos encargos inerentes à aprovação da gestão) como, no caso de não haver aprovação do negócio, pelas regras do enriquecimento sem causa.²⁸

²⁴MENEZES LEITÃO, Luís. *O enriquecimento sem causa no direito civil- estudo dogmático sobre. Viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Coimbra, Almedina, 2005, pp. 679-683.

²⁵GOMES, Júlio. *O conceito de enriquecimento (...)* ob. cit., p. 804.

²⁶MENEZES LEITÃO, Luís. *O enriquecimento (...)* ob.cit., pp. 679-683.

²⁷GOMES, Júlio. *O conceito de enriquecimento (...)* ob. cit., p. 796.

²⁸ GOMES, Júlio. *Anotação ao Artigo 472.º do Código Civil*. In BRANDÃO PROENÇA, José (Coord.) - *Comentário ao Código Civil- Direito das Obrigações. Das obrigações em Geral*. Universidade Católica Editora, 2019, pp. 244, 245.

3. Enriquecimento por intervenção

A intervenção ou ingerência de uma pessoa nos bens ou direitos jurídicos alheios traz uma vantagem patrimonial ao autor da intervenção, e a esta vantagem patrimonial a doutrina denomina como lucro por intervenção.²⁹

O lucro por intervenção foi excluído do nosso Código Civil, mas acontece quando alguém, em virtude de uma ingerência no património alheio, obtém um enriquecimento injustificado.³⁰ Verificado esse enriquecimento e não tendo o titular à sua disposição outro meio de ser indemnizado ou restituído coloca-se justamente a questão de lhe poder ser atribuída uma pretensão de restituição desse enriquecimento com fundamento no art. 473.º, n.º 1 do CC.

A explicação dogmática do enriquecimento por intervenção decorre da qualificação do ato de intervenção.³¹ Neste sentido, devem indicar-se a teoria da ilicitude e a teoria do conteúdo da destinação.

Recorrendo a uma síntese de ideias, a teoria da ilicitude defende que o fundamento das pretensões do enriquecimento sem causa reside na ilicitude da intervenção, sendo certo que essa ilicitude sempre resultará de uma aquisição contrária ao direito, identificando-se por isso com a ausência de causa jurídica.³² Na verdade, esta teoria produz conscientemente uma aproximação do enriquecimento por intervenção à responsabilidade civil, configurando-se a restituição do lucro ilícito como uma pretensão de compensação de um ilícito que se aplica independentemente da culpa do agente.³³

Por outro lado, a teoria do conteúdo da destinação assenta na tese de que qualquer direito subjetivo absoluto atribui ao seu titular a exclusividade do gozo e fruição da utilidade económica do bem, sendo que essa exclusividade implica uma ordenação jurídica dos bens, que se vier a ser desrespeitada através da intervenção de outrem permite-lhe intentar uma ação de enriquecimento sem causa.³⁴ O enriquecimento por intervenção teria por objeto a restituição integral do resultado da intervenção, ou seja, a restituição das vantagens resultantes da

²⁹MENEZES LEITÃO, Luís. *O enriquecimento (...)* ob. cit., p. 665.

³⁰ANTUNES VARELA, João. *Direito (...)* ob. cit., p. 471.

³¹MENEZES LEITÃO, Luís. *O enriquecimento (...)* ob. cit., p. 762.

³²MENEZES LEITÃO, Luís. *O enriquecimento (...)* ob. cit., p. 767.

³³MENEZES LEITÃO, Luís. *O enriquecimento (...)* ob. cit., p. 767.

³⁴PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra, Almedina, 2003, pp. 85-91, p. 45.

exploração dos bens ou posições jurídicas alheias.³⁵ A objeção fundamental a mover contra esta doutrina é a de que, esta limita-se a referir que a exploração de uma posição jurídica compete exclusivamente ao seu titular, deixando em aberto a determinação das posições jurídicas em que tal sucede, não fornecendo qualquer critério para essa determinação.³⁶ É, portanto, “uma fórmula vazia, da qual o intérprete pode retirar o que quiser”.³⁷

Doutra banda, é diversa e digna de interesse não menor a problemática da determinação da parte do património do enriquecido que foi alcançada em virtude da utilização ou gozo de bens jurídicos alheios. Neste sentido, urge encontrar a medida da obrigação de restituir, pois só assim conseguiremos determinar se o instituto do enriquecimento sem causa é o mecanismo adequado para justificar a restituição do lucro ilicitamente obtido pelo administrador que se apropriou de oportunidades de negócio societárias.

No direito pátrio, a maioria da doutrina privilegia o conceito de enriquecimento patrimonial. Pereira Coelho, bebendo influência em Von Caemmerer, segue, portanto, a teoria do conteúdo da destinação, defendendo que “não seria justo dar ao titular do direito mais do que o valor objetivo do uso ou dos bens que o interventor consumiu ou alienou, até porque esse valor objetivo é naturalmente influenciado pelas circunstâncias”.³⁸ Leite de Campos, Antunes Varela e Rui de Alarcão seguem as linhas de raciocínio de Wilburg. Isto é, apoiam-se no conceito de bens económicos e defendem que, o enriquecido terá de restituir ao credor aquela parte do enriquecimento que seja, economicamente, imputável aos bens jurídicos alheios.³⁹

Menezes Cordeiro e, posteriormente, Ribeiro de Faria, defendem uma posição inovadora, sustentando a existência de um triplo limite à obrigação de restituição do lucro ilicitamente obtido.⁴⁰ Assim, constituem-se como limites da obrigação de restituir o enriquecimento concreto ou o empobrecimento concreto ou abstrato, consoante aquele que for superior.⁴¹

³⁵PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento (...) ob. cit.*, p. 67.

³⁶PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento (...) ob. cit.*, p. 69,70.

³⁷MENEZES LEITÃO, Luís. *O enriquecimento (...) ob. cit.*, p. 787.

³⁸PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento (...) ob. cit.*, pp. 70-72.

³⁹ LEITE DE CAMPOS, Diogo. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra, Almedina, 2003, p.480; ANTUNES VARELA, João. *Direito (...) ob. cit.*, p. 510. ALARCÃO, Rui- *Direito das Obrigações*. Coimbra, 1983, p. 191.

