

# *O impedimento do exercício do direito de voto como proibição genérica de atuação em conflito*

PROF. DOUTOR PEDRO DE ALBUQUERQUE  
MESTRE DIOGO COSTA GONÇALVES

SUMÁRIO: § 1.º *Introdução.* § 2.º *O processo metodológico da interpretação-compreensão-aplicação do Direito.* § 3.º *Conflito de interesses nas sociedades comerciais e o impedimento do exercício do direito de voto em Assembleia Geral.* § 4. *A incidência dos deveres de lealdade no contexto do conflito de interesses entre os acionistas e a sociedade.* § 5.º *A conduta expectável das partes em situação do conflito de interesses e a repartição equitativa do ónus da prova.* § 6.º *Conclusões.*

## § 1.º **Introdução**

### 1. **Objeto do presente estudo**

I – Nos termos do artigo 384.º/6 do Código das Sociedades Comerciais (CSC), estão impedidos de votar em Assembleia Geral os acionistas que se encontrem em alguma das situações de conflito previstas nas suas alíneas. Tal estatuição normativa configura uma *proibição injuntiva* do exercício do direito de voto, que não pode ser afastada em contrato de sociedade (n.º 7).

*Prima facie*, o sentido e alcance das disposições normativas em causa não oferece maiores dúvidas. Uma ponderação mais detalhada, contudo, permite identificar dificuldades interpretativas-aplicativas, em especial no que diz respeito à situação de conflito prevista na alínea *d*).

II – Com efeito, ante a redação da alínea *d*) do artigo 384.º/6, cumpre desde logo perguntar quais são as relações, em concreto, que sob a locução

“qualquer relação, estabelecida ou a estabelecer, entre a sociedade e o acionista”, constituem efetivamente uma situação de impedimento de voto. Mas a maior dificuldade coloca-se em determinar o âmbito de *aplicação subjetiva* do preceito. A quem se aplica a proibição? Será só ao acionista parte na relação em causa ou, ao contrário, do previsto no artigo 384.º/4 *d*) decorre também que se encontram impedidos de votar *outros* acionistas que, não sendo parte na relação jurídica, se encontram abrangidos pela intensidade problemática subjacente à estatuição do impedimento de voto.

III – O voto é, numa formulação tradicional, um direito *corporativo* ou *participativo*<sup>1</sup>. Quer isto dizer que em causa está, fundamentalmente, o direito de dos sócios a ingressar na própria estrutura societária, relacionando-se com os outros sócios enquanto tal e nessa qualidade<sup>2</sup>.

Ora, o impedimento do exercício de um tal direito convoca, por si, a ponderação no processo interpretativo-aplicativo dos especiais deveres de lealdade entre os sócios abrangidos pelo impedimento e a sociedade e entre estes os restantes acionistas. Com efeito, a existência de uma *proibição genérica de atuação em conflito* (a que corresponde o previsto no artigo 384.º/6, como adiante se verá), não é estranha às exigências ético-normativas da lealdade. Mais: os próprios deveres de lealdade podem ser, neste contexto, *ratio* do impedimento em causa.

A própria possibilidade de o artigo 384.º/6, *d*) conhecer um âmbito de aplicação subjetivo mais amplo do que aquele que, *apertis verbis*, decorre da letra do preceito – abrangendo assim outros acionistas para além de “o acionista” nele previsto – reforça a necessidade de uma cuidada ponderação dos deveres de lealdade dos sócios.

Esta ponderação pode revelar-se determinante no processo de realização do Direito. À sua luz caberá determinar, por exemplo, quais as condutas concretamente exigíveis aos intervenientes em caso real ou potencial de conflito e qual a repartição mais equitativa do ónus de alegação e prova subjacente à situação de conflito.

IV – A esta observação acrescenta-se ainda a seguinte: a extensão da disciplina do impedimento do exercício do direito de voto a outros acionistas que

<sup>1</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I, 3.ª ed., 2011, 625 e ss., preferindo o autor esta última classificação.

<sup>2</sup> Por esta razão, aliás, só configuram relações impeditivas do exercício do direito de voto, para efeitos do artigo 384.º/6, *d*), aquelas que forem “*estranhas ao contrato de sociedade*”.

não são parte na relação em conflito nascerá, não poucas vezes, de uma especial relação de tais acionistas entre si (em que a sociedade não é parte). Pense-se, por exemplo, na seguinte hipótese: em determinada Assembleia Geral vai deliberar-se a constituição de uma relação jurídica entre o acionista *A* e a sociedade, sendo que o acionista *B* é *financial advisor* de *A* naquele concreto negócio. Neste caso, é possível sustentar que também *B* se encontra impedido de votar naquela deliberação, pelas razões que a seu tempo veremos com melhor cuidado.

Ora, o facto de a extensão da disciplina do impedimento do exercício do direito de voto a outros acionistas poder ter fundamento numa concreta relação entre estes, determina a necessidade da ponderação dos deveres de lealdade entre os sócios, cuja origem não se encontra na imediata relação jussocietária ou, pelo menos, que a existência de um outro título especialmente modela, no que diz respeito à intensidade ético-jurídica com que o comportamento das partes se há de conformar.

V – No presente estudo, elegemos como objeto da nossa investigação a interpretação-aplicação do disposto no artigo 384.º/6, *d*) do CSC. Ir-nos-emos ocupar, de modo especial, da determinação do âmbito subjetivo de aplicação da proibição do exercício do direito de voto aí estatuída.

Para o efeito, começaremos por abordar o enquadramento do regime do impedimento do exercício do direito de voto em Assembleia Geral no quadro geral da disciplina do conflito de interesses nas sociedades comerciais.

Seguidamente, dedicaremos atenção à incidência dos deveres dos deveres de lealdade nas relações entre os sócios e a sociedade e os sócios entre si. Veremos, com maior detalhe, o modo como a concretização de tais deveres opera em sede do conflito de interesses subjacente ao disposto no artigo 384.º/6, *d*).

Contudo, para situarmos devidamente o objeto deste trabalho e a metodologia adotada, ir-nos-emos deter, ainda que sumariamente, no problema da interpretação-compreensão-aplicação do Direito, com referência também à questão da deteção de lacunas e sua integração, temática essencial em qualquer processo de decisão jurídica.

## § 2.º O processo metodológico da interpretação-compreensão-aplicação do Direito

### 2. O processo de interpretação-compreensão-aplicação do Direito; algumas coordenadas fundamentais

I – O problema metodológico da interpretação jurídica<sup>3</sup> não é um problema de *interpretatio legis* mas *actus* de realização do Direito<sup>4</sup>. A interpretação jurídica não intenciona – como pretendia o positivismo jurídico, tanto o histórico como o legalista, ao identificar o Direito, na sua manifestação positiva, às respetivas determinações formais e estas com as suas expressões textuais, com os textos legais, os quais, precisamente porque textos, como que necessariamente implicariam uma interpretação também só textual – uma significação simplesmente textual, seja ela filológica, hermenêutica *stricto sensu* ou analítico-linguística – se se quiser exegética hermenêutica ou semântica<sup>5</sup>. O problema da interpretação jurídica não é filológico, hermenêutico-cognitivo, linguístico. Trata-se de um problema jurídico, especificamente jurídico e, destarte, de um problema normativo<sup>6</sup> que não pode comodamente resolver-se na sim-

<sup>3</sup> Segue-se aqui, com desenvolvimentos, quanto se escreve em PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Os limites à pluriocupação dos membros do conselho geral e de supervisão e do conselho fiscal*, 2007; e Id., *Direitos reais – Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*, 2009, 22 e ss., 43 e ss.. Para uma análise acerca do modo como a doutrina de ponta vem encarando o atual problema metodológico da interpretação jurídica cfr., entre nós, CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, I, *A crise*, 1967, *passim*, e por exemplo 214 e ss.; Id., *O princípio da legalidade criminal*, in *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, 1995, I, 428 e ss.; Id., *Interpretação jurídica*, in *Idem*, II, 337 e ss.; Id., *O atual problema metodológico da realização do direito*, in *Idem*, II, 249 e ss.; Id., *O método jurídico*, in *Idem*, II, 283 e ss.; Id., *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, 1993, *passim* e 83 e ss.; Id., *O atual problema metodológico da interpretação jurídica*, 2003, *per totum*; Id., *O sentido atual da metodologia jurídica*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo, 2003, 115 e ss., *maxime* 134 e ss.; e JOSÉ BRONZE, *Lições de introdução ao direito*, 2.ª ed., 2006, 875 e ss. V., também, MENEZES CORDEIRO, *Lei (aplicação da)*, in *Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 1985, III, cols. 1046 e ss.; e mais recentemente, ainda, pode-se cfr. SANDRA MARTINHO RODRIGUES, *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin (uma abordagem)*, 2005, *passim*, e designadamente, 1 e ss., 23 e ss., 147 e ss.; e CRISTINA QUEIROZ, *A interpretação jurídica*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, 2006, I, 268 e ss..

<sup>4</sup> Cf. a bibliografia citada *supra*. Sublinhe-se, aqui, a título ilustrativo CASTANHEIRA NEVES, *O atual problema...*, 11 e ss..

<sup>5</sup> V., novamente, CASTANHEIRA NEVES, *O atual problema...*, 249 e ss.. Cf., também, e novamente, a literatura *supra* citada.

<sup>6</sup> Cf. nesse sentido os autores e obras citadas *supra*.

ples consideração da letra da lei, na mera afirmação de que onde a lei não distingue não deve o intérprete(-aplicador) distinguir.

II – Neste cenário não pode duvidar-se da inadmissibilidade metodológica do brocardo *in claris non fit interpretatio*<sup>7</sup>. A aceitação de semelhante brocardo, ou mesmo de que o texto da lei nos forneceria o *prius* ou ponto de partida no processo de interpretação e realização do Direito<sup>8</sup>, pressuporia que a expressão e o teor verbal das leis se imporia por si só e previamente aos sentidos jurídicos

<sup>7</sup> Sublinhando a, de longa data, conhecida insubsistência do brocardo *in claris non fit interpretatio* cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 1989, 586; CAS-TANHEIRA NEVES, *O atual problema...*, 14 e ss.; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em direito civil*, 2004, 1000, nota 1672; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, 13.<sup>a</sup> ed. 2011 (reimpr.), 392 e ss.; CRISTINA QUEIROZ, *A interpretação...*, in *Estudos...*, I, 267 e ss.. Veja-se, também, na literatura jurídica estrangeira PERELMAN, *Ética e direito*, tradução de JOÃO DUARTE, 2002, 547 e ss., 557 e ss..

<sup>8</sup> O reconhecimento dos postulados acima enunciados quanto à insuficiência da letra da lei enquanto fator predeterminante da interpretação jurídica e como critério dos respetivos limites é objeto também de expressa e corrente afirmação nas obras dogmáticas nacionais. Assim, cfr. PAULO MOTA PINTO, *Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros, reflexão a propósito do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 178/86 de 3 de julho*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 1993, LXIX, 614; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação...*, 1000; Id., *Direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio nemo ad factum cogi potest. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução*, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, 2005, 65, II, 478 e ss.; Id., *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de atos praticados no processo. A responsabilidade por pedido infundado de declaração da situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor*, 2006, 158 e ss.; Id., *Anotação ao Acórdão do STJ de 2-3-2004. Contrato-promessa, procuração irrevogável e ação de preferência*, in *CDP*, 2006, 13, Janeiro-Março, 20 e ss.; PEDRO DE ALBUQUERQUE e MARIA DE LURDES PEREIRA, *A responsabilidade civil das autoridades reguladoras, in Regulação e Concorrência*, 2005, 227, nota 57. Na jurisprudência v., por exemplo, na direção que se vem referindo no texto acerca do sentido e propósito da interpretação-aplicação do Direito, por exemplo, *STJ – 7-12-1994* (TORRES PAULO), Proc. n.º 086057/ITIJ (instituição de herdeiro); *STJ 15-10-1996* (LOPES PINTO), Proc. n.º 087641/ITIJ (condenação *ultra petitum*) (= *Diário da República*, I – série A, de 26 de novembro de 1996; e = *Boletim do Ministério da Justiça*, 460, 164); *STJ 11-3-1997* (FERNANDES MAGALHÃES), Proc. n.º 96A751/ITIJ (seguro obrigatório automóvel); *STJ 17-4-2002* (LOURENÇO MARTINS) Proc. n.º 02P381/ITIJ (processo 02P381) nota 5; *STJ 20-3-2002* (LOURENÇO MARTINS), Proc. n.º 02A137/ITIJ (processo 02P137); *STJ 30-4-2003* (LOURENÇO MARTINS), Proc. n.º 03P368/ITIJ (recurso para o Supremo Tribunal de Justiça), nota 3; *STJ 23-10-2003* (PEREIRA MADEIRA), Proc. n.º 03P3223/ITIJ (julgamento em conferência); *STJ 27-1-2004* (FERNANDES MAGALHÃES), Proc. n.º 03A4365/ITIJ (empregada); *STJ 7-12-2005* (FERNANDES MAGALHÃES), Proc. n.º 05A3586/ITIJ (falência); *STJ 19-1-2006* (OLIVEIRA BARROS), Proc. n.º 05B4271/ITIJ (poderes do Supremo Tribunal de Justiça), nota 8; *STJ 30-5-2006* (FERNANDES MAGALHÃES), Proc. n.º 06A1219/ITIJ (acidente de viação).

possíveis, sem interpretação (compreensão), ou tão-só com uma interpretação da significação comum da expressão ou teor verbal. Ora, ambas as coisas são sabidamente insustentáveis<sup>9</sup>. Uma, por razões linguísticas, pela normal indeterminação ou invencível abertura semântica das significações verbais comuns. A outra, por razões hermenêuticas: o sentido do texto jurídico é um sentido unitariamente jurídico, não, primeiro, um sentido verbal ou literal e, depois, um sentido jurídico<sup>10</sup>. O legislador não usa palavras para se limitar a enunciar o seu sentido comum (ainda quando técnico ou mesmo técnico-jurídico) mas para prescrever uma intenção jurídica através das palavras e expressões<sup>11</sup>. E isto postula uma unidade, seja ela entendida como hermenêutica, seja normativa, entre palavra/expressão e sentido: a palavra/expressão legal é o de um sentido jurídico<sup>12</sup>. E daqui resultam duas conclusões diretamente ligadas entre si: a primeira é a de que o teor verbal ou literal não manifesta um sentido linguístico a que se venha a acrescentar o sentido jurídico resultante do processo de interpretação; a segunda consiste justamente na circunstância de as palavras e expressões

<sup>9</sup> V., por exemplo, e a título meramente exemplificativo, CASTANHEIRA NEVES, *O sentido...*, in *Boletim...*, volume comemorativo, 142. ADOLF ARNDT, *Gesetz und Richterrecht*, in *Neue Juristische Wöchenschrift*, 1963, 1273 e ss..