⁴⁰RIBEIRO DE FARIA, Jorge. *Direito das Obrigações*. Coimbra, Almedina, 1990, p. 408.

⁴¹MENEZES LEITÃO, Luís. *Direito das obrigações*. Vol. II, Coimbra, Almedina, 2018, p. 61.

Júlio Gomes entende que o objeto da obrigação de restituir consiste no enriquecimento real, isto é, o valor da coisa indevidamente apropriada e não as consequências ou reflexos no património do enriquecido.⁴²

Em suma, podemos referir que o elemento central reside na obtenção de um enriquecimento à custa de outrem, havendo que determinar em que posição jurídica o empobrecido se encontra, de que forma a sua posição foi afetada e se esta ingerência determina ou não o surgimento de pretensões de enriquecimento.⁴³

No caso de desvio de oportunidades de negócio, se o lucro alcançado pelo administrador for superior ao dano sofrido pelo lesado, só se poderá lançar mão do instituto do enriquecimento sem causa para restituir esse lucro até ao valor objetivo do bem ou até ao montante do enriquecimento que seja imputável, economicamente, à oportunidade de negócio, consoante a teoria que se seguir. Ficando sempre, quiçá, o administrador com uma parte do lucro, em virtude da sua atuação ilícita.

Causa também estranheza que, na hipótese de a sociedade não sofrer nenhum dano esteja vedado o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa, uma vez que este está limitado pelo enriquecimento e pelo empobrecimento. Mas impõe-se a questão: o empobrecimento corresponde ao conceito de dano da responsabilidade civil? Numa primeira aceção, ao operar a restituição do lucro ilicitamente obtido está-se a reparar um dano, uma perda. Contudo, e seguindo o trilho intelectual de Júlio Gomes, a deslocação patrimonial não pressupõe a identidade exata entre o perdido por um e o obtido por outro.⁴⁴ O conceito de empobrecimento é muito mais amplo do que a conceito de dano. E “não ter presente este pensamento é atrofiar o enriquecimento sem causa e convertê-lo num parente pobre, numa imitação da responsabilidade civil”.⁴⁵ Aliás, sempre se diga que, a restituição fundada no enriquecimento sem causa não visa a reparação de um dano patrimonial do empobrecido, mas sim remover a vantagem injustificada do património do enriquecido.⁴⁶

⁴²GOMES, Júlio. *O conceito de enriquecimento (...)* ob. cit., p. 249.

⁴³ GOMES, Júlio. *O conceito de enriquecimento (...)* ob. cit., p. 249.

⁴⁴GOMES, Júlio. *O conceito de enriquecimento (...)* ob. cit., p. 249.

⁴⁵GOMES, Júlio. *O conceito de enriquecimento (...)* ob. cit., p. 250.

⁴⁶GOMES, Júlio. *Anotação ao Artigo 473.º do Código Civil.* In BRANDÃO PROENÇA, José (Coord.) - *Comentário ao Código Civil- Direito das Obrigações. Das obrigações em Geral.* Universidade Católica Editora, 2019, pp. 246-253.

Podemos, então, considerar que esta obrigação de restituir o lucro ilícito é um complemento da responsabilidade civil? Aplicado a caso *sub judice*, se o administrador agir culposamente poderá considerar-se a restituição do lucro ilícito como um suplemento à responsabilidade civil? De acordo com o *supra* exposto, a obrigação de restituir o lucro ilícito, apesar de poder ser considerada como um complemento da responsabilidade civil, estará sempre limitada pelas balizas que as teorias acima referidas lhe impõem.

No que ao caso de desvio de oportunidades de negócio societárias diz respeito, Carneiro Frada entende que a restituição do lucro ilicitamente obtido se deve fundar no enriquecimento por intervenção, com base na teoria do conteúdo da destinação de certas posições jurídicas, referindo que “há oportunidades de negócio que, se forem desviadas da esfera jurídica à qual estão destinadas, deverão ser restituídas a essa esfera”.⁴⁷

De igual forma, Ana Perestrelo de Oliveira argumenta que, a pretensão do enriquecimento por intervenção é a recuperação de uma vantagem patrimonial obtida pelo interventor, que ocorrerá sempre que, de acordo com a repartição dos bens efetuada pela ordem jurídica, essa vantagem se considerar como pertencente ao titular do direito, afirmando que “se dadas oportunidades de negócio forem desviadas da esfera jurídica a que pertencem, devem a ela ser restituídas”.⁴⁸ Já Nuno Trigo dos Reis admite uma obrigação de restituição agravada em resultado da violação de deveres de lealdade, que implicará a restituição de todos os ganhos obtidos.⁴⁹

Não podemos, contudo, de deixar de referir, neste capítulo, a solução proposta por Brandão Proença que, segundo este autor “não sendo possível defender para o direito civil o reconhecimento pela responsabilidade contratual e extracontratual de uma indemnização que abarque o lucro obtido, a sua restituição ao lesado, a título exemplar, só poderá ser conseguida através de

⁴⁷MENEZES CORDEIRO, António. *Código das Sociedades Comerciais Anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais*. 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 587.

⁴⁸OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Grupos de sociedades e deveres de lealdade – Deveres de lealdade na formação e integração no grupo - Por um Critério Unitário de Solução do Conflito do Grupo*. Coimbra, Almedina, 2012, p. 550.

⁴⁹REIS, Nuno Trigo dos. *Os Deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*. In *Temas de direito comercial, Cadernos O Direito* n.º 4, (2009), p. 391.

uma interpretação/integração teleológica da solução agravadora prevista no art.480.ºdo CC”.⁵⁰

Do exposto afere-se a incerteza e a dificuldade em determinar o objeto da obrigação de restituição do enriquecimento sem causa, o que torna o instituto pouco apetecível.

4. A função preventivo-punitiva da Responsabilidade Civil

No nosso ordenamento jurídico o montante da indemnização está limitado pelo dano materialmente sofrido. Calejou-se a ideia de que a responsabilidade civil assume uma função meramente reparatória, isto é, o lesado deve ser colocado na mesma situação em que estava antes de ter ocorrido a lesão, não podendo este adquirir nenhum lucro com a indemnização.⁵¹ Mas a verdade é que, não podemos encarar esta teoria como um dogma imutável. Questionamos: a responsabilidade civil não poderá também, entre nós, desempenhar uma função preventivo-punitiva?⁵²

Há autores que, reconhecem à responsabilidade civil uma finalidade sancionatória ou punitiva, contudo, apenas de natureza secundária e subordinada à primordial finalidade reparatória.⁵³ Mas a natureza punitiva da responsabilidade civil não poderá ser reconhecida com maior amplitude?

É neste debate que se tem inserido a problemática da restituição do lucro que, sendo considerado como um efeito da responsabilidade civil, põe em causa a sua função meramente ressarcitória, “desconfigurando” e “descaracterizando” o instituto da responsabilidade civil.^{54,55}

⁵⁰BRANDÃO PROENÇA, José. *À volta da natureza subsidiária da obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa. In CDP*, n.º 50 (2015), p. 16.

⁵¹Pinto Monteiro acha que este entendimento é paradoxal. Cf. PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula Penal e indemnização*. Coimbra, Almedina, 1999, p. 651.

⁵²Seguindo o pensamento de TRIMARCH, não há qualquer razão para renunciar radicalmente utilizar a responsabilidade civil com um escopo preventivo. “A função preventiva e punitiva da responsabilidade civil é a base justificativa para a transferência do dano de quem o sofre para quem o repara”. GOMES, Júlio. *O conceito de enriquecimento (...) ob. cit.*, p. 794.

⁵³PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre a responsabilidade civil*. (reimpressão da edição de 1968), Coimbra, Almedina, 1995, p. 51.

⁵⁴GOMES, Júlio. *O conceito de enriquecimento (...) ob. cit.*, p. 794.

⁵⁵Concordamos com a linha de raciocínio de Henrique de Sousa Antunes e, igualmente, questionamos se não seria mais fácil se o conceito de dano patrimonial fosse repensado e em vez de se cingir à diminuição do património do lesado também tivesse em consideração o lucro resultante da conduta do lesante. Em boa verdade, assim a plena reconstituição ocorreria quando o lesado obtivesse a totalidade do lucro obtido pelo lesante. SOUSA ANTUNES, Henrique de. *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual- A sua Legitimação pelo Dano*. Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 208.

A função meramente reparadora da responsabilidade civil mostrou-se suficiente durante um larguíssimo período de tempo, mas a realidade económico-social sofreu alterações profundas. Hoje, esta conceção já não é satisfatória, não havendo qualquer razão para renunciar radicalmente do escopo preventivo-punitivo deste instituto.

Desde a lei dos Hititas que a figura dos *punitive damages* tem vindo a ser aceite.⁵⁶ Apesar de no ordenamento jurídico anglo-saxónico haver alguns autores que consideram os *punitive damages* como “uma heresia, um tumor feio e doente que mais não faz do que deformar a simetria do corpo da lei”, a verdade é que a maior parte da doutrina os reconhece e aceita.⁵⁷

Os “danos punitivos”⁵⁸ encontram vários fundamentos e podem ser definidos como o poder que recai sobre um tribunal de, numa ação de responsabilidade civil, condenar o lesante ao pagamento de uma indemnização superior ao dano sofrido pelo lesado, em virtude da sua conduta ilícita.⁵⁹ Desta forma, possibilitam a concretização da função punitiva da responsabilidade civil e assumem-se como uma pena privada enquanto tutela complementar ao modelo reparatório.⁶⁰ Não podemos deixar de ter em consideração que a pena privada desencoraja a apropriação ilícita dos bens alheios e espelha a ideia de que não é irrelevante optar pela via do lícito ou do ilícito.⁶¹

Mas poderão aplicar-se os *punitive damages* aos casos de responsabilidade civil contratual? Isto é, faz sentido que o lesante, a par da obrigação de indemnização por incumprimento contratual, seja condenado à restituição dos lucros obtidos em virtude dessa violação? A pertinência da questão impõe-se uma vez que é a violação, pelo administrador, dos deveres gerais de lealdade que funda o dever de indemnização do administrador.

⁵⁶GOMES, Júlio. *O conceito de enriquecimento (...)* ob. cit., p. 736.

⁵⁷POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: an economic analysis*. In *Harvard Law Review*, Vol. 111, n.º 4, (Fevereiro de 1998).

⁵⁸Tradução literal adotada por Júlio Gomes. GOMES, Júlio. *Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?*. In *RDE*, Coimbra, ano 15, (1989), pp. 105-144.

⁵⁹MONTEIRO GUIMARÃES, Patrícia Carla. *Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil*. In *Direito e Justiça*, vol. 15.1 (2001), pp. 159-206.

⁶⁰SOUSA ANTUNES, Henrique de. *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual- A sua Legitimação pelo Dano*. Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 211.

⁶¹SOUSA ANTUNES, Henrique de. *Da Inclusão (...)* ob. cit., p. 229.

Há autores que negam a sua aplicação, mas a verdade é que o princípio segundo o qual ninguém deve enriquecer injustificadamente à custa alheia deverá operar também no âmbito da execução de um contrato.⁶²

Júlio Gomes parece negar a extensão dos *punitive damages* aos casos de responsabilidade contratual. Este autor defende que a função preventivo-punitiva que é atribuída à obrigação de restituição do lucro indevido assume-se de maior importância no âmbito da responsabilidade aquiliana. Argumenta que para além da perigosidade da conduta ser menor na responsabilidade contratual, existem, nesse âmbito, outros meios de dissuadir e punir a prática de factos ilícitos danosos, nomeadamente, através da inclusão de cláusulas penais. Argumenta este autor que “o grau de proteção que cada uma das partes tem é o grau de proteção que cada uma deseja ter, e que teve o cuidado de assegurar para si própria, no contrato”.⁶³ Contudo, em todo o caso, e apenas porque os métodos tradicionais de cálculo do dano não garantem a sua reparação integral, aceita este autor a figura dos *punitive damages* no plano da responsabilidade contratual.

A atribuição de um montante punitivo no âmbito da responsabilidade contratual parece-nos que deve ser admitida. Estando perante um tipo de responsabilidade subjetiva em que, nos termos do art. 799.º do CC a culpa se presume e tendo em conta que a finalidade dos danos punitivos é castigar o lesante que atuou com culpa, não almejamos por que motivo se deverá restringir a aplicação dos *punitive damages* à responsabilidade aquiliana.