<sup>10</sup> Para mais desenvolvimentos acerca dos limites da letra da lei enquanto fator interpretativo prévio ou determinante v., de entre os autores referenciados *supra*, por exemplo, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 115 e ss., com amplas indicações comprovativas de que este suposto cânone hermenêutico não é cumprido aí mesmo onde é invocado. V., também, e sempre a título exemplificativo, JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 893 e ss., e 909; CRISTINA QUEIROZ, *A interpretação...*, in *Estudos...*, I, 267 e ss; e PERELMAN, *Ética...*, 547 e ss.. Concretamente quanto ao limitado alcance do artigo 9.º do Código Civil na fixação das regras de interpretação do Direito v. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direitos Reais...*, 24 e ss., nota 36 e bibliografia aí citada, de que agora destacamos DIEGO POOLE DERQUI, *El derecho de los juristas y sus implicaciones. Un diálogo con Lombardi Valluari*, 1988, 83 e ss.; CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação...*, in *Digesta...*, II, 349 e ss.; Id., *Metodologia...*, *passim*, 85 e ss.; WINDFRIED HASSEMER, *Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei*, in *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, org. de A. KAUFMANN e de W. HASSEMER, tradução de MARCOS KEEL e MANUEL SECA DE OLIVEIRA, revisão científica de A. M. HESPANHA, Lisboa, 2002, 292 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito civil*, I, I, 3.ª ed., 2011 (reimp.), 140 e 150 e ss.; JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 828 e ss. Referência também para o ensaio de juventude de RUY DE ALBUQUERQUE, *Poesia e lei*, in *Esmeraldo*, 1955, números 5-6, 44 e ss., acerca da importância da intuição, da razão e da sensibilidade na compreensão e construção do Direito, recordando, designadamente, as palavras de VERNEY a propósito «*dos juristas que na lei ... só viam a lei*. “Encontrará V. P. muitos homens, que comumente são tidos por grandes juriconsultos, os quais tirados do pouco texto que têm estudado são tão rudes, que parecem chegados novamente do Paraguai ou do Cabo da Boa Esperança”».

<sup>11</sup> Em termos muito próximos CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 118 e 119.

<sup>12</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 119.

legais, como formas de significação de um sentido jurídico, só encontrarem a especificação da sua indeterminação no próprio sentido jurídico interpretando. E sendo esse sentido um resultado da interpretação está tudo dito quanto à valia do elemento verbal<sup>13</sup>.

Aliás, a perspetiva de interpretação aqui em crise encontra-se inclusivamente superada pelo conceito hermenêutico, em sentido rigoroso, de texto<sup>14</sup>. De acordo com semelhante conceito, se o sentido jurídico a atingir pela interpretação houver de se exprimir através do texto ou, conforme refere a propósito Castanheira Neves, enquanto se considera este também a sua objetivação cultural ou o seu ícone, constitui-se, todavia, para além dele ou transcendendo-o. Desde logo pela relevância do contexto significante em que se insere<sup>15</sup>, pelo relevo da pré-compreensão do intérprete, pela situação histórico-concreta da compreensão, pela coisa ou referente de que a significação fala, etc.<sup>16</sup>. Neste caso estamos ainda perante uma interpretação textual, mas que vê já no texto, sobretudo, um sentido compreensivo cultural que o transcende<sup>17</sup>.

III – Mas mesmo quando a perspetiva hermenêutica acabada agora mesmo de enunciar represente já um progresso, ela mostra-se ainda assim insuficiente. O problema jurídico-normativo da interpretação não é o de determinar uma significação, mesmo se jurídica, que expressa nas leis ou quaisquer normas jurídicas, mas o de obter dessas leis um critério prático-normativo adequado de decisão dos casos concretos. Uma boa interpretação não é aquela que, numa perspetiva hermenêutico-exegética, determina corretamente o sentido textual da norma. É antes aquela que numa perspetiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério de justa decisão do problema concreto<sup>18</sup>. Ou, se se preferir, numa outra formulação, na interpretação jurídica não se trata de com-

<sup>13</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 119.

<sup>14</sup> CASTANHEIRA NEVES, *O sentido...*, in *Boletim...*, volume comemorativo, 142. V., também, e por exemplo, do mesmo autor CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 118 e ss..

<sup>15</sup> De há muito que se chama, por exemplo, a atenção para a circunstância de a interpretação se mostrar uma tarefa de conjunto. Nenhum artigo de lei pode ser tomado isoladamente. O horizonte ou pano de fundo da interpretação terá de ser sempre o ordenamento tomado no seu todo. O sentido de cada fonte está sempre em necessária conexão com o de todas as outras, pelo que ele será adulterado se o pretendermos tomar isoladamente. Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito...*, 392 e 393.

<sup>16</sup> CASTANHEIRA NEVES, *O sentido...*, in *Boletim...*, volume comemorativo, 142 e 143.

<sup>17</sup> CASTANHEIRA NEVES, *O sentido...*, in *Boletim...*, volume comemorativo, 143.

<sup>18</sup> Assim, e de entre a bibliografia já citada cfr., por exemplo, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 84 e ss.

preender determinantemente a letra e o espírito do texto legal em causa, nem de explicitar a significação da regra-prescrição em causa, mas de reconstituir adequadamente uma norma do *corpus iuris* como critério orientador da solução de um caso qualificado como juridicamente relevante<sup>19</sup>.

Por isso, o objeto da interpretação não é a norma texto mas a norma problema<sup>20</sup>. Ao intérprete-aplicador não interessa a norma enquanto objeto semântico-prescritivo, que comunica impositivamente um sentido literal, mas a norma enquanto *regula* prático-normativa, apta para orientar (em termos igualmente normativamente fundamentados), a solução de um problema ou de uma série de problemas a que se reconhece uma relevância jurídica específica.

Assim, e retomando um exemplo de escola já divulgado por exemplo por Radbruch e presente, entre nós, quer em Castanheira Neves<sup>21</sup>, quer em José Bronze<sup>22</sup>, a proibição legal de entrada de cães em determinado local não pode considerar-se semântico-vulgarmente determinável, mas apenas pragmático-juridicamente densificável face a um conjunto de exigências problemáticas que estão subjacentes a esta proibição, em termos tais que abrangido por este comando se deve considerar também um urso.

Da mesma forma a expressão dano ambiental não pode valer com o seu significado semântico-vulgar mas ser antes concretizável em referência ao conjunto de exigências de sentido que preenchem o Direito do ambiente<sup>23</sup>.

Pode ainda aceitar-se que uma seringa dificilmente se considera uma arma. Não deixa contudo de ser essa a qualificação que normativamente se lhe adequa e corresponde quando, em determinadas circunstâncias, uma subtração fraudulenta tiver sido feita com a ameaça de uma seringa que o arguido diga infetada com sida<sup>24</sup>.

Pode igualmente nesta perspectiva discutir-se se um ácido deve, ou não, qualificar-se normativamente como uma arma<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 887 e ss..

<sup>20</sup> JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 892.

<sup>21</sup> *Metodologia...*, 132.

<sup>22</sup> RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 12.<sup>a</sup> ed., cuidada após a morte do autor por KONRAD ZWEIGERT, 1969, Estugarda, 168 e 169, referindo ele próprio a circunstância de em causa estar um exemplo já antigo. Veja-se, também, quanto escreve a este respeito PERELMAN, *Ética...*, 560 e ss., 557 e ss..

<sup>23</sup> JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 910 e ss., com indicação de outros exemplos.

<sup>24</sup> A respeito deste exemplo JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 913, com ulteriores indicações.

<sup>25</sup> V., novamente, JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 913, nota 17. De facto o *Bundesgerichtshof*, num caso em que um homem atirou ácido clorídrico à cara de uma empregada de caixa, tirando-lhe em seguida o dinheiro, equiparou o ácido a uma arma. Cf., para mais pormenores a este respeito, na



E no caso *Frigaliment v. B. N. S. Int'l Sales Corp.*, julgado por um tribunal dos Estados Unidos<sup>26</sup>, até um vocábulo aparentemente tão unívoco como «frangos» suscitou acesa controvérsia jurídica.

Situações como as agora referidas não terão mesmo fim. Pense-se, por exemplo, e ainda, nos exemplos figurados por Perelman<sup>27</sup> a partir de um sinal, colocado à entrada de um parque público, que proíbe o trânsito automóvel. Deverá o agente de polícia, em serviço de guarda, opor-se, com base nele, à entrada de uma ambulância que vem buscar a vítima de um enfarte, de um veículo de limpeza municipal, de um táxi chamado para transportar uma criança que partiu ou torceu uma perna ou para levar à maternidade uma mulher grávida com sintomas de ir em breve iniciar o trabalho de parto? A resposta é obviamente negativa em todos estes casos.

IV – Mais. Um certo sentido considerado em relação a determinados contextos<sup>28</sup> pode deixar de o ser numa nova situação, quando confrontado com a provocação que lhe dirige um novo caso. Além disso, de uma ótica prático-normativa deixa de ser possível ou pertinente indicar qual o elemento interpretativo preponderante<sup>29</sup>.

Numa perspetiva metodológica adequada o *prius* metodológico é-nos dado pelo caso<sup>30</sup>. O problema jurídico a decidir é não apenas o ponto de partida e o objetivo final, mas, mais do que isso, a pedra de toque ou basilar na perspetiva da qual toda a juridicidade deve ser intencionada e compreendida. O objeto principal do pensamento jurídico não está já na norma. Ele coloca-se no caso concreto a decidir e no problema da concreta (judicativo-decisória) realização do Direito que ele suscita<sup>31-32</sup>. Fora do caso concreto ou sem, pelo menos, o

literatura jurídica alemã ARTHUR KAUFMANN, *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*, in *Introdução à Filosofia do Direito*, 190 e ss..

<sup>26</sup> Cf. JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 913, e nota 118: Na doutrina estrangeira ERIC POSNER, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?* in *Yale law journal*, 2003, janeiro, 112, 839 e ss.; NEIL BLOND/LUIS PETRILLO, *Contracts*, 6.<sup>a</sup> ed., 2004, 198, 258 e 259, 268 e 269.

<sup>27</sup> PERELMAN, *Ética...*, 553.

<sup>28</sup> Em sentido aproximado CRISTINA QUEIROZ, *A interpretação...*, in *Estudos...*, I, 269.

<sup>29</sup> Assim, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 106; e JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 938 e 939.

<sup>30</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, *passim*, 142 e ss..

<sup>31</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 17 e ss.

<sup>32</sup> O reconhecimento da prioridade do caso e das diferenças problemática e normativa que ele traz consigo face às possibilidades do sistema normativo abstratamente posto coloca-nos perante a manifestação para a qual o Professor CASTANHEIRA NEVES tem particularmente chamado a

ter funcionalmente em vista, há especulação teórica, a qual, mesmo se iluminada ou esclarecida, não é Direito<sup>33</sup>. O Direito deve ser tomado e entendido na sua concreta manifestação<sup>34</sup>.

atenção dos limites normativo-jurídicos das normas legais no global processo de realização do Direito. Aqui e agora poderemos sublinhar, apenas, a circunstância de eles nos imporem o reconhecimento da circunstância de o Direito não constituir um objeto pressuposto ou uma qualquer normatividade constituída com a qual o jurista vai lidar. Ao contrário, o Direito é um *continuum* problemático de normatividade constituenda. Quer isto dizer que apenas com tudo aquilo que a concreta realização do Direito implica de integração, de desenvolvimento, de correção e de reelaboração da tal normatividade abstratamente pressuposta se pode alcançar uma ordem em que o Direito se afirma enquanto tal. O decisivo e fundamental deixa de ser visto na norma para passar a residir no juízo, pois será em função deste que a norma haverá de ser compreendida como critério jurídico (normativo-jurídico). O pensamento jurídico não é pois um conhecimento teórico dogmático de normas. O problema do pensamento jurídico não está na determinação conceitual-sistematicamente dogmática, mas na resolução dos problemas jurídicos concretos de forma prática-normativamente justa. Cf., CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 17 e ss.. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, *passim*; e KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2.<sup>a</sup> ed., 1976.

<sup>33</sup> MENEZES CORDEIRO, *Lei...*, in *Polis...*, III, cols.1046 e ss.. V, também, CASTANHEIRA NEVES, e de entre as suas obras, por exemplo, *O Instituto jurídico dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, 1983, 204 e ss.; *Fontes do direito*, in *Digesta*, cit., II, 7 e ss.; 93 e ss.; *Metodologia...*, *passim* e por exemplo 29.