Também no âmbito da responsabilidade contratual a possibilidade de atribuição de montantes punitivos tem um efeito dissuasor, sendo que “no direito privado português são em número apreciável as sanções de comportamentos

⁶²Veja-se o que se escreveu no ac. do STJ de 25/02/2014 (Proc. N.º 287/10.0 TBMIR. S1): “mas esta função punitiva é muito importante também na responsabilidade contratual, na área do direito das empresas e dos negócios. (...)A repressão destes comportamentos assume um interesse público, em relação ao qual o instituto da responsabilidade civil não pode ficar indiferente, sob pena de estar em causa o respeito dos cidadãos pela ordem jurídica e a sua confiança nos tribunais. Estas alterações sociológicas e económicas impõem que a responsabilidade civil assuma, neste contexto, uma finalidade sancionatória ou punitiva, reconhecendo-se que a violação de direitos ou interesses legalmente protegidos não atinge só o titular ofendido, causando-lhe danos, mas pode revelar, também, uma extrema danosidade social”.

⁶³ GOMES, Júlio. O conceito de enriquecimento (...) *ob.cit.*, p. 249.

ilícitos contratuais e extracontratuais que excedem a mera indemnização por equivalente dos danos sofridos”.⁶⁴

No que à restituição dos lucros obtidos com a prática de um facto ilícito diz respeito, enquanto no direito português nada se previu, no direito anglo-saxónico estabeleceu-se uma obrigação decorrente da violação de relações fiduciárias. O agente que atua no seu próprio interesse e numa situação de conflito de interesses, violando o dever de lealdade, é obrigado a restituir todo o lucro obtido. Nestes moldes, tendem a aceitar-se os *restitutionary damages* ou os *disgorgement damages*.⁶⁵ E é evidente a função preventiva deste dever de restituição que, afasta outros titulares de posições de confiança de qualquer conduta suscetível de pôr em risco os interesses da sociedade.

No sistema anglo-saxónico, o que motiva a restituição do lucro ilicitamente obtido é a existência de um *wrong*.⁶⁶ Sendo que, o conceito de *wrong* não encontra correspondência no conceito português, sendo um conceito mais amplo do que o conceito de facto ilícito, abrangendo também as situações de violação de um contrato e a quebra de confiança.⁶⁷ Portanto, os *restitutionary damages* e os *dirgorgements* dizem respeito à consequência pecuniária da entrega pelo agente do lucro que resultou do *wrong*.⁶⁸

Neste ordenamento jurídico, duas são as regras fulcrais. A primeira é de que a parte de uma relação fiduciária nunca se deverá colocar numa posição em que o seu interesse pessoal se sobreponha ao seu dever fiduciário, a segunda é que muito menos deverá o titular de um dever fiduciário retirar qualquer lucro pessoal, sem o conhecimento e consentimento do principal. Por isso se estabeleceu que, a partir do momento em que existe um lucro resultante da violação da relação de confiança, este deve ser restituído, mesmo que o principal não pudesse, por si próprio obter tal lucro. Os *diretores* a quem foi confiada a responsabilidade de gerir a sociedade devem proteger os interesses desta e

⁶⁴SOUSA ANTUNES, Henrique de. *Da Inclusão (...)* ob. cit., p. 552.

⁶⁵JONES, Gareth. *Restitution in Public and Private Law*. In *The Nambyar Lectures*, London e Bombay, 1991, p. 60.

⁶⁶BIRKS, Peter. *Property in the profits of wrongdoing*. In *University of Western Australia Law Review*, Vol.24, n. 08, (1994), pp. 9-16.

⁶⁷JAFFEY, Peter. *Restitutionary damages and disgorgement*. In *The restitution law review*, Vol. III, (1995), p. 30.

⁶⁸Há, em Inglaterra, uma grande controvérsia em torno da questão de determinar em que situações o dever de restituição deve ser imposto.

efetivamente servir como *trustees* para os *stockholders* com respeito aos interesses destes na corporação.⁶⁹ Assim, esta solução não só tem em mira a compensação do dano, mas também a prevenção e punição do facto ilícito.

Ora, tal como já foi oportunamente referido, os deveres de lealdade e de cuidado são, em Portugal, comumente entendidos como deveres fiduciários ligados à boa fé.⁷⁰ Pela semelhança de figuras, cumpre aqui fazer um paralelismo aos casos em que os administradores se apropriaram de oportunidades de negócio societárias, uma vez que esta atuação ilícita mais não é do que o abuso de uma posição de confiança, tal como é configurada nas relações fiduciárias.

Nestes casos, podemos também nós impor tal obrigação? Na verdade, e mais uma vez, afirmamos que a função punitiva da responsabilidade civil constitui o suporte da atribuição ao lesado do lucro obtido pelo agente. E esta restituição do lucro mais não é do que a retirada do lucro do património do lesante para a esfera jurídica do lesado.

Muitos autores argumentam que com esta solução o lesado adquire uma vantagem, mas a verdade é que caso assim não seja, será o lesante a adquirir essa vantagem, e tal é manifestamente injusto. Cremos, portanto, que será mais aceitável permitir que o lesado obtenha uma vantagem, do que fomentar a atuação ilícita do lesante. Permitir que o lesante conserve um lucro que, ilicitamente, obteve é efetivar a expressão de que o lucro compensa.

Admitindo a função punitiva da responsabilidade civil nada impede que o administrador seja condenado a restituir ao lesado todo o lucro que com a conduta ilícita obteve, como punição pela sua culpa.⁷¹ Sendo que, o desproporcionado enriquecimento do lesado, *in casu* da sociedade, sempre poderá ser ultrapassado se o lucro for repartido, por exemplo, entre o lesado e o Estado.⁷² Isto é, será defensável, se aceitarmos esta solução, criar um fundo de garantia que tenha por objetivo suportar os montantes indemnizatórios a pagar

⁶⁹LAFFERTY, W. M.; SCHMIDT, L. A.; WOLFE, D. J. *A Brief Introduction to the Fiduciary Duties of Directors Under Delaware Law*. In *Penn State Law Review*, Vol. 116:3, (2012), p. 841.

⁷⁰CÂMARA, Paulo. *O governo das sociedades e os deveres fiduciários*. In RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). *Jornadas- Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*. Coimbra, Almedina, 2007, p. 167.

⁷¹MEIRA LOURENÇO, Paula. *Os danos punitivos*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLIII, no 2, (2002), pp. 1095-1101.

⁷²MEIRA LOURENÇO, Paula. *Os danos (...) ob. cit.*, p. 1095-110.

aos lesados, sempre que o lesante não disponha nem de meios nem de bens para fazer face à indemnização.⁷³

Contudo, não nos podemos olvidar que também com esta solução algumas questões se impõem esclarecer.

Desde logo questionamos por que motivo devemos defender uma solução que passa pela atribuição de uma indemnização cujo montante é, muitas vezes, superior ao dano? Nos dias que correm, cada vez mais nos deparamos com atuações parasitárias de agentes que pretendem retirar lucros das suas atuações ilícitas, culposas e danosas, pelo que este montante punitivo, que se revela superior ao dano, permite ao lesado “prevenir as ofensas e reprimir o mal” que lhe foi causado.⁷⁴ Contudo, concordamos com Sousa Antunes quando refere que “a superação do limite constituído pelo proveito ilícido é tão só recebida quando em face da gravidade do comportamento do agente se afigure adequada a previsão de um efeito punitivo da responsabilidade civil”.⁷⁵ Isto é, aquando do cálculo deste montante punitivo, sempre deverá relevar, *primo*, o lucro, *secundo*, o grau de culpa do agente⁷⁶ e *tertio*, a gravidade da conduta ilícita.

Ora, para existir responsabilidade civil importará saber se o desvio de oportunidades de negócio implicou a lesão de uma situação jurídica subjetiva e a produção de danos. Então, como provaria a sociedade a existência de um dano? Como afirma Paula Meira Lourenço, esta questão deverá ser solucionada com recurso ao conceito de dano presumido, isto é, à sociedade bastaria provar que o ato ilícito do administrador permitiu ou potenciou um benefício que este não obteria sem a prática desse ato.⁷⁷ Acrescendo a tal facto que seria possível, neste caso, pelo menos duas formas de cálculo do dano: o valor do lucro obtido e o os lucros cessantes.⁷⁸

E se a sociedade não conseguir provar os lucros cessantes? Concordando com a conceção de Júlio Gomes, não se poderá fazer tábua rasa

⁷³MEIRA LOURENÇO, Paula. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 249-315.

⁷⁴MENEZES CORDEIRO, António. *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa, Lex, 1997.

⁷⁵SOSA ANTUNES, Henrique de. *Da Inclusão (...)* *ob. cit.*, p. 210.

⁷⁶Perfilhamos o entendimento de que, se no art. 494.º do CC o legislador permite reduzir o montante indemnizatório com fundamento na culpa leve do agente, também deverá ser admitido o aumento deste montante face à culpa grave do agente.

⁷⁷MEIRA LOURENÇO, Paula. *A função (...)* *ob. cit.*, p. 406.

⁷⁸MEIRA LOURENÇO, Paula. *A função (...)* *ob. cit.*, p. 409.

do dano que representa para o proprietário de um bem a sua utilização não autorizada. Indemnizar o dano tendo em conta apenas o valor de mercado da utilização do bem equivale a uma venda forçada, a uma expropriação por força da lei por um particular que não tem legitimidade para impor tal expropriação.⁷⁹ Portanto, a restituição do lucro como consequência da utilização de um bem, sem a autorização do seu titular, corresponde a uma conceção dos direitos segundo a qual estes não se esgotam na mera possibilidade de excluir outros de um domínio reservado, mas atribuem ao seu titular um conteúdo positivo, a destinação de um bem, sendo que o princípio de que ninguém poderá enriquecer através de uma conduta ilícita é transversal a todas as áreas do direito.⁸⁰

Neste âmbito, assume particular interesse a perspetiva de Henrique de Sousa Antunes da qual resulta que, o cálculo da indemnização punitiva deverá emergir do conceito de dano. Este autor propõe uma revisão do conceito de dano não patrimonial, de forma a que este abarque o desequilíbrio patrimonial com expressão económica na esfera do lesante, permitindo ao lesado resgatar o lucro.⁸¹ Neste modelo, o lucro ilícito, para além de constituir um critério de quantificação do dano, constitui, ele mesmo, um dano autónomo ou uma lesão. Assim, para este Autor a satisfação do lesado não assume um escopo punitivo principal, e por isso não se deverá falar em *punitive damages*, mas sim um efeito punitivo secundário, relacionado com a conduta do lesado.⁸²

Para muitos autores a responsabilidade civil apresenta-se como geradora da obrigação de reparar um dano e não de restituir o lucro ilicitamente obtido e por esse motivo se tem recorrido à figura do enriquecimento sem causa para solucionar o problema da restituição do lucro ilícito.

A responsabilidade civil, tal como está enraizada no nosso sistema, revela-se impotente, uma vez que, na maior parte dos casos, o lucro derivado do facto ilícito é superior ao dano real provocado, ou não há sequer um dano.

⁷⁹GOMES, Júlio- *O conceito de enriquecimento (...)* ob. cit., p. 249.

⁸⁰CARNEIRO DA FRADA, Manuel. *Direito Civil: responsabilidade civil: o método do caso*. Coimbra, Almedina, 2006, p. 68.

⁸¹SOUSA ANTUNES, Henrique de. *Das funções Reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil extracontratual*. Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso. In *O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspetivas*, Coimbra, Almedina, (2017), pp. 489, 504.

⁸²SOUSA ANTUNES, Henrique de. *Das funções (...)* ob. cit., pp. 489-504.

A função punitiva tem vindo a ser negada, mas o processo evolutivo do instituto da responsabilidade civil exige a sua transformação.^{83,84} Sendo certo que, no plano do direito comparado, a inclusão do resgate do lucro ilícito entre os efeitos da responsabilidade civil tem vindo a ganhar, paulatinamente, adesão.^{85,86,87}

Chegados a esta fase, *de iure condendo*, parece ser bastante óbvio que a restituição dos lucros terá que ter resposta à luz da responsabilidade civil. Contudo, sempre terá que se considerar a forma da ingerência na esfera jurídica alheia, o direito afetado, o grau de culpa do agente, o dano sofrido e à eficiência da reparação desse dano.

Conclusão

Nos dias de hoje, cada vez mais nos deparamos com situações nas quais os administradores usam e abusam da sua especial posição.

O dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias é um corolário do dever de lealdade, e impõe que, quando haja uma oportunidade de negócio da sociedade, o administrador se abstenha de retirar dela qualquer benefício, para si ou para terceiro.

Ao se apropriar de uma oportunidade de negócio societária o administrador está a violar o dever de lealdade, pelo que poderá ser destituído e

⁸³Vejam-se os *Principles of European Tort Law* que têm como principal objetivo o desenvolvimento e harmonização das normas sobre responsabilidade civil na Europa. ALPA, Guido. *Principles of European Tort Law: A critical View from the Outside*. In *European Business Law Review*, vol.16, nº5, (2005), p. 960.

⁸⁴A Diretiva 2004/48/CE, de 9 de abril (doravante designada por Diretiva) veio dar um novo impulso à responsabilidade civil, neste âmbito. A maior inovação trazida pela Diretiva consta no art.13º/1-al.a) trazendo como elemento a atender, além dos danos emergentes e dos lucros cessantes, “quaisquer lucros indevidos obtidos pelo infrator”. Note-se que, o ordenamento jurídico português acolheu esta solução no art.211º do CDADC e no art. 347º do DL nº 110/2018, de 10 de Dezembro. LOPES ROCHA, Manuel. *Tribunal da Propriedade Intelectual*. Coimbra, Almedina, 2012, p. 78.; MENEZES LEITÃO, Adelaide. *A tutela dos Direitos de Propriedade Intelectual na Diretiva 2004/48/CE*. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu nascimento*, Coimbra, Coimbra Editora, (2006), p. 44.

⁸⁵Nos DCFR associa-se à responsabilidade civil o dever de restituição das vantagens patrimoniais indevidamente obtidas. Cf. GILIKER, Paula. *European Tort Law: Five Key Questions for Debate*. In *European Review of Private Law*, vol. 17, nº3, (2009), p. 286.

⁸⁶No art.1266.º do Anteprojecto Francês de reforma da responsabilidade civil, o legislador previu uma *multa civil (amende civile)* proporcional à gravidade da conduta do lesante, aos poderes contributivos do lesante ou ao lucro obtido por este.

⁸⁷No Código Civil holandês, pela prática de um facto danoso contratual ou extracontratual, dá-se a possibilidade ao Tribunal de fixar uma indemnização de valor correspondente à totalidade/parte do lucro obtido pelo lesante. Cf. SOUSA ANTUNES, Henrique de. *Das funções (...) ob. cit.*, p. 175.

obrigado a indemnizar a sociedade nos termos dos arts. 72.^o e seguintes do CSC. Acontece que, grande parte da doutrina tem aplicado, por analogia, a sanção prevista no art. 180.^o, n.^o 2 do CSC. Através da aplicação desta norma o administrador poderá ser obrigado a indemnizar a sociedade ou a transferir o negócio para a sociedade e cumulativamente restituir todos os lucros que, ilicitamente, obteve.

O nó da questão é precisamente o de saber a que título, no direito português, se poderia obrigar o administrador a restituir à sociedade todos os lucros que obteve em virtude da apropriação de uma oportunidade de negócio que pertencia à sociedade. Por esse motivo, uma vez que não há ainda nenhum princípio autónomo, foi necessário escrutinar vários institutos do direito civil.

Concluimos, de *iure condito*, que a responsabilidade civil não poderá justificar a restituição global dos lucros, uma vez que esta assume, principalmente, a função ressarcitória, estando limitada pelo dano e nestes casos o lucro será, quase sempre, superior ao dano sofrido (ou poderá nem existir qualquer dano). Sugere, então, a doutrina que a solução passe pela aplicação do instituto da responsabilidade civil apenas até ao limite do dano concretamente sofrido pela sociedade. Mesmo assim, perfilhamos o entendimento que esta solução não é ideal, uma vez que o lesante manterá uma parcela do lucro que, ilicitamente, obteve e o lucro não pode compensar e muito menos incentivar atuações ilícitas. Afigura-se, portanto, necessário fazer apelo a um valor superior de justiça. Não será pertinente começar a romper caminho para uma renovação profunda das funções deste instituto? Caso seja um passo demasiado largo para os civilistas admitir uma função punitiva da responsabilidade civil, sempre será de ponderar solução apresentada por Henrique de Sousa Antunes, merecendo acolhimento a tese que inclui o lucro ilicitamente obtido no conceito de danos não patrimoniais, operando assim uma reconstituição natural.

Invoca, no entanto, a doutrina que a solução sempre estará acautelada pelo recurso ao enriquecimento sem causa, mormente o enriquecimento por intervenção. Mesmo que assim fosse, não devemos perder de vista que também neste instituto encontramos alguns entraves, nomeadamente quanto à medida da obrigação de restituição. Assumindo que a solução passava pela aplicação deste instituto, segundo os caminhos traçados pela doutrina, o administrador teria que restituir à sociedade o lucro da intervenção até ao limite do dano sofrido

por esta, ou seja, o valor objetivo do uso dos bens objeto da intervenção. Neste sentido, também os interesses da sociedade não seriam totalmente tutelados, uma vez que o instituto do enriquecimento sem causa não fundamenta a obrigação de entrega de todo o lucro obtido.

Na carência de uma doutrina que adequadamente respondesse às necessidades da sociedade, alguns autores fundamentam a restituição dos lucros no instituto da gestão imprópria de negócios. Contudo não podemos deixar de referir que, os princípios relativos à gestão imprópria de negócios parecem, por dois motivos, inadequados. Primeiro, porque a sua construção é forçada, depois porque a aplicação dos princípios da gestão de negócios iria requerer a intencionalidade da intervenção.

Deixarei, então, duas conclusões. Em primeiro lugar, é certo que a solução prevista no art. 180.º, n.º 2 do CSC se assemelha a um verdadeiro *disgorgement*, onde está bem patente o seu escopo punitivo, pois com base na aplicação daquela norma a sociedade receberá um montante muito superior ao dano que o administrador, efetivamente, causou. Reafirma, portanto, esta norma que, nenhum sócio ou administrador pode beneficiar de um ato desleal. Em segundo lugar, e porque a investigação nos levou a desembocar na problemática geral da restituição do lucro ilicitamente obtido, que se encontra sem uma solução no nosso ordenamento jurídico, sempre será de referir que, apesar de nenhum dos institutos sobre os quais nos debruçámos solucionar por completo o problema, perfilhamos o entendimento de que caberá à gestão imprópria de negócios justificar a restituição total dos lucros.