<sup>34</sup> Trata-se de um pressuposto metodológico devidamente salientado pela doutrina nacional como base de uma adequada dogmática jurídica, e assumido, de forma expressa, como critério orientador das respetivas investigações. Neste sentido v., designadamente, CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto – Questão-de-direito...* I, quando, ainda antes de entrar no estudo ou análise do tema que se propõe tratar, o autor explica, em jeito de prefácio, as condições de emergência do problema da distinção entre questão-de-facto e questão-de-direito; CARLOS MOTA PINTO, *Da cessão da posição contratual*, 1970, XVII e ss., 5 e ss.; e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação...*, 22 e ss.. Num fenómeno reportável às conquistas da escola histórica contra o jusracionalismo antecedente: o Direito pertence a uma categoria de realidades dadas por uma evolução paulatina das sociedades. No momento atual do conhecimento humano, a sua configuração apresenta-se com uma complexidade causal, insuscetível de total abarcamento. Complexidade que inviabiliza, em definitivo, explicações puramente lógicas ou racionais da realidade jurídica. Nestas condições o Direito deve ser conhecido de modo direto, tal como se nos apresenta (assim, e designadamente, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Ciência do direito e metodologia jurídica nos finais do século XX*, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, 1989, 11 e 12). Recorde-se, a este propósito, os contributos dados tanto pela chamada jurisprudência problemática, cujas bases modernas foram lançadas por VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz / Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5.<sup>a</sup> ed., 1974, *per totum* (escapando à prisão kantiana e estribado no pensamento aristotélico e ciceroniano, com a sua *atitude deliberativa*, o *saber prudencial*, a *paideia*, em suma, com a respetiva teoria da deliberação e da escolha, com a distinção entre a fundamentação dedutiva e a meramente persuasiva VIEHWEG defende a necessidade de o raciocínio jurídico se dever realizar, não através de axiomas, mas com base em tópicos, entendidos de modo funcional, como pos-

Mas se é assim, então, a hierarquização dos elementos interpretativos deverá necessariamente depender das circunstâncias do caso concreto<sup>35</sup>.

sibilidades de orientação e fios condutores do pensamento. A tópica surge, assim, como uma técnica de pensar por problemas, com origem na retórica, e contraposta ao pensamento sistemático-dedutivo), assim como pela teoria da argumentação que tem em PERELMAN, *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique*, 1976, *per totum*, o respetivo *caput scholae*; e, mais remotamente, a metodologia analítico-problemática dos glosadores e pós-glosadores bem como o caráter prudencial do Direito romano (a respeito destes últimos aspetos v. as considerações e desenvolvimentos de RUY DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, 12.<sup>a</sup> ed. I, 2005, 327 e ss., 335 e ss.). Lembre-se, ainda, e de passagem, a importância, neste ponto, do ensinamento filosófico de SÃO TOMÁS DE AQUINO, ao considerar o *jus* como algo de objetivo e concreto, como um *medium rei* entre as operações ou coisas exteriores e uma pessoa (cfr., a título meramente indicativo, MICHEL VILLEY, *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scolastique*, in *La Seconda Scolastica nella Formazione del Diritto Privato Moderno. Incontro di studio*, a cargo de PAOLO GROSSI, 1973, 53 e ss.). A propósito da recente hipótese de quebra da insolubilidade da relação entre o conceito abstrato e o caso real v. MENEZES CORDEIRO, *Ciência do direito e metodologia jurídica...*, 35 e ss., 41 e ss., 67 e ss.. Esta quebra resulta da compreensão da realização do Direito como algo de unitário e da consequente aceitação da relação comunicativa entre o caso e a norma (mas também do reconhecimento da natureza constituinte da decisão). Apenas em análise abstrata – e porque *non datur scientia de individuo* – é possível decompor a referida realização em várias fases, as quais, porém, só funcionam em conjunto. O caso é hoje entendido como parte de um todo vivo, que vai desde a localização da fonte à delimitação dos fatores relevantes, ao ponto, por exemplo, de a própria ontologia do Direito ser fixada por ARTHUR KAUFMANN, *Vorüberlegung zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegend einer personalen Rechtslehre*, in *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre Kybernetik und Soziologie des Rechts*, 1986, 17, 257 e ss., na relação entre o caso e a norma. Lembrem-se, ainda, entre nós, os escritos e investigações autónomas de GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, 1944, I, 27 e ss.; Id., *Esboço de uma conceção personalista do direito. Reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos*, separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1965, 113 e ss., e particularmente, 145, na qual se pode ler: «(...) a realidade jurídica em si mesma é concreta», ou 150, onde se escreve «(...) é ao conjunto destes três elementos – a ordem jurídica objetiva, que contém as formas do direito, a subjetiva, que é a matéria onde tais formas se hão de atuar, e a vida jurídica, expressão do dinamismo por que se opera tal atuação – que propriamente se dá o nome de direito”.

<sup>35</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 106 (que escreve: «(...) nesta perspectiva o relevo dos elementos da interpretação só pode ser aquele que o problema concreto justifique, ou melhor, normativo-argumentativamente solicite. Que o mesmo é dizer terá maior relevo ou polarizará a interpretação aquele elemento que, perante os pontos problemáticos especificamente acentuados no caso concreto, tenha maior força argumentativa na utilização da norma como critério de solução desses pontos. É o que os autores reconhecem, ao dizerem que os elementos de interpretação têm caráter tópico»), e 124 e 125. Nesta última perspectiva v., também, e a título meramente exemplificativo ESSER, *Vorverständnis...*, 1972, 124 e ss.; ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre, eine Einführung*, 1985, 56 e ss., embora sobrealimentando, ainda (41 e ss., e 56), o elemento literal. V. também RADBRUCH, *Einführung...*, 169, ao afirmar que os elementos interpretativos só são escolhidos depois de o resultado da interpretação ter sido alcan-

Tudo a fazer com que esta recompreensão do problema da interpretação, vista como autêntica realização do Direito, exija, implique ou postule a convocação de outros fundamentos e critérios normativos e de outros elementos interpretativos bem diferentes daqueles que tradicionalmente se invocavam. Entre esses outros fundamentos e critérios contar-se-ão, naturalmente, valores e interesses<sup>36</sup>, que deem validade à constitutiva realização do Direito, para além daqueles critérios e fundamentos imediatamente oferecidos pela normatividade positiva, pelo Direito positivo. Sendo os critérios e fundamentos normativos extratextuais, no confronto com as normas jurídicas positivas, que assim se convocam desde logo interesses e fins, mas, sublinhe-se, também e em última análise, valores<sup>37</sup> e princípios normativos<sup>38-39</sup>. Princípios e valores referidos ao

çado. No dizer do autor, os elementos de interpretação servem, na realidade, para subseqüentemente se construir a partir de certa fonte aquilo que já fora encontrado a partir de uma complementação constitutiva dessa mesma fonte.

<sup>36</sup> Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 30 e 124 e 125; e também *Interpretação...*, in *Digesta...*, II, 369 e 370. V., por último, JOSÉ BRONZE, *Lições...*, que escreve a respeito da emergência de novos fatores interpretativos: «Referimo-nos, inter alia, aos *inucleados em dimensões axiológico-práticas fundamentalmente constitutivas da normatividade jurídica – pense-se nos emblemáticos princípios normativos e na pluralidade de vetores que a sua autonomização permite relevar*”. Um catálogo mais completo ou sistematização, tida por pacífica, dos vários elementos normativos extratextuais suscetíveis de fundamentarem e orientarem a atividade concretizadora, integradora e de realização do Direito – e entre os quais se contam, a título meramente exemplificativo, a natureza das coisas e argumentos de caráter institucional, os interesses, as tipificações sociais relevantes, a estrutura jurídico-social referida pela norma, a própria situação social juridicamente problemática, os efeitos jurídico-sociais da decisão, critérios ético-jurídicos, normativo-sociais e os *standards* legais sejam ou não solicitados pelas cláusulas gerais ou conceitos de valor, as teorias dogmáticas de sentido normativo e não conceitual, os precedentes da casuística jurisprudencial, os princípios jurídicos, a justiça do resultado da decisão – pode ser confrontado nas duas obras de CASTANHEIRA NEVES citadas nesta nota.

<sup>37</sup> Para uma referência ao labor dos prudentes como fonte e limite de validade do Direito v. RUY DE ALBUQUERQUE, *Direito de juristas – Direito de Estado*, separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2001, XLII, 2, 751 e ss..

<sup>38</sup> CASTANHEIRA NEVES, *O sentido...*, in *Boletim...*, volume comemorativo, 128.

<sup>39</sup> Para ulteriores referências às linhas de superação da tradicional interpretação jurídica tal como ela nos tinha sido fundamentalmente legada pelo método jurídico de Oitocentos cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação...*, in *Digesta*, cit., II, 369 e ss.; que refere os elementos normativos extratextuais (e transpositivos) da interpretação jurídica; o *continuum* da realização do Direito e a interpretação como um momento dessa realização; a realização do Direito e não a interpretação como o problema metodológico; e ainda *Metodologia...*, 124 e ss.; assim como JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 929 e ss.. Elemento interpretativo que tem sido objeto de autónoma individualização é a ponderação dos resultados ou efeitos da interpretação. Cf., *colorandi causa*, MENEZES CORDEIRO,

ordenamento no seu conjunto e não apenas obtidos por abstração a partir de normas legais, como o demonstra claramente o princípio da boa fé, ainda na vigência do Código Civil de 1867, cuja afirmação não suscitava qualquer dúvida como uma das coordenadas básicas comunitárias de então, não obstante a circunstância da obra de Seabra não revelar para ele qualquer abertura especial<sup>40-41</sup>.

### 3. O problema da seleção da norma aplicável

I – Partindo de quanto antes se disse, na escolha da norma aplicável, o caso decidendo, com o seu problema jurídico, é *prius* metodológico<sup>42</sup>. E isso significa que a norma aplicável a esse caso será a norma ou normas do sistema que forem hipoteticamente adequadas para o tratamento (judicativo-decisório) do caso ou problema jurídico a resolver<sup>43</sup>.

A norma hipótese, ou experimental, não é a norma fundamento que estará no fim do discurso metodológico-jurídico: a norma do caso ou a norma decisão no conceito de Fikentscher. Ela apresenta-se como um elemento aberto à problematização no confronto com o caso<sup>44</sup>.

Numa perspectiva de ingenuidade metodológica poder-se-ia dizer que aplicar uma norma consiste em atribuir ao facto, que realiza a hipótese, os efeitos de Direito que a disposição enuncia<sup>45</sup>.

*Lei...*, in *Polis...*, 1060 e 1061, com indicações. Mesmo autores como CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 196 e ss., que, numa acertada reação contra uma funcionalização do Direito ou a sua conceção como uma qualquer engenharia social, recusam a autonomização do resultado da decisão enquanto elemento interpretativo autónomo não deixam de afirmar que a consequencial consistência prática é o que deverá resultar da realização do Direito de problemática justa e normativa-material. Pelo que, nesta perspectiva, a consideração do resultado não é um critério mas o objetivo e sentido da metodológica realização do Direito.

<sup>40</sup> Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito...*, 418 e 419.

<sup>41</sup> Tudo isto a fazer com que, tal como referido por ESSER, *Vorverständnis...*, 74 e ss., e 116 e ss., numa conclusão – conforme devidamente sublinhado por CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 124 –, que se adivinhava já desde BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, reimpressão da edição de 1885, 1972; a norma de decisão não seja pré-dada mas constituída e cada interpretação represente uma associação da *lex scripta* com o *ius non scriptum*, ou, na formulação de RADBRUCH, *Einführung...*, 169, que a interpretação seja o resultado do seu resultado. No mesmo sentido CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 124 e 125; Id., *O sentido...*, in *Boletim...*, Volume Comemorativo, 129.

<sup>42</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 166 e ss..

<sup>43</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 166.

<sup>44</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 167.

<sup>45</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 167 e 168.

O problema surge, porém, da circunstância de os casos jurídicos, suscitados na vida concreta, excluïrem, no seu contexto real e na riqueza da sua individualidade histórica, a ideia de eles se oferecerem pré-dados, como bem definidas objetivações do sistema, como seus simples e meros correlatos objetivos, em termos de haver uma perfeita correspondência lógica entre as normas e os casos individuais<sup>46</sup>. Só que a vida real não constitui os seus casos para corresponderem a um quadro normativo previamente traçado. Nestes termos, não ficam anuladas as possibilidades – que efetiva e constantemente se revelam e verificam – de haver, nos casos decidendo, elementos juridicamente relevantes, embora de todo não previstos pela norma que venha a aplicar-se-lhes<sup>47</sup>. Do mesmo passo, não podendo as normas oferecer-se como indicadores decisivos, nem únicos de relevo e individualização jurídica, não fica fechada a porta para a possibilidade de se vir a mostrar necessário um ato de autónomo juízo destinado a fazer o corte jurídico da individualidade real do caso, pelo qual se vem a separar a relevância da irrelevância jurídica<sup>48</sup>.

II – Na verdade, todo o jurista sabe que pela circunstância de as normas jurídicas apenas preverem as hipóteses mais frequentes, comuns ou típicas dos casos que se propõe regular – nem outras é possível antecipar – não fica excluída a possibilidade de se decidir concretamente da sua aplicabilidade em termos diversos daqueles que imediatamente imporia o sentido significativo textual e abstrato das normas, já aplicando-se a situações e casos não cobertos por aquele sentido, já afastando a sua aplicação a casos e situações formalmente abrangidos por ele<sup>49</sup>. Basta pensar nas hipóteses de extensão teleológica, que se não confunde necessariamente com interpretação extensiva, ou de aplicação restritiva, também eles não necessariamente coincidentes com a interpretação restritiva, na interpretação corretiva, ou, por último, nas situações nas quais uma norma é considerada inaplicável não obstante concorrerem todas as circunstâncias típicas por nelas concorrerem também outros elementos que obrigam a distinguir onde a lei não distingue<sup>50</sup>.

A aplicabilidade de uma norma, sabe-se atualmente, decide-se, não por dedução conceitual, ou referência lógica de coincidência ou não coincidência, mas com fundamento numa prévia e autónoma ponderação jurídico-norma-

<sup>46</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 168.

<sup>47</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 168.

<sup>48</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 171.

<sup>49</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 171.

<sup>50</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 171.

tiva do caso que nos permite averiguar se o concreto sentido do problema é, ou não, materialmente adequado o critério da norma<sup>51</sup>. É neste sentido que Coing nos diz só a adequação material ao caso concreto decidir sobre o domínio da aplicação das normas<sup>52</sup>.

III – Quanto antes se disse afigura-se de extrema importância no que diz respeito à aplicação de uma norma por analogia ou à obtenção de um critério de solução através do processo oposto do *argumentum a contrario*.

Embora nalguns casos seja possível fazer uma opção meramente lógica entre os dois, a verdade é que, dada a circunstância de, pelas razões já referidas, a norma jurídica não ser uma definição axiomaticamente conclusiva, mas envolver uma textura e intencionalidade abertas em função do caso concreto a escolha não será meramente lógica. Sendo assim, na maior parte dos casos, só com fundamento no sentido jurídico do problema concreto se poderá sustentar a sua divergência relativamente ao previsto por determinada norma ou, pelo contrário, que essa divergência não supera ou sobreleva a «semelhança» ou analogia entre eles existentes<sup>53-54</sup>. Processo este que funcionará através da conhecida ideia de espiral hermenêutica<sup>55</sup>.

IV – Procurando agora sintetizar, dir-se-á que a *seleção da norma aplicável* não deve dirigir-se tanto para o conteúdo do texto procurando o conteúdo da sua hipótese ou da sua condição de relevância, com os elementos representativos que a formam, para o comparar com o âmbito de relevância do problema jurí-

<sup>51</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 172.

<sup>52</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 172.

<sup>53</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...*, I, 259 e 263 e ss.; Id., *Metodologia...*, 173, 238 e ss., 265.

<sup>54</sup> Processos de conclusão jurídicos ou de argumentação como a analogia, a redução teleológica, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum* foram apresentados recorrendo aos meios da lógica moderna. Conforme refere, porém, a propósito, CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. e introdução de MENEZES CORDEIRO, Lisboa, 1989, 19, é duvidoso que, com isso, se tenha ganho algo de essencial para o trabalho jurídico. Na verdade, o elemento decisivo de todos estes processos não é de natureza lógica mas antes de natureza teleológica ou axiológica. V. também MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, 1984, II, 1239; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação...*, 375 e 376; Id. *A responsabilidade...*, 136, onde se refere que mais do que a dificuldade ou impossibilidade lógica pura de optar entre o tópico *a contrario* e o análogo depara-se a inconveniência de generalizar traços específicos e a necessidade de prescindir, por vezes, de aspetos particular ou singularmente apurados. Por último, pode ver-se, JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 948.

<sup>55</sup> A este respeito, v., por todos, MENEZES CORDEIRO, *Lei ...*, in *Polis...*, III, cols.1046 e ss., *maxime* 1052, com referência ao ensinamento de CASTANHEIRA NEVES.

dico concreto, mas, antes, *para o problema típico e abstrato nela pressuposto, pondo-o problemáticamente em confronto com aquele problema jurídico concreto*<sup>56</sup>. O que decide a aplicação da norma é o confronto entre problemas<sup>57</sup>. E isto tem uma consequência fundamental e essencial: a norma não é aplicável por existir uma correspondência entre a relevância hipotética da norma-prescrição e a relevância concreta do caso. A norma é antes aplicável, como critério de juízo, desde que haja analogia entre problemas<sup>58</sup>. Dito de outra maneira: a norma será aplicável desde que o problema para o qual ela oferece solução jurídica se possa considerar da mesma índole do caso concreto, mesmo que ele não repita na íntegra a sua hipótese<sup>59</sup>.

V – Posta assim em diálogo com as exigências normativas do caso, a norma poderá colocar-nos perante uma de três conclusões: ou a relevância material do caso é assimilada pela da norma; ou só parcialmente e de certo modo é assimilável; ou não é possível essa assimilação<sup>60</sup>. No primeiro caso haverá uma assimilação por concretização; no segundo uma assimilação por adaptação (extensiva ou restritiva a não confundir necessariamente com a tradicional interpretação com a mesma adjetivação), ou correção (sincrónica ou diacrónica – esta última porém a colocar problemas quanto à sua admissibilidade<sup>61</sup>); ou é mesmo possível a não assimilação – havendo então, se o caso reclamar uma solução jurídica de se proceder através de uma autónoma constituição jurídica (em linguagem tradicional por integração)<sup>62</sup>.

#### **4. *A integração de lacunas como um momento do processo interpretativo e a realização do Direito por autónoma constituição normativa***

I – Como se acabou de ver, pode suceder que o problema, e a concreta questão-de-Direito em abstrato por ele suscitada, não tenha solução através de

<sup>56</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 174.

<sup>57</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 174.

<sup>58</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 174 e 175.

<sup>59</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 175.

<sup>60</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 177.

<sup>61</sup> Cf., por exemplo, JHERING, *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*, tradução de JOSÉ OSÓRIO, 1947, 204 e ss.; KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do Direito*, 3.ª ed., tradução de JOSÉ LAMEGO, 495 e ss., 564 e ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito...*, 425 e ss., 611 e ss..

<sup>62</sup> A este respeito v. CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação...*, in *Digesta...*, II, 375; Id., *Metodologia...*, 177 e ss.; e SANTOS JUSTO, *Nótulas...*, 85.



uma norma diretamente aplicável ao caso ou que para ele possa ser critério disponível e imediato<sup>63</sup> – nas várias formas de assimilação acabadas de referir. Teremos então uma lacuna.

Seja como for, o intérprete-aplicador parece, perante a existência de uma lacuna<sup>64</sup>, dever encontrar uma solução que permita o seu preenchimento atento o disposto no artigo 8.º/1, do Código Civil:

O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio<sup>65</sup>.

II – Ao mesmo tempo que proíbe o *non liquet* e impõe diretamente ao julgador uma obrigação de julgamento dos casos juridicamente relevantes para os quais não fornece um critério de solução, o nosso legislador procurou ainda indicar-lhe os meios que lhe permitam atingir a resolução desses casos<sup>66</sup>.

Tratando-se de um caso omissivo relativo à disciplina das sociedades comerciais, o critério a usar seria, nesta perspectiva, o fornecido pelo legislador para a determinação da solução a dar a um problema societário carecido de regulamentação e que se encontra no artigo 2.º do CSC: a lacuna haveria de ser colmatada com recurso aos casos análogos regulados no próprio Código, se os houver. A analogia entre os dois casos – um omissivo e o outro regulado – haveria de se determinar de harmonia com o critério previsto no artigo 10.º do Código Civil: ela existiria quando a razão que conduziu o legislador a regular o caso previsto na lei deveria, igualmente, tê-lo conduzido a regular o caso omissivo, ainda que por mera remissão para a solução do primeiro. A moderna metodologia jurídica veio demonstrar que a conclusão da analogia entre os dois casos, o regulado e o omissivo, será o resultado da aplicação de um critério jurídico-valorativo, de um juízo de específica avaliação jurídica que nos fizesse

<sup>63</sup> Sobre isto v., por todos, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 205 e ss..

<sup>64</sup> Para uma determinação do conceito de lacuna numa perspectiva metodologicamente adequada voltamos a remeter para CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 207 e ss..

<sup>65</sup> A obrigação de julgar, também conhecida, na perspectiva inversa, como proibição do *non liquet*, está melhor explicitada no artigo 3.º, n.º 2, do Estatuto dos Magistrados Judiciais (aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30 de julho, já com diversas alterações), nos termos do qual a obrigação de julgar se limita às situações em que o caso em litígio deva ser juridicamente regulado, colocando, assim, fora da referida obrigação os casos que, sendo juridicamente neutros, não correspondam a verdadeiras lacunas jurídicas.

<sup>66</sup> Mas v. quanto escrevem a este respeito, designadamente, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 207 e ss.; e JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 949 e ss..

esperar uma norma jurídica onde ela não existe<sup>67</sup> a decidir, porém, na perspectiva do problema e não do sistema<sup>68</sup>.

III – Os casos relevantes (o caso-meta ou caso-tema e o caso-foro) serão juridicamente análogos quando os seus sentidos problemático-jurídicos respetivos e concretos se puderem pensar numa conexão justificada pela intenção fundamental de juridicidade que os constitui na sua especificidade jurídica<sup>69</sup>. Quando as suas intenções constitutivas de juridicidade forem, bem vistas as coisas, as mesmas ou afins. As diferenças dos seus sentidos (problemáticos e jurídicos) resultarão, assim, mais de relevâncias objetivas por eles apresentadas e menos da intencionalidade jurídica que lhes corresponde<sup>70</sup>. Se, por hipótese, o caso-foro for um estatuto jurídico de relação entre pai e filho e o caso-tema de estatuto relacional entre adotante e adotado, poderão eles ter-se por análogos, a nível problemático e jurídico se a intenção constitutiva de juridicidade do segundo (o caso-tema) for de responsabilidade pessoal (de educação, de proteção, doença, etc.) e a mesma intenção de responsabilidade estiver também presente e for constitutiva dos casos jurídicos previstos ou decididos que se invoquem no caso tema<sup>71</sup>. E o mesmo se dirá, *mutatis mutandis*, se o caso-foro for relativo à situação de um administrador a eleger em situação de concorrência com a sociedade e o caso-meta for referente ao enquadramento jurídico de um administrador em situação de concorrência potencialmente iminente, mas já eleito, se a intenção constitutiva de juridicidade do segundo for atinente à transmissão e limitação de informação sensível e a mesma ou afim intenção acerca do enquadramento e limitação da informação sensível se reconhecer também constitutiva dos casos jurídicos previstos ou decididos invocados como casos-foro.

<sup>67</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 205 e ss., quer no tocante ao processo de determinação de lacunas, quer quanto aos modos da sua integração. Outros entendimentos mais restritivos, e numa lógica mais positivista, do que seja uma lacuna e do modo da sua determinação da sua existência, como uma imperfeição do plano (ENGISCH, *Der Begriff der Rechtslücke*, in *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949*, 1949, 85 e ss.; Id., *Introdução ao pensamento jurídico*, tradução e prefácio de BATISTA MACHADO, 8.ª ed., Lisboa, 2001, 275 e ss.; CANARIS, *Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2.ª ed., 1983, 16 e ss., 30 e ss.; LARENZ, *Metodologia...*, 524 e ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito...*, 435), embora por nós não subscritos não alteram o modo como, no presente Parecer, será encarada a solução a dar à questão de saber se se deve, ou não, entregar a ata contendo matéria sensível a um administrador em conflito de interesses e em potencial concorrência, na hipótese de se vir a admitir a existência de uma lacuna.

<sup>68</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 229.

<sup>69</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 261.

<sup>70</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 261.

<sup>71</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 261.

IV – Tudo isto a ser considerado ainda à luz de um aspeto extremamente importante.

À luz de uma correta interpretação do processo de interpretação-compreensão-aplicação do Direito, na linha do anteriormente referido, e reconhecida a índole problemático-concreta e prático-normativa da interpretação (em que se assume como um momento fundamental a relação problemática entre norma e caso concreto), integram-se no momento interpretativo também os instantes integrativos e o preenchimento de lacunas<sup>72</sup>. De facto, sabe-se hoje, que no plano metodológico a tradicional distinção entre interpretação, por um lado, e integração, do outro, corresponde a uma única unidade ou momento totalizante no processo de interpretação-aplicação do Direito e seu desenvolvimento<sup>73</sup>, não existindo distinção entre interpretação extensiva (ou restritiva) e analogia. Aliás, em causa está, pura e simplesmente, a distinção entre interpretação e analogia, no sentido tradicional. Abandonada a autonomização privilegiada da letra da lei relativamente aos demais fatores interpretativos deixa de ter fundamento a distinção para se passar a dizer, com Germann, Sax, Jescheck, Castanheira Neves, José Bronze ou Santos Justo, não haver uma interpretação extensiva ou restritiva, mas só uma correta interpretação. Isto não significa, obviamente, que deixe de haver diferenças nesta unidade metodológica. Porém, as antigas discriminações não poderão mais pensar-se como discriminações formais<sup>74</sup>. Até porque, sabe-se hoje, particularmente na sequência das insistências de Kaufmann, a interpretação tem sempre um carácter analógico<sup>75</sup>.

V – A compreensão da interpretação e realização do Direito nos termos propostos não se opõe o último cânone de solução do problema das lacunas expresso no artigo 10.º/3 do Código Civil:

Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

<sup>72</sup> Neste sentido v., por exemplo, CASTANHEIRA NEVES, *O princípio...*, in *Digesta...*, I, 448 e ss.; Id. *interpretação...*, in *Digesta...*, II, 370 e ss.; Id., *Metodologia...*, 207 e ss., 265 e ss.; Id., *O atual...*, *passim*, e 309 e ss.; JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 932; SANTOS JUSTO, *Nótulas...*, 83 e ss.

<sup>73</sup> Assim v., por todos, SANTOS JUSTO, *Nótulas...*, 83 e ss.; e também quanto escreve CASTANHEIRA NEVES, *O princípio...*, in *Digesta...*, I, 448 e ss.; Id. *interpretação...*, in *Digesta...*, II, 370 e ss.; Id., *Metodologia...*, 207 e ss., 265 e ss.; Id., *O atual...*, *passim*, e 309 e ss.; JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 932, a propósito da analogia e interpretação extensiva.

<sup>74</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação...*, in *Digesta...*, II, 370 e ss..

<sup>75</sup> Cf., *colorandi causa*, CASTANHEIRA NEVES, *O princípio...*, in *Digesta...*, I, 457; *Metodologia...*, 268 e ss.. V., também, JOSÉ BRONZE, *A metodologia entre a semelhança e a diferença (reflexão sobre problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, 1994.

Parece óbvio que sendo o caso decidido a resolver de acordo com o artigo 10.º/3 do Código Civil um caso «novo» (de todo ainda não previsto), só se poderá ascender a um geral, que lhe diga respeito, mediante uma abstração que o tenha metodicamente como ponto de partida. Mas não se dispendo antecipadamente de um critério jurídico geral de relevância pelo qual se pudesse concluir, por sua mera aplicação, que o caso concreto é um caso jurídico de um determinado tipo – numa perspectiva abstrata – por certo que a relevância jurídica do caso não pode ser outra senão aquela que lhe projeta o seu problemático sentido jurídico. Ele é um problema jurídico concreto – e o sentido jurídico que nele desse modo concretamente se constitui é o sentido juridicamente relevante. E é como resposta normativa a esse concreto problema, com a sua própria relevância, que a decisão jurídica terá de ser proferida, para ser decisão daquele caso com aquela relevância<sup>76</sup>.

Significa isto que afinal o cânone metodológico do artigo 10.º/3 – deverá o julgador decidir na sua concreta realização do direito em autónoma constituição normativa «como se fosse o legislador» – só poderá ser o de chamar à colação a exigência da generalização possível, o princípio da universalização ou generalização *kantiano* formulado na *Crítica da razão prática*: «*age de tal modo que a máxima da tua vontade possa ser sempre considerada como um princípio de legislação universal*»<sup>77-78</sup>.

### § 3.º **Conflito de interesses nas sociedades comerciais e o impedimento do exercício do direito de voto em Assembleia Geral**

#### 5. *O conflito de interesses na disciplina societária: enquadramento geral*

I – As sociedades comerciais, em especial as sociedades anónimas, conhecem várias tipologias de conflitos de interesses. Estes ocorrem em diversos níveis da estrutura de governo societário e com diversas intensidades.

Numa sistematização muito sintética, podemos identificar a seguinte tipologia fundamental de conflitos de interesses:

- a) Administração da sociedade *vs.* acionistas;

<sup>76</sup> Sobre isto v. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...*, I, 308 e ss., *maxime* 315 e ss.; e *Metodologia...*, 283 e ss..

<sup>77</sup> V. KANT, *Critique of practical reason*, § 7.º [tradução de KINGSMILL ABBOT, reimpressão da edição de 1909, 2004, 31].

<sup>78</sup> Assim, também, CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...*, I, 308 e ss., *maxime* 315 e ss.; e *Metodologia...*, 283 e ss..

- b) Acionistas minoritários *vs.* acionistas majoritários;
- c) Acionistas *vs.* *stakeholders*<sup>79</sup>; e podemos ainda acrescentar
- d) Acionistas *vs.* sociedade.

II – Da tipologia apresentada, o conflito de interesses mais estudado e que, de algum modo, se revela a *sede dogmática* por excelência do tratamento jussocietário desta matéria é o conflito de interesses entre acionistas e administradores. É ele objeto de especial atenção em sede *corporate governance*<sup>80-81</sup>.

<sup>79</sup> PAULO CÂMARA, *Conflito...*, in *Conflitos...*, 37.

<sup>80</sup> Em regra, a análise dos conflitos entre acionistas e administradores está associada à *dissociação económica e jurídica entre a propriedade e a gestão das sociedades* que corresponde ao denominador comum dos problemas de agência, independentemente dos matizes anglo-saxónicos ou continentais que possam revestir, em razão das características dos mercados em causa. No mercado de matriz *anglo-saxónica* encontram-se, em regra, sociedades de grande dimensão, com uma considerável fragmentação da titularidade do capital social. Neste contexto, verifica-se uma radical distinção entre a propriedade e a gestão da sociedade. O mercado bolsista goza de um papel fundamental: ele corresponde não só ao principal palco da propriedade das empresas, como representa a mais relevante forma de financiamento da atividade empresarial. O principal desafio, nesta estrutura de mercado, passa pela definição de instrumentos de controlo e fiscalização das sociedades que garantam a proteção dos investidores face à discricionariedade dos gestores profissionais. Tais instrumentos, no modelo de governação *anglo-saxónico*, passam, sobretudo, pela criação de uma normatividade externa à estrutura societária – *outsider system* –, nomeadamente pela regulação do próprio mercado bolsista. Nos mercados europeus a situação é inversa. A concentração de capitais em estruturas familiares ou em outras sociedades e grupos financeiros é grande. O acionista europeu tem, na sua larga maioria, um rosto, uma história de investimento – uma *genealogia económica* – e detém participações sociais com grande expressão no capital social das sociedades em que investe. Em consequência, os custos de agência associados à separação entre a propriedade e a gestão são menos sentidos já que, não obstante uma administração profissionalizada, a estrutura acionista consegue, em muitos casos, obter um controlo efetivo sobre a administração. Também o mercado bolsista desempenha um papel menos determinante, o que é fruto, por um lado, da concentração de capitais e, por outro, do facto de o financiamento societário ser feito, em larga medida, mediante o recurso a capitais de débito ou a capitais de risco. Daí a importância marcada da banca como investidora direta e indireta no mercado. Neste contexto, o controlo externo, próprio do modelo anglo-saxónico, não obtém tanto sucesso. Na Europa continental, o modelo de governação das sociedades passa antes por um controlo interno das administrações – *insider system* –, através dos acionistas com mais interesses na empresa, os quais, por sua vez, se controlam mutuamente e são igualmente controlados por outros grupos, tais como os bancos e os trabalhadores, com interesses e relações privilegiadas com a sociedade.

<sup>81</sup> Existe uma abundante literatura jurídica sobre a questão do conflito de interesses no societário e das relações de administração em concreto. Referimos *colorandi causa*, de entre a bibliografia tedesca, KÜBLER/ASSMANN, *Gesellschaftsrecht. Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen*, 6.<sup>a</sup> ed., 2006, 286; WIESNER, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, IV, *Aktiengesellschaft*, 3.<sup>a</sup> ed., 2007, IV, 284 e 285; SEIBT, SEIBT, *Kommentar*

zum Aktiengesetz, organizado por SCHMIDT/LUTTER 2008, I, §§ 1 – 149, comentários ao § 78, 903 e 904; SPINDLER, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 3.<sup>a</sup> ed. por WULF GOETTE com a colaboração de SUSANNE KALSS para o Direito austríaco, 2008, III, comentário ao § 78, 165 e 166; MARSCH-BARNER/DIEKMANN, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht*, III, *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, 3.<sup>a</sup> ed., 2009, III, 882 e ss.; ANDREAS HEIDINGER, *Der GmbH in der Gestaltungs- und Beratungshinweise in der GmbH-Praxis*, HERIBERT HECKSCHEN/ANDREAS HEIDINGER, 2.<sup>a</sup> ed., 2009, 260 e ss.; ROCCO JULA, *Der GmbHG-Geschäftsführer*, cit., 47 e ss.; *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar*, ROTH/ALTMEPPE, 6.<sup>a</sup> ed., 2009, comentário ao § 35, 669 e ss.; THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften. Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 5.<sup>a</sup> ed., 2010, 450 e ss.; enquanto relativamente ao Direito austríaco se pode ver KALSS, *Münchener Kommentar...*, III, comentário ao § 78, 176. Na doutrina italiana, cfr., sempre a título exemplificativo, ALBERTO MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società*, direção de ALBERTO MAFFEI ALBERTI, coordenação de GIANLUCA GUERRIERI, AAVV, comentário ao artigo 2475 – ter (por A. POMELLI), 1035 e ss.; ELISABETTA BERTACHINI, *Idem*, comentário ao artigo – ter, 1055 e ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, *Diritto delle società*, 2009, II, 374. No âmbito da *common law* pode ver-se, a título ilustrativo, MARK WALSH/JOHN LOWRY, *CSR and corporate governance*, in *Corporate social responsibility: the corporate governance of the 21st century*, organização de RAMON MULLERAT/DANIEL BRENNAN, 2005, 37 e ss., 46 e ss., 48 e 49, 55; JOHN MARK ZEBERKIEWICZ/BLAKE ROHRBACHER, *Dealing with Dissidents: vote-Buying and Management Slates*, in *The corporate & securities law advisor*, 2008, 22, 4, 1 e ss.. Para uma referência à problemática apresentada por esta figura no âmbito da representação voluntária cfr. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação...*, 935 e ss., e bibliografia aí constante. Quanto à nossa literatura v., com interesse, para a questão que nos ocupa: INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contrato entre sociedades anónimas e o seu diretor*, in *O Direito*, 1955, 87, 154 e ss.; VAZ SERRA, *Contrato consigo mesmo*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 1958, 91, 203; *Id.*, *Contrato consigo mesmo e negociação de diretores ou gerentes de sociedades anónimas ou por quotas com as respetivas sociedades*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 1967-1968, 100, 203; RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas*, 1991, III, 176 e 177; *Id.*, *Reuniões e deliberações do Conselho de Administração*, in estudos vários sobre sociedades anónimas, 1992, 529 e ss., 551 e ss.; ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas. Organização e estatuto dos administradores*, 1990, 195 e 196; PAULO DE TARSO DOMINGUES, *A vinculação das sociedades por quotas no CSC*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2004, I, 302 e 303; ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2007, comentário ao artigo 397.º, 388; COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2007, 27 e 28; MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, coordenação de MENEZES CORDEIRO, 2009, comentário ao artigo 397.º, 975; PAULO CÂMARA, *Conflito...*, in *Conflitos...*, 37 e ss., 63 e ss.; JOSÉ FERREIRA GOMES, *Conflitos de interesses entre acionistas nos negócios celebrados entre a sociedade anónima e o seu acionista controlador*, in *Conflitos de interesses no direito societário e financeiro, um balanço a partir da crise financeira*, 2010, 75 e ss., 101 e ss.; JOÃO SOUSA GIÃO, *Conflitos de interesses entre administradores e os acionistas na sociedade anónima: os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores*, in *Idem*, 215 e ss., 237 e ss.. Na jurisprudência v., com relevo, STJ 27-01-1967 (GONÇALVES PEREIRA), in *Boletim do Ministério da Justiça*, 1967, 163, 322 e ss.; RPt 5-12-1995 (MÁRIO CRUZ), in *Coletânea de jurisprudência*, 1995, XX,V, 216 e ss. (sociedade anónima – administrador – negócio consigo mesmo

Com efeito, e sem preocupações de exaustão, vigoram no regime jussocietário múltiplas regras nas quais se estabelecem diversos tipos de condicionamentos ou proibições referentes à conduta dos administradores e à sua relação com os acionistas e a sociedade, por exemplo, regras referentes à concessão de crédito (artigos 397.º e 428.º do CSC), à celebração de contratos de trabalho ou de prestação de serviços (artigos 398.º e 428.º), à votação em caso de conflito de interesses (artigo 410.º/6), e ao exercício de atividade concorrente (artigo 398.º), à fixação pelo membro do conselho da sua própria remuneração<sup>82</sup>.

III – Não obstante a pluralidade de conflitos de interesses no seio das estruturas societárias, o Código das Sociedades Comerciais não conhece ainda um tratamento normativo unificado de tais conflitos. Mais: os mesmos grupos de casos problemáticos conhecem soluções de Direito radicalmente distintas de tipo societário para tipo societário, não sem prejuízo da própria harmonia sistemática do Direito das sociedades.

A título exemplificativo, veja-se a solução normativa prevista no artigo 397.º do CSC para os negócios celebrados entre a sociedade anónima e os seus administradores e a ausência de preceito equivalente que regule a celebração de negócios entre os gerentes e a sociedade<sup>83</sup>.

– nulidade – vantagens especiais [= in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Proc. 9520260/ITIJ, mas apenas com indicação do sumário]; STJ 15-5-1997 (FIGUEIREDO DE SOUSA), Proc. 96B734/ITIJ (simulação de contrato – requisitos – compra e venda – eficácia do negócio – transmissão de direito real – negócio consigo mesmo [apenas com indicação de sumário]); RPt 13-12-2005 (ALZIRO CARDOSO), Proc. 0521121/ITIJ (sociedade comercial – sociedade por quotas – negócio consigo mesmo); RCb 4-10-2005 (MONTEIRO CASSIANO), Proc. 2158/05/ITIJ (negócio consigo mesmo – contrato outorgado por administrador comum às sociedades autora e ré); RCb 12-9-2006 (HÉLDER ROQUE), Proc. 69/04.9TBACN.C1/ITIJ (negócio consigo mesmo – contratos celebrados entre sociedades com administrador comum – legitimidade para arguir a nulidade do negócio); RLx 10-10-2006 (ISABEL SALGADO), Proc. 4916/2006-7/ITIJ (negócio consigo mesmo); RPt 15-11-2007 (MÁRIO FERNANDES), Proc. 0634304/ITIJ (negócio consigo mesmo – dupla representação); RPt 5-2-2009 (PINTO DE ALMEIDA), Proc. 0835545/ITIJ (negócio consigo mesmo – legitimidade substantiva – gerente – administrador – diretor – dever de diligência).

<sup>82</sup> V., *colorandi causa*, PAULO CÂMARA, *Conflito...*, in *Conflitos...*, 39.

<sup>83</sup> A doutrina tradicional – encabeçada por RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas (Comentário ao Código das Sociedades Comerciais)*, III, 1991, 176-177 – tem defendido a aplicação a estes casos das disposições de Direito comum, em particular do artigo 261.º do CC. A jurisprudência tem seguido este mote. Assim, por exemplo, RPt 13-Abr.-1999 (AFONSO CORREIA), Proc. 9920391/ITIJ: “Quando o gerente, em nome da sociedade, queira celebrar consigo qualquer contrato, o consentimento da

Sobre esta matéria, pode na verdade afirmar-se que existe uma tensão complexa entre o sistema externo do Direito societário e as exigências fundamentais do sistema interno<sup>84</sup>.

IV – Para que de um conflito de interesses se possa falar é necessário que se verifique uma *situação de incompatibilidade* e de *relevância material*, bastando, porém, a sua simples potencialidade objetiva<sup>85</sup>.

Quer isto dizer: é necessário que (i) os interesses fundamentais das partes em questão sejam verdadeiramente inconciliáveis, na justa medida em que a prossecução de um importa a exclusão ou, pelo menos, o prejuízo sério do outro; e (ii) que tal situação de incompatibilidade se refira a interesses materialmente relevantes que convoquem ao palco a necessidade do arbítrio do Direito. Tal não acontecerá se, não obstante a incompatibilidade, a prossecução ou frustração dos interesses em causa for social e economicamente irrelevante, segundo padrões de normalidade.

Não é de exigir, contudo, a ausência de deveres contrapostos, como alguns autores sugerem. Com efeito, há situações de conflito de interesses em que se poderia dizer, numa aproximação descuidada, haver conflito de determinados deveres consigo próprios. Basta ver como, numa primeira leitura, de acordo com os deveres gerais de lealdade e de cuidado, o administrador deveria bater-se pela celebração de todos os contratos que são proveitosos, porventura mesmo fundamentais, para a sociedade. Porém, se a outra parte no negócio, que até pode salvar a sociedade, for um administrador, este estará em conflito de interesses para efeito do previsto no artigo 397.º do Código das Sociedades Comerciais.

*sociedade há de ser dado por deliberação dos sócios na qual o interessado, se for sócio, não poderá votar (...)*; RPt 13-Dez.-2005 (ALZIRO CARDOSO), Proc. 0521121/ITIJ: “*A consequência da celebração pelo gerente de uma sociedade por quotas de contrato entre a sociedade e o próprio gerente, diretamente ou por interposta pessoa, decorre, com as necessárias adaptações, do princípio geral estabelecido no art.º 261.º do C. Civil.*”. No mesmo sentido, veja-se ainda REv 19-Jun.-2008 (FERNANDO BENTO), Proc. 521/08-2/ITIJ. Com maior desenvolvimento, cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *O governo de sociedades por quotas: Breves reflexões sobre a celebração de negócios entre o gerente e a sociedade*, in *O governo das Organizações – A vocação expansiva do corporate governance* (org. PAULO CÂMARA), 2011, 95-123.

<sup>84</sup> Sobre as relações entre sistema externo e interno, veja-se a interessante reflexão de FRANZ BYDLINSKI, *Zum Verhältnis von äusserem und innerem System im Privatrecht*, in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, 2007, 1017-1040. Sobre a complementaridade do pensamento problemático e sistemático v., novamente, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direitos...*, 570 e ss..

<sup>85</sup> RAÚL VENTURA, *Sociedades...*, II, 297 e ss.; Id., Id., *Reuniões e deliberações do conselho de administração*, in *Estudos vários sobre sociedades anónimas*, 1992, 553 e 554.



## 6. *A possibilidade de verificação de um conflito de interesses entre os acionistas e a sociedade*

I – Enunciámos há pouco como tipologia de conflitos de interesses intrasocietários os que se verificam entre os acionistas e a própria sociedade. Tal conflito, como assinálamos, pressupõe a potencialidade objetiva de uma *situação de incompatibilidade*, com *relevância material*, entre o(s) interesse(s) do(s) acionista(s) e o(s) interesse(s) da sociedade.

Sucede, porém, que a identificação de um tal tipo de conflito exige algum esforço de demonstração dogmática. Com efeito, não é tão evidente quanto *prima facie* poderia parecer a possibilidade de os interesses dos acionistas podem conflituarem com os interesses da sociedade ou, pelo menos, a possibilidade de existir um conflito *tipo* desta natureza, diferente da tipologia de conflitos ocorridos entre acionistas minoritários *vs.* acionistas majoritários<sup>86</sup>.

II – Este esforço de demonstração dogmática a que aludimos não pode aqui ser desenvolvido plenamente. Bastam-nos, contudo, duas observações para que o conflito de interesses em causa conheça suficiente enquadramento.

Em primeiro lugar, assinala-se que independentemente da natureza do denominado *interesse social* – um dos interesses em potencial conflito – a existência de uma personificação das sociedades comerciais, com a conseqüente criação de um centro autónomo de imputação jurídica, não pode deixar de implicar um especial modo de afetação de bens e posições jurídicas.

Superando a clivagem entre a conceção contratualista e institucionalista do interesse social, há que reconhecer, pelo menos, que a personificação das sociedades importa a presença de um *modo coletivo* de prossecução de um interesse (ainda que comum dos sócios)<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> Pense-se, por exemplo, numa pura conceção contratualista das sociedades comerciais onde o interesse social surge como o interesse comum dos sócios, enquanto tal. Veja-se, por exemplo, VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, 1976, 242 (116); COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, 1994, 230-231 e MENEZES LEITÃO, *Pressupostos da exclusão de sócio nas sociedades comerciais*, 1989, 39 (37). Ante uma tal conceção, dificilmente o interesse da sociedade gozará de uma identidade suficientemente autónoma para poder conflitar com o interesse dos sócios. Na melhor das hipóteses, numa pura conceção contratualista, o conflito de interesses *acionistas vs. sociedade* redundará num conflito de interesses *acionistas minoritários vs. acionistas majoritários*.

<sup>87</sup> Veja, a este propósito, MENEZES CORDEIRO, *Manual ...*, I, 871-873.

Ora, é tal *modelação coletiva* da prossecução do interesse que pode conflitar com os interesses dos acionistas isoladamente considerados e que é independente face à dicotómica distinção maioria/minoria.

Em segundo lugar, retenha-se ainda que a recondução do interesse da sociedade ao interesse dos próprios sócios não afasta liminarmente a possibilidade de existir um conflito de interesses entre os acionistas e a sociedade. Isto, desde logo, porque não é impossível que o mesmo sujeito seja titular de interesses juridicamente conflituantes em que a prossecução de um importe o sacrifício de outro. Daqui se retira que o facto de o interesse da sociedade poder ser um interesse próprio do acionista não afasta a hipótese de um conflito entre os interesses dos acionistas, prosseguidos a *modo coletivo*, e os interesses dos acionistas isoladamente considerados.

III – Estas duas observações são as bastantes para evidenciar que seja qual for o entendimento que se sustente acerca do interesse social, é possível, do ponto de vista metodológico e jurídico-problemático, assinalar uma tipologia de conflitos de interesses na disciplina das sociedades comerciais que oponha os interesses dos sócios ao interesse da sociedade.

## **7. O impedimento de voto do artigo 384.º/6 do Código das Sociedades Comerciais como norma proibitiva de atuação em conflito**

I – Têm sido propostas várias classificações a propósito das técnicas de regulação de conflitos de interesses. Uma delas aponta para *técnicas proibicionistas*, *técnicas de legitimação* e de *gestão do conflito*<sup>88</sup>.

A técnica mais useira e vezeira no Direito societário português é a *proibicionista*. O Direito das sociedades, com efeito, recorre com frequência à proibição legal de certa conduta com vista a evitar (i) ou a própria existência de uma situação de conflito de interesses; (ii) ou, pelo menos, as consequências desfavoráveis associadas a tal conflito<sup>89</sup>.

Tome-se por exemplo a proibição de celebração de contratos de trabalho ou prestação de serviços entre os administradores de uma sociedade e outra sociedade que com ela se encontre em relação de domínio ou de grupo (artigo 398.º/1 do CSC). Trata-se de uma norma proibitiva destinada a evitar a exis-

<sup>88</sup> PAULO CÂMARA, *Conflito...*, in *Conflitos...*, 57 e 58.

<sup>89</sup> PAULO CÂMARA, *Conflito...*, in *Conflitos...*, 63 e ss..

tência de um conflito de interesses. Com efeito, uma vinculação jurídica autónoma a uma sociedade que se encontre em relação de domínio ou de grupo com a sociedade de que certo sujeito é administrador não determina por si a existência de um conflito de interesses. No entanto, tal é altamente provável. O Direito proíbe a constituição do vínculo em causa para prevenir a possível existência de uma situação de conflito de interesses.

Diferente é a situação da proibição do voto prevista no artigo 410.º/6:

O administrador não pode votar sobre assuntos em que tenha, por conta própria ou de terceiro, um interesse em conflito com o da sociedade; (...).

Neste caso, a existência de um conflito é pressuposto da aplicação normativa da proibição de voto. Tal proibição não visa evitar o conflito (que existe) mas antes evitar as consequências desfavoráveis a ele inerentes.

II – No caso de conflito entre os acionistas e a sociedade, o Direito societário conhece também *normas proibitivas de atuação em conflito*. A proibição do exercício do direito de voto prevista no artigo 384.º/6 é um exemplo de tal técnica proibitiva. Reza assim o preceito:

6. Um acionista não pode votar, nem por si, nem por representante, nem em representação de outrem, quando a lei expressamente o proíba e ainda quando a deliberação incida sobre:

- a) Liberação de uma obrigação ou responsabilidade própria do acionista, quer nessa qualidade quer na de membro de órgão de administração ou de fiscalização;
- b) Litígio sobre pretensão da sociedade contra o acionista ou deste contra aquela, quer antes quer depois do recurso a tribunal;
- c) Destituição, por justa causa, do seu cargo de titular de órgão social;
- d) Qualquer relação, estabelecida ou a estabelecer, entre a sociedade e o acionista, estranha ao contrato de sociedade.

Reza ainda o n.º 7:

O disposto no número anterior não pode ser preterido pelo contrato de sociedade.

Algumas notas merecem ser sublinhadas. Em primeiro lugar, estamos diante de uma proibição *injuntiva* do exercício do direito de voto que não fica entregue, portanto, à livre disponibilidade das partes. Daqui se retira que a liberdade conformação dos estatutos não abrange a matéria referente ao conflito de interesses entre os sócios e a sociedade.

Em segundo lugar, e contra o que *prima facie* poderia parecer, estamos perante uma *enumeração exemplificativa*. Com efeito, se indagarmos qual a teleologia de cada uma das hipóteses previstas no artigo 384.º/6, chegamos à conclusão que a teleologia é sempre a mesma em todas e cada uma das alíneas: *evitar uma atuação* (neste caso o exercício do direito de voto) *em conflito de interesses*.

À luz da teleologia do preceito, ou, se se preferir, da intenção problemática a ele subjacente, da relevância do problema intencionado, o intérprete dá-se conta que as diversas alíneas mais não são que a ilustração, não exaustiva nem excludente, de situações de conflitos de interesses entre o sócio e a sociedade.

Daqui se retira a seguinte conclusão, que corresponde ao real sentido normativo do preceito: *o artigo 384.º/6 contém uma proibição genérica de um acionista votar em situação de conflito de interesses* (seja, depois, de quanto se viu por aplicação-compreensão-do Direito, por concreta assimilação, seja por analogia, sendo, porém, como se viu o processo de interpretação-aplicação, sempre analógico, seja por autónoma constituição do Direito por aplicação do cânone interpretativo do artigo 10.º/3 do Código Civil. Neste caso todas as vias metodológicas vão dar à mesma solução).

Isto significa que um acionista que se encontrar, em determinada Assembleia Geral, em situação de conflito de interesses (tal como a enunciámos) sem a mesma configurar uma hipótese-tipo expressamente prevista no artigo 384.º/6; tal acionista, por força do mesmo preceito normativo, encontra-se impedido de votar.

#### **8. *Cont.: o alcance normativo da alínea d) do n.º 6 do artigo 384.º/6 do Código das Sociedades Comerciais***

I – A conclusão *supra* enunciada é especialmente importante face ao disposto na alínea *d)* do n.º 6 do artigo 384.º. Se bem atendermos, nesta alínea encontra-se presente o *duplo escopo da técnica proibicionista*, enquanto modelo de regulação de conflito de interesses. Com efeito, ao proibir o direito de voto em caso de deliberação sobre qualquer tipo de relação estabelecida ou a estabelecer entre o acionista e a sociedade, o preceito está a procurar quer evitar a criação de uma situação de conflito (à semelhança do que sucede no artigo 398.º do CSC), quer evitar a produção das consequências indesejadas de um conflito já existente (à semelhança do que sucede em sede do artigo 410.º/6).

O concreto perfil regulador de conflitos de interesses dependerá do efeito casuístico da sua aplicação.

II – Ora, a proibição de voto prevista no artigo 384.º/6, *d*) parece abranger tão só o acionista que estabeleça ou venha a estabelecer uma relação com a sociedade, seja ela qual for.

Tal, porém, não corresponde à verdade.

Com efeito, podem existir acionistas que, sem serem parte na relação jurídica em causa – isto é: sem serem “o acionista”, *apertis verbis*, previsto na alínea *d*) do artigo 384.º/6 – estão impedidos de votar na Assembleia Geral porque estão numa situação de conflito de interesses emergente da relação que “o acionista” estabelece ou vai estabelecer com a sociedade.

Tal conflito pode resultar quer da existência de um interesse colateral ou correlacionado com a relação jurídica estabelecida ou a estabelecer, quer, inclusivamente, da concreta estrutura jussocietária do acionista em conflito de interesses. Por outras palavras: pode também estar abrangido pelo impedimento de voto aquele acionista que participa no capital social de um acionista em conflito de interesses se, através da sua relação intrassocietária, conseguir granjear benefícios especiais.

III – Dois exemplos de escola ajudam a ilustrar esta ideia.

Se *A* e *B* (pai e filho), são acionistas de uma mesma sociedade e em determinada Assembleia Geral se vai deliberar a constituição de certa relação jurídica com o pai *A*, não só este está impedido de votar como, possivelmente, também *B* não poderá votar já que é de supor que terá um interesse indireto, colateral ou correlacionado com o interesse principal em conflito.

Do mesmo modo, se em determinada Assembleia Geral se vai deliberar a realização de certa operação económica com o acionista *X*, *Y*, também acionista e entidade promotora ou financiadora da operação em causa, também não poderá votar na referida Assembleia Geral.

Em ambos os exemplos de escola outra coisa não se faz do que aplicar a norma que se retira do artigo 384.º/6: *a proibição de exercício do direito de voto em situação de conflito de interesses*.

#### § 4. **A incidência dos deveres de lealdade no contexto do conflito de interesses entre os acionistas e a sociedade**

##### 9. *Razão de ordem*

I – O reconhecimento da existência de um *dever de lealdade* exprime, no discurso jurídico, a ideia de exigibilidade de um comportamento orientado por

especiais critérios ético-normativos. Uma pessoa está sujeita a um (especial) dever de lealdade quando, por algum título, é expectável que o seu comportamento exceda o genérico *honeste vivere, alterum non laedere* e se conforme com uma especial exigência ética socialmente identificável e normativamente tutelada.

Ora, a verificação da existência de um conflito de interesses (real ou potencial) entre os acionistas e a sociedade exige que o intérprete-aplicador afira com especial cuidado a incidência sobre os acionista em causa dos deveres de lealdade para com a sociedade e, eventualmente, para com os outros sócios. Isto, desde logo, porque como adiante melhor se verá, à lealdade não é estranho o dever de evitar ou obviar a existência de uma situação de conflito.

II – A experiência do comércio jurídico demonstra, para além do que fica dito, que não poucas vezes as sociedades comerciais são instrumentais face à concretização de certo escopo negocial.

Com efeito, em muitos casos, a constituição de uma sociedade e a correspondente participação dos sócios no seu capital revela ser um passo num *iter* contratual mais lato, normalmente associado a realidades negociais de escopo comum, a contratos de cooperação ou, numa designação mais genérica, a formas jurídicas de *joint venture*<sup>90</sup>. Neste contexto, o interesse da sociedade surge funcionalmente subordinado ao escopo contratual onde a sua constituição se prevê. A autonomia societária – fonte de uma heteronomia jurígena – esconde, afinal, uma dependência da vida da sociedade face à realização do fim contratual onde a sua constituição se insere<sup>91</sup>.

Em outros casos, não menos frequentes, não se verifica uma pura instrumentalização do próprio ente coletivo mas antes da participação na estrutura societária. Aqui, a instrumentalização manifesta-se quanto ao *investimento societário* realizado pelas partes e materializado na titularidade de certa participação social, cujo exercício surge associado ou subordinado ao escopo do plano contratual onde tal titularidade se insere.

III – A presença de uma instrumentalização (em maior ou menor grau) da participação no capital social de uma sociedade tem claras consequências na

<sup>90</sup> Com desenvolvimento, veja-se LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento comum, joint-venture, em direito internacional privado*, 1998.

<sup>91</sup> Com especial interesse, CARNEIRO DA FRADA, “Acordos parassociais “omnilaterais” – Um novo caso de desconsideração da personalidade jurídica?” *DRS I* (2009), 2, 97-13. Com efeito, em regra, uma tal instrumentalização determina uma identidade subjetiva entre os sócios da sociedade-instrumento e partes na *joint venture*.

concretização dos deveres de lealdade dos sócios. Isto, desde logo, porque a subsunção de uma relação jurídico-societária a uma forma contratual de *joint venture* – associada por regra a exigências de *uberrimae fidei* – determina uma concorrência de fontes legais e contratuais de deveres de lealdade, que se podem entrecruzar no exercício de posições jurídicas societárias.

A atuação em conflito de interesses (ou a sua proibição) é um palco natural da convergência de tais deveres.

## 10. *Os deveres de lealdade: enquadramento geral*

I – A origem dogmática do dever de lealdade confunde-se com a génese jurídica da própria *bona fides*. Em vão, com efeito, têm tentado os autores autonomizar no plano do Direito civil a lealdade da boa fé. A tentativa mais conhecida ficou a dever-se a Hueck que, em 1947, propôs a distinção normativa *boa fé* (*Treu und Glauben*) e *deveres de lealdade* (*Treugebot*)<sup>92</sup>. À boa fé exigir-se-ia uma especial relação entre as partes, permitindo a existência de deveres positivos; os deveres de lealdade, por seu turno, teriam por campo de aplicação as relações comunitário-pessoais (*persönlichen Gemeinschaftsverhältnis*), por oposição às relações puramente obrigacionais.

II – A autonomização ensaiada por Hueck entre *Treu und Glauben* e *Treugebot* não veio contudo a vingar na dogmática continental.

Bem vistas as coisas, ela dependia da capacidade de dotar a *persönlichen Gemeinschaftsverhältnis* de suficiente autonomia dogmática face às relações jurídicas obrigacionais. Houve tentativas de uma tal autonomização no âmbito do Direito laboral mas sem sucesso. Também no Direito societário é ainda hoje discutida a possibilidade de uma autonomização dos deveres de lealdade face ao instituto geral da boa fé, nomeadamente a propósito da concretização normativa dos deveres de lealdade dos administradores, previstos no artigo 64.º do CSC.

Sem prejuízo do que possa dizer-se sobre esta temática, a verdade é que a lealdade tornou-se um conceito mais compreensivo que analítico: exprime uma valoração normativa, uma orientação decisória, mais do que concretas situações jurídicas passivas.

Da evolução histórico-dogmática ficou também uma derivação linguística no discurso: os deveres de lealdade são normalmente convocados ante realida-

<sup>92</sup> ALFRED HUECK, *Treugebanke im modernen Privatrecht*, 1947.

des jurídicas de pendor corporativo e organizacional, ante *Gesamthandsverhältnis*<sup>93</sup> e estruturas que envolvam uma especial proximidade e confiança entre os sujeitos<sup>94</sup>.

Por esta razão afirma Menezes Cordeiro que a lealdade surge no direito societário como o *equivalente à ideia civil da boa fé*<sup>95</sup>.

III – Sem autonomia dogmática face à boa fé, a lealdade torna-se, assim, um vetor deste instituto ou, se preferirmos, numa concreta expressão normativa, de natureza tipológica, da *bona fides*.

Com este enquadramento genérico, vejamos em que medida é que a boa fé exige especiais deveres de lealdade nomeadamente em matéria *contratual*, nas especiais situações de *negócios de confiança* e no quadro das *relações jussocietárias*.

## 11. *Cont.: a lealdade como dever in contrahendo*

I – A lealdade interessa à realização dos negócios jurídicos antes da sua conclusão, durante a sua execução e *post pactum finitum*.

Antes da conclusão dos negócios jurídicos, a lealdade surge como um dever pré-contratual, conjuntamente com os deveres de proteção e informação. A sua violação gera responsabilidade civil por *culpa in contrahendo*, nos termos do artigo 227.º do CC.

*In contrahendo*, durante o *iter* negocial tendente a conclusão de um negócio jurídico, é exigível às partes que pautem a sua conduta por especiais deveres de lealdade que os levem a adotar comportamentos que tutelem os interesses em jogo e que, sobretudo, não frustrem as expectativas da contraparte ou inutilizem injustificadamente o investimento de confiança entretanto realizado<sup>96</sup>.

II – Sob a égide dos *deveres de lealdade* pré-contratual abrigam-se outros deveres que incumbem às partes *in contrahendo*. São eles, o dever *sigilo*, *cuidado* e *atuação consequente*<sup>97</sup>.

Este último dever é especialmente importante no comércio jurídico. Ele não envolve só uma *vertente negativa*, como a proibição da interrupção injusti-

<sup>93</sup> Conceito largamente utilizado por HÖLDER para explicar a natureza da personalidade coletiva. Cf. EDUARD HÖLDER, *Natürliche und juristische Personen*, 1905.

<sup>94</sup> MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 2004, 544 e ss.

<sup>95</sup> *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2009, 64.º, 16.

<sup>96</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...*, 551 e ss..

<sup>97</sup> MENEZES CORDEIRO *Da boa fé...*, 583.



ficada das negociações ou a proibição de condutas que conduzam a finalização do negócio jurídico à invalidade ou ineficácia, por exemplo; mas também uma importante *vertente positiva*.

Com efeito, por lealdade, as partes não estão apenas obrigadas a abster-se de alguns comportamentos, mas também a promover ativamente outros, cuja omissão determina uma juízo de censurabilidade jurídica.

Assim, por exemplo, as partes devem praticar os atos materiais e jurídicos necessários ou convenientes à manutenção das propostas e contrapropostas apresentadas; garantir que a sua atuação não virá a frustrar os interesses consolidados com a celebração dos negócios; garantir a correta formação da vontade contratual da outra parte; evitar posicionar-se em situação de conflito de interesses ou promover a sua resolução clara e transparente; e, de forma geral, promover ativamente as condutas que permitam uma conclusão honesta do contrato.

III – Próximos dos deveres de lealdade estão os deveres pré-contratuais de *proteção* e *informação*. Em muitos casos a fronteira é ténue e, como a noção de lealdade tem uma abrangência significativo-ideológica de maior alcance, em algumas decisões de Direito tais deveres surgem albergados sob o manto da lealdade.

Ainda assim, trata-se de situações jurídicas distintas. A proteção diz sobretudo respeito ao dever de evitar, sob a invocação de uma fase de negociações, a produção de danos na esfera jurídica da contraparte. A informação obriga a prestar todos os esclarecimentos necessários, com exatidão e rigor, em ordem à conclusão honesta e lista do negócio projetado.

IV – Enquanto manifestação pré-contratual das exigências ético-normativas da boa fé, os deveres de lealdade *in contrahendo* devem ser casuisticamente determinados mediante a ponderação dos dois vetores fundamentais do instituto da boa fé: a *tutela da confinação* e a *primazia da materialidade subjacente*.

Em última instância, a convocação dos deveres pré-contratuais de lealdade visa sempre e tão-só o controlo da *justiça material do caso concreto*, em sede de formação dos negócios jurídicos.

## 12. **Cont.: o dever de lealdade na execução do programa contratual e post pactum finitum**

I – Concluído o negócio jurídico, e sob a égide dos artigos 406.º/1 e 762.º/2 do Código Civil, a lealdade é agora convocada como *dever acessório*,

destinado a proteger o próprio escopo contratual e o equilíbrio das prestações nele consagrado<sup>98</sup>.

Como deveres de lealdade durante a execução do contrato podem ser apontados os deveres de não concorrência, de não celebração de negócios jurídicos incompatíveis com o já celebrado, de sigilo, de prestação atempada de informações, de colaboração no cumprimento, etc.

Durante esta fase, as partes estão especialmente obrigadas a promover a não frustração do programa contratual estabelecido, para além do seu natural e pontual cumprimento, bem como a evitar uma redistribuição, *post contractum*, da alocação do risco contratual diferente da emergente da sua celebração.

II – Especialmente relacionada com os *deveres de lealdade contratual* está a possibilidade de surgir na esfera jurídica das partes uma *obrigação de negociar*<sup>99</sup>, destinada a repor o equilíbrio contratual inicialmente fixado e que as vicissitudes do comércio jurídico podem ter ferido.

Também aqui a recondução aos princípios informadores da boa fé – tutela da confiança e primazia da materialidade subjacente – é indispensável para uma correta solução do caso concreto.

III – Dissolvido o vínculo contratual, é ainda possível invocar a sobrevivência de alguns deveres de lealdade *post pactum finitum*<sup>100</sup>. Um exemplo típico é o *dever de não concorrência* em sede de *trespasse comercial*.

Com efeito, uma corrente muito significativa da jurisprudência e a melhor doutrina têm vindo a aceitar a existência de um dever de não concorrência associado ao *trespasse* de estabelecimento comercial, mesmo quando tal não surge previsto no contrato de *trespasse*<sup>101</sup>.

IV – A sobrevivência de deveres de lealdade *post pactum finitum*, quando exigida pelo sistema, é ainda manifestação da tutela de uma confiança criada na esfera jurídica das partes e, por isso, reconduzida aos vetores fundamentais da recondução dogmática da boa fé.

<sup>98</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...*, 606 e ss.

<sup>99</sup> Cf., com desenvolvimento, MIGUEL GALVÃO TELES, *Obrigação de Negociar (Esboço de um Estudo)*, 1963.

<sup>100</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...*, I, 651, a propósito de dever acessório de informação após a cessação do contrato.

<sup>101</sup> MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 2009, 300.

### 13. O dever de lealdade em contextos de *uberrimae fidei*

I – Os deveres de lealdade emergentes da celebração de um negócio jurídico ganham outra medida de ponderação quando a realidade contratual, por si, exige uma *relação de especial confiança entre as partes*. Em causa estão os ditos *negócios de confiança* ou contratos *uberrimae fidei*<sup>102</sup>.

O ordenamento jurídico português não prevê especificamente a existência de tais contratos. Não obstante, é pacífico reconhecimento de que existem na vida sócio-económica relações jurídicas que exigem e envolvem um grau de confiança mais intenso do que o presente no regular comércio jurídico.

Tal *intensidade da confiança (gesteigertes Vertrauensverhältnis)* – enquanto pressuposto da celebração e correta execução de certo programa contratual – qualifica certo negócio como contrato *uberrimae fidei*.

II – Os negócios *uberrimae fidei* podem ser de variada natureza. Estão largamente associados às formas normativas de *fiducia* e *trust*, mas muitas outras relações jurídicas – algumas correspondendo a tipos legais do regular comércio jurídico – podem ser qualificadas como *especiais relações jurídicas de confiança*. Basta, para o efeito, que no caso concreto se verifique como pressuposto da celebração e execução do negócio uma especial intensidade de confiança que convoque para a resolução dos casos *sub iudice* ponderações jurídicas especiais, em regra repudiadas na regularidade do comércio jurídico. Muitas vezes, a especial intensidade de confiança surge também durante a execução do programa contratual, como uma evolução interna da dinâmica do contrato, especialmente se a sua execução se prolonga no tempo.

Esta qualificação *uberrimae fidei* acontece, por regra, nos contratos de cooperação e em geral nos negócios que merecem a qualificação genérica de *joint venture* e em formas de parceria jurídico-económica<sup>103</sup>.

III – Como já se sublinhou, a qualificação *uberrimae fidei* tem sobretudo uma dimensão heurística. Mais do que uma classificação contratual, em causa está a determinação de solução justa no caso concreto, que a qualificação *uberrimae fidei* possibilita.

<sup>102</sup> Com desenvolvimento e referências, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Têoria da Confiança ...*, 544 e ss.

<sup>103</sup> Com interesse para um enquadramento genérico, veja-se LUÍS MORAIS, *Empresas comuns joint ventures no Direito Comunitário da concorrência*, 2006, 145 e ss. e KLAUS LANGFELD-WIRTH, *Les joint ventures internacionales*, 1992, *passim*.

Ora, a qualificação a *uberrimae fidei* opera uma “especial modelação do conteúdo contratual”<sup>104</sup>. De tal modelação resulta, como sublinha Carneiro da Frada, que o padrão de conduta exigível às partes é mais exigente do que aquele que se exaura do artigo 762.º/2 do CC<sup>105</sup>.

Temos, portanto, que em um cenário contratual *uberrimae fidei* os deveres de lealdade são especialmente gravosos. Das partes exige-se não só a conduta expectável de regular comércio jurídico mas algo mais que pode ultrapassar a medida estrita da *regula* jurídica.

Por outras palavras: ante contratos *uberrimae fidei*, o padrão ético-normativo de conduta densifica-se. Torna-se expectável das partes uma conduta, naquele negócio, que supere a atuação honesta e lista que se exige na normalidade do comércio.

Em muitos casos a mera invocação do cumprimento, *apertis verbis*, das disposições normativas não chega para afastar a violação de deveres de lealdade que, no caso concreto, podem obrigar *praeter legem* mas *secundum jus*.

#### 14. A lealdade dos sócios para com a sociedade

I – No contexto do Direito societário, pelas razões já *supra* enunciadas, o discurso jurídico invoca não poucas vezes a noção de lealdade. Não só o discurso mas também as fontes. O exemplo mais paradigmático pode ser encontrado no artigo 64.º/1, b) que individualiza o dever de lealdade como um dever fundamental dos administradores<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança* ..., 549.

<sup>105</sup> CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança* ..., 551.

<sup>106</sup> Entre a nossa bibliografia, confirmam-se as seguintes obras a respeito do dever de lealdade dos administradores: MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64.º/1 do Código das Sociedades Comerciais)*, in *A reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, 2007, 19 e ss., 42 e ss. (igualmente publicado in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, 443 e ss.); Id., *A lealdade no direito das sociedades*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, III, 1033 e ss.; Id., *Direito...*, I, 874 e ss.; COUTINHO DE ABREU, *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, in *Reformas do Código das Sociedades*, 2007, 17 e ss., 22 e ss.; Id., *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2007, 25 e ss.; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2007, 67, I, 103 e ss., 143 e ss.; CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2007, 67, I, 159 e ss. (cfr., também, *A reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, 2007, 61 e ss., 69 e ss., 169 e ss.); NUNO TRIGO REIS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*,

O que nos interessa ponderar neste momento, porém, não diz respeito à posição jurídica dos administradores face à sociedade mas antes à projeção da lealdade na relação entre os sócios e a sociedade e entre os próprios acionistas.

II – É hoje pacificamente aceite a existência de *deveres de lealdade* dos sócios entre si e destes para com a sociedade. A permanência jurídica numa estrutura jussocietária coloca os sócios numa especial relação entre si e, dada a personificação jurídica da sociedade comercial, numa especial relação com a sociedade de que são sócios<sup>107</sup>.

A concretização normativa de tais deveres de lealdade exige a ponderação casuística do tipo societário em causa e da sua real estrutura sócio-empresarial. Porém, mesmo nas sociedades de capitais – *maxime* nas sociedades anónimas abertas – é hoje aceite a existência de deveres de lealdade entre os acionistas entre si e para com a sociedade<sup>108</sup>.

A simples previsão da invalidade das deliberações sociais abusivas, tomadas nos termos do artigo 58.º/1, b) do CSC, é base normativa bastante para sustentar tal dever de lealdade já que convoca diretamente para a formação das deliberações sociais o controlo material da boa fé.

III – A necessidade de uma concretização casuística dos deveres de lealdade dos sócios das sociedades comerciais compreende-se por três ordens de razão.

Em primeiro lugar, por razões metodológicas tendo em conta, como vimos, que o *prius* no *iter* na realização do Direito é o caso e não a norma.

Em segundo lugar, porque a rigidez da tipicidade societária não pode deixar de ser olhada com alguma reserva no processo de concretização normativa<sup>109</sup>.

in *Temas de direito comercial. Cadernos O Direito*, 2009, 4, 279 e ss.; VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social*, in *Revista de direito das sociedades*, 2009, I, 2, 380 e ss., 384 e ss., 395 e ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais*, in *Direito das sociedades em revista*, 2009, I, 2, 41 e ss.; PAULO CÂMARA, *Conflito...*, in *Conflitos...*, 59 e ss.; JOSÉ FERREIRA GOMES, *Conflitos de interesses entre acionistas nos negócios celebrados...*, in *Idem*, 121 e ss., *maxime* 157 e ss., 167 e ss.; JOÃO SOUSA GIÃO, *Conflitos de interesses entre administradores...*, in *Idem*, 229 e ss.. Sobre os deveres de lealdade pode ainda ver-se, com interesse, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Os credores e o governo societário...*, in *Revista...*, 2009, I, 1, 121 e ss..

<sup>107</sup> Com referências, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2006, 312 e ss.; MENEZES CORDEIRO *A lealdade no direito das sociedades*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, III, 1033 e ss.; Id., *Direito...*, I, 454-456.

<sup>108</sup> KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 2002, 589 e ss.

<sup>109</sup> Com efeito, o princípio da tipicidade no Direito societário é alvo de diversas críticas. Em causa estão as conhecidas insuficiências apontadas à rigidez da tipologia e a sua relação com o

Por fim, porque a possível existência de uma *instrumentalização funcional* da sociedade ou da participação social a um escopo negocial mais abrangente implica, como assináramos, a convergência de outras fontes legais e contratuais de deveres de lealdade que não só a verificação de um relação jurídico-societária. Neste último caso, o controlo intrassistemático da justiça material do caso concreto – que a invocação do instituto da Boa Fé, em última instância sempre visa garantir – exige a ponderação de específicos deveres de lealdade que, embora geneticamente externos à estrutura societária, incidem sobre o exercício da posições sociais dos acionistas.

IV – Às razões aduzidas, acrescente-se ainda outra: a natural *plasticidade* dos deveres de lealdade que, emergindo de uma especial relação de confiança, têm intensidades diversas consoante a realidade concreta dos sócios e da sociedade.

A tal intensidade não é também alheio o fator *tempo*. Com efeito, quanto mais duradouras são as relações jurídicas mais se potencia a criação de uma situação de proximidade particularmente forte entre as partes envolvidas<sup>110</sup>. A derivação ou a qualificação desta situação como uma relação *uberrimae fidei* é possível e em muitos casos necessária.

princípio da autonomia privada. Sobre este aspeto, veja-se KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, *op. cit.* 8 e ss. e 49 e ss. À positivação do *tipo* de sociedades comerciais está inevitavelmente associado um arquétipo sócio-económico e não a realidade (“... as características da forma jurídica das sociedades não correspondem inteiramente à realidade da vida jurídica.” – *Idem*, 49-50). O problema coloca-se quando os agentes económicos elegem, por razões várias, um determinado tipo que irá dar forma a uma realidade económica que não corresponde exatamente ao arquétipo para o qual o tipo foi criado. Verificam-se então as denominadas variações tipológicas (*Typusvariationen*) que correspondem às concretas modelações societárias dentro do mesmo tipo que as diversas realidades económica podem conhecer. Como exemplo paradigmático de tais variações, KARSTEN SCHMIDT aponta a hipótese de uma *GmbH* se estruturar a modo pessoal ou capitalista (cfr. *idem*, p. 50), aproximando-se ou afastando-se do seu arquétipo ideal. Teríamos assim sociedade por quotas de pessoas e sociedade por quotas de capitais, sendo que para estas últimas seriam chamadas à colação muitas das ponderações subjacentes às sociedades anónimas. A mesma variação de tipo pode ser registada também nas sociedades anónimas, em especial no sentido da sua personalização. Tenha-se presente, por exemplo, a discussão acerca da aplicação do instituto da exclusão dos sócios às sociedades anónimas. O instituto está claramente talhado para as ditas sociedades de pessoas mas a sua possível aplicação em SA não pode deixar de ser ponderada, sobretudo em estruturas societárias personalizadas. Veja-se, por exemplo, JULIANO FERREIRA, *O Direito de Exclusão de Sócio na Sociedade Anónima*, 2009. Veja-se, ainda, PHILIP MARTINIUS, in *Venture-Capital-Verträge und das Verbot der Hinauskündigung, Betriebs-Berater*, 2006, 61., 37, 1977-1984, *passim*. O que fica dito basta para justificar a impossibilidade de uma determinação abstrata, em função do tipo social, dos deveres jurídicos dos sócios.

<sup>110</sup> NUNO TRIGO REIS, *Os deveres...*, in *Temas...*, 357, quanto à relação entre o administrador e a sociedade.

V – Não obstante, é possível a formulação genérica de alguns deveres de lealdade dos sócios no contexto jussocietário. A saber:

- (i) o dever de *não lesar o interesse social*, independentemente da recondução dogmática que se sustente;
- (ii) o dever de *cooperação nos órgãos sociais e com os órgãos sociais*;
- (iii) o dever de *cooperação económica, funcional*, etc.;
- (iv) o dever de *não concorrência*.

Tal como o instituto da boa fé em Direito civil, a lealdade exprime o conjunto dos valores básicos do sistema que os intervenientes devem acatar nas situações concretas da vida. Nesse sentido comporta uma inevitável abstração, que deve ser devidamente concretizada para ser operacional. Em termos específicos o conjunto de comandos impostos pelo critério da lealdade pode reclamar concretizações positivas e concretizações negativas, *i.e.*, atentas as circunstâncias do caso, os deveres de lealdade podem impor ações ou omissões<sup>111</sup>.

A ideia central, expressão teleológica das situações jurídicas em causa, é contudo una e de simples formulação: *o sócio tem a obrigação de cooperar com a prossecução do escopo da sociedade quer através da adoção de comportamentos positivos que o favoreçam quer mediante a abstenção das práticas que o possam lesar*.

VI – No contexto de uma sociedade aberta, são especialmente intensos os deveres de lealdade dos acionistas detentores de *participações qualificadas*. A sua capacidade fáctica e jurídica de influenciar os destinos da sociedade constitui os acionistas em causa numa situação de *poder* cujo exercício é especialmente capaz de contribuir para a prossecução do escopo social mas também para a sua frustração.

Ora, assim como o poder dos administradores – isto é: o poder de gerir um património com vista à obtenção de lucros; mas poder, também, de utilizar esse património de modo disfuncional, afetando-o no seu próprio interesse ou no interesse de terceiros – é fonte genética de especiais deveres de lealdade<sup>112</sup>; também a existência de uma participação qualificada modela especialmente as relações que estes acionista estabelecem com a sociedade e com os outros acionistas. Neste contexto, o dever de lealdade surge indexado a uma padrão de conduta ético-jurídica especialmente exigente e marcadamente diferente face aos outros acionistas.

<sup>111</sup> Neste sentido, com referências, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social ...*, 356 e ss.

<sup>112</sup> Cf. NUNO TRIGO REIS, *Os deveres...*, in *Temas...*, 357.

## 15. *Sinopse*

I – Para além das diversas técnicas normativas de regulação de conflitos de interesses, a proibição genérica de um acionista votar em situação de conflito – a que se reconduz, afinal, o sentido normativo do artigo 384.º/6 do CSC – colhe fundamento nos próprios deveres de lealdade dos sócios para com a sociedade e para com os outros acionistas.

Com efeito, é meridianamente claro que os deveres de lealdade a que os acionistas se encontram vinculados pela sua condição de sócios importam, necessariamente, o não exercício do direito de voto em situação de conflito. Para além da consagração legal do impedimento presente na disciplina societária, ao mesmo resultado normativo se chega quando convocamos o controlo, pela Boa Fé, do exercício do direito de voto. Como havíamos adiantado, à *lealdade* não é estranho o dever de evitar ou obviar a existência de uma situação de conflito.

II – Se a concretização dos deveres de lealdade dos acionistas – enquanto controlo da justiça material no exercício de posições jurídicas – se revela fundamento do impedimento do exercício do direito de voto; não será de estranhar que a mesma concretização normativa permita outros desenvolvimentos heurísticos do regime do impedimento.

Do mesmo modo – e por se tratar do controlo segundo a Boa Fé do exercício do direito de voto – a concretização normativa do regime do impedimento não poderá ser alheia aos outros contextos jusrelacionais (que não só o estritamente societário) onde tal exercício se insere. Sob outra formulação: *os específicos deveres de lealdade emergentes de relações jurídicas constituídas entre a sociedade e os sócios ou entre os acionistas entre si são convocados na determinação da conduta das partes em sede de impedimento do exercício do direito de voto, enquanto norma genérica de proibição de atuação em conflito.*

III – Podemos assim afirmar que os deveres de lealdade incidem no contexto do conflito de interesses entre os acionistas e a sociedade aos seguintes níveis:

- enquanto *fundamento dogmático* – por recurso à Boa Fé – da própria disciplina societária, *in casu*, do regime de impedimento do exercício do direito de voto, previsto no artigo 384.º/6;
- na determinação da conduta expectável das partes em situação real ou potencial de conflito;



- enquanto manifestação de outras vinculações ético-normativas, emergentes de relações jurídicas não societárias ou parassociedades, onde tal exercício se insere.

#### § 4.º **A conduta expectável das partes em situação do conflito de interesses e a repartição equitativa do ónus da prova**

##### 16. *Razão de ordem*

I – Já há pouco vimos que da aplicação do artigo 384.º/6, *d*) resulta a proibição do exercício do direito de voto de outros acionistas que não só aquele que estabelece uma relação com a sociedade. Basta, para o efeito, que se verifique a existência um interesse colateral ou correlacionado com o interesse principal em conflito que pode