Como os resultados a que se chega por cada uma destas vias se revela insuficiente, de *iure condendo*, e porque a discussão à volta do art. 180.º, n.º 2 do CSC reacendeu o debate sobre a restituição do lucro ilicitamente obtido, cremos que será necessário repensar a função punitiva da responsabilidade civil, pois só assim este instituto terá capacidade para lidar com situações em que, através de uma conduta desleal e ilícita, o lesante adquire lucros.

O instituto da responsabilidade civil não pode parar no tempo, tem que se adaptar às novas realidades. “As mudanças nas relações sociais são aquilo que faz o pensamento dos juristas mudar”. Urge, portanto, repensar os limites e as funções da responsabilidade civil, uma vez que tal como está configurada não consegue assegurar uma justa punição do lesante.

No caso concreto subjacente à presente dissertação, cremos que o caminho passará por criar uma norma que estabeleça uma solução semelhante aos *disgorgements*. Isto é, propomos a criação de uma norma que estabeleça que, quando os titulares dos órgãos de gestão violarem os deveres de lealdade a que estão adstritos, estes sejam obrigados a restituir à sociedade todo o lucro que obtiveram em função da sua conduta ilícita. Acreditamos, assim, que com uma norma desta ordem se conseguiriam evitar atuações ilícitas baseadas num critério de pura racionalidade económica, por parte dos gerentes ou administradores.

Por esse motivo, afirmamos que o trajeto necessário em busca de uma solução que tutele completamente os interesses da sociedade não passará por afirmar a ilegitimidade ou a inutilidade do esforço teórico no que à função punitiva da responsabilidade civil ou aos *disgorgements* diz respeito, mas “desentranhar da realidade aparentemente desordenada, novos princípios com os quais se construa uma nova realidade”.⁸⁸

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÃO, Rui. *Direito das Obrigações*. Coimbra, 1983.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de- *Direito das obrigações*. 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2013.

ALPA, Guido. *Principles of European Tort Law: A critical View from the Outside*. In *European Business Law Review*, Vol.16, nº5, (2005), pp. 957-974.

AMORIM, Mafalda dos Santos. *O dever de lealdade dos administradores e o desvio de oportunidades de negócio societária*. In RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.) - *Questões de Tutela dos credores e de sócios das Sociedades Comerciais*. Coimbra, Almedina, 2013, pp.69-107.

ANTUNES VARELA, João. *Direito das Obrigações*. 10.^a ed., Vol.I, Coimbra, Almedina, 2015.

BERNAL, Luís. *El Deber De Lealtad Y Los Conflictos De Intereses De Los Administradores De Sociedades*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Mercantil, 2017.

BIRKS, Peter. *Property in the profits of wrongdoing*. In *University of Western Australia Law Review*, Vol.24, n. °8, (1994), pp.9-16.

⁸⁸SARAIVA, José Hermano de - *O problema (...) ob.cit.*, p.83.

- BIRKS, Peter. *Rights, Wrongs, and Remedies*. In *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 20, No. 1 (Spring, 2000), pp.1-37.
- BRANDÃO PROENÇA, Catarina. *Da apreciação da culpa do gestor de negócios*. In *Revista De Ciências Empresariais E Jurídicas*, vol.19, (2011), pp.27- 61.
- BRANDÃO PROENÇA, José. *À volta da natureza subsidiária da obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa*. In *CDP*, n.º 50 (2015), pp.3-21.
- BRANDÃO PROENÇA, José (Coord.). *Comentário ao Código Civil- Direito das Obrigações. Das obrigações em Geral*. Universidade Católica Editora, 2019.
- BRITO CORREIA, Luís. *Os administradores de sociedades anónimas*. Coimbra, Almedina, 1993.
- CÂMARA, Paulo. *O governo das sociedades e os deveres fiduciários*. In RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.) - *Jornadas- Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*. Coimbra, Almedina, 2007, pp.163-179.
- CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra, Almedina, 2003.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel. *Direito Civil: responsabilidade civil: o método do caso*. Coimbra, Almedina, 2006.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel; GONÇALVES, Diogo Costa. *A acção ut singuli (de responsabilidade civil) e a relação do Direito Cooperativo com o Direito das Sociedades Comerciais*. In *RDS*, Ano I, n.º 4, (2009), pp.885-922.
- CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Doutrina das Oportunidades Societárias (COD), Parte I: Introdução-Direito Estadunidense- Direito Inglês*. In *RDS*, Ano V, n.º 3 (2013), pp.603-632.
- CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Doutrina das Oportunidades Societárias (COD). Parte II: Direito Português*. In *RDS*, Ano V, n.4, Almedina, (2013), pp.741-778.
- COUTINHO DE ABREU- Jorge Manuel- *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*. In *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Almedina, (Março de 2007), pp.15-47.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*. 2.ª ed. IDET, Cadernos n.º5, Coimbra, Almedina, 2010.
- DOYLE, Sam; WRIGHT, David. *Restitutionary Damages - The Unnecessary Remedy?*. In *Melbourne University Law Review*, (2001), pp.1-23.
- DUARTE RODRIGUES, I..*A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas- Organização e Estatuto dos Administradores*. Lisboa, Petrony, 1990.
- ENNECCERUS, Ludwing; KIPP, Theodor; WOLF, Martin.*Tratado de Derecho Civil (Traducción Española)*. 3.ª edição, Vol. II, Tomo II, 2ª parte, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1966.
- FERREIRA, Joana. *O desvio de oportunidades de negócio e a responsabilização do administrador pela apropriação indevida de oportunidade de negócio societária*. Tese de Mestrado, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2018.

FRANKEL, Tamar. *Fiduciary duties, The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Stockton Press, New York, (1998), pp.438-445.

GILIKER, Paula. *European Tort Law: Five Key Questions for Debate*. In *European Review of Private Law*, vol. 17 nº3, (2009), pp.285-304.

GOMES, Júlio. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa., 1998.

GOMES, Júlio. *A gestão de negócios- um instituto jurídico numa encruzilhada*. Coimbra, Almedina, 1993.

GOMES, Júlio. *Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?*. In *RDE*, Coimbra, ano 15, (1989), pp.105-144.

JAFFEY, Peter. *Restitutionary damages and disgourgement*. In *The restitution law review*, Vol. III, (1995), pp.30-48.

JONES, Gareth. *Restitution in Public and Private Law*. In *The Nambyar Lectures*, London e Bombay, 1991.

LAFFERTY, W. M; SCHMIDT, L. A.; WOLFE, D. J- *A Brief Introduction to the Fiduciary Duties of Directors Under Delaware Law*. In *Penn State Law Review*, Vol. 11, 6:3, (2012), pp.838-873.

LOPES ROCHA, Manuel. *Tribunal da Propriedade Intelectual*. Coimbra, Almedina, 2012.

MEIRA LOURENÇO, Paula. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

MEIRA LOURENÇO, Paula. *Os danos punitivos*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLIII, no 2, (2002), pp.1019-1111.

MENEZES CORDEIRO, António. *A lealdade no direito das sociedades*. In *ROA*, Vol. III, Ano 66, (2006), pp.1033-1065.

MENEZES CORDEIRO, António. *Manual de Direito das Sociedades I- das sociedades em geral*. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António. *Parte Geral-Direito das Sociedades I*. 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2011.

MENEZES CORDEIRO, António. *Código das Sociedades Comerciais Anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais*. 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da pós eficácia das obrigações*. In *separata de Estudos em honra do Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira*, Lisboa, 1984.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa, Lex, 1997.

MENEZES LEITÃO, Adelaide. *A tutela dos Direitos de Propriedade Intelectual na Diretiva 2004/48/CE*. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu nascimento, Coimbra, Coimbra Editora, (2006).

MENEZES LEITÃO, Luís. *O enriquecimento sem causa no código civil de 1966*. In Comemorações dos 35 anos do código civil dos 25 anos da reforma de 1977, vol. III, Coimbra, 1977.

MENEZES LEITÃO, Luís. *Comentário ao acórdão de 8 de novembro de 1990*. In ROA, Vol. III, ano 51, (Dezembro de 1991), pp.751-767.

MENEZES LEITÃO, Luís. *Direito das obrigações*. Vol. II, Coimbra, Almedina, 2018.

MENEZES LEITÃO, Luís. *O enriquecimento sem causa no direito civil- estudo dogmático sobre. Viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Coimbra, Almedina, 2005.

MONTEIRO GUIMARÃES, Patrícia Carla. *Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil*. In Direito e Justiça, vol. 15.1 (2001), pp.159-206.

NUNES, Pedro Caetano. *Corporate Governance*. 1.^a ed., Coimbra, Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Grupos de sociedades e deveres de lealdade – Deveres de lealdade na formação e integração no grupo - Por um Critério Unitário de Solução do Conflito do Grupo*. Coimbra, Almedina, 2012.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra, Almedina, 2003.

PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre a responsabilidade civil*. (reimpressão da edição de 1968), Coimbra, Almedina, 1995.

PESSOA JORGE, Fernando. *O Mandato sem Representação*. Coimbra. Almedina, 2001.

PINTO DE OLIVEIRA, Nuno. *Princípios de Direito dos Contratos*. Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

PINTO FURTADO, Jorge. *Código Comercial Anotado*. Volume II, Tomo I, Coimbra, Almedina, 1979.

PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula Penal e indemnização*. Coimbra, Almedina, 1999.

PIRES DE LIMA, Fernando; ANTUNES VARELA, João. *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4^a edição revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: an economic analysis*. In Harvard Law Review, Vol. 111, n. 04, (Fevereiro 1998), pp. 870-962.

REIS, Nuno Trigo dos. *Os Deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*. In Temas de direito comercial, Cadernos O Direito n.º 4, (2009), pp.279-419.

RIBEIRO MENDES, Armindo. *A gestão de negócios no Direito Civil Português*. Lisboa, 1971.

RIBEIRO, Maria De Fátima. *A Função da acção social «ut singuli» e a sua subsidiariedade*. In DSR, vol. VI, (2011), pp.153-188.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Coimbra, Almedina, 2012.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiro, oportunidades de negócio societárias*. In Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, n.º 20, (2011), pp.23-59.

RODRIGUES BASTOS, Jacinto. *Notas ao Código Civil*. Vol. II, edição de 1988, Almedina, 1988.

SARAIVA, José Hermano de. *O problema do contrato*. Jornal do Fôro, Lisboa, 1949.

SOARES DA SILVA, João. *Responsabilidade civil dos administradores da sociedade: os deveres gerais de corporate governante*. In ROA, Vol. II, Ano 57, Lisboa, (1997), pp.605-628.

SOUSA ANTUNES, Henrique de. *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual- A sua Legitimação pelo Dano*. Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

SOUSA ANTUNES, Henrique de. *Das funções Reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil extracontratual*. Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso. In O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspectivas, Coimbra, Almedina, (2017), pp.489-504.

SOVERAL MARTINS, Alexandre. *O exercício de actividades concorrentes pelos gerentes de sociedades por quotas*. In BFD, 72 (1996), pp.315-344.

TALLEY, Eric. *Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine*. In YLJ, Vol.198, (1998), pp.279-375.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz; CAMPOS, Diogo Leite de. *A Propriedade Fiduciária (Trust) - Estudo para a sua consagração no Direito Português*. Coimbra, Almedina, 1999.

VALSAN, Remus. *Fiduciary Duties, Conflict of Interest and Proper Exercise of judgment*. In McGill Law Journal, Vol. 62, n. 01, (2016), pp.1-40.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais*. In DSR, ano 1, vol. 1, (Março de 2009), pp.11-32.

VAZ BRAVO, Luís Valdemar Rodrigues. *Sobre o dever de não concorrência dos administradores nas sociedades anónimas e a sua conexão com o dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias*. Tese de Mestrado, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto 17 de Setembro de 2010.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Gestão de negócios*. In BMJ, 66, (1957), pp.45-282.

VENTURA, Raúl. *Novos Estudos sobre Soc. Anónimas e Soc. em Nome Colectivo- Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra, Almedina, 1994.

WORTHINGTON, Sarah. *Reconsidering disgorgement for wrong*. In *Modern Law Review*, 62 (2) (1999), pp.218-240.

Data de submissão do artigo: 01/11/2023

Data de aprovação do artigo: 15/05/2024

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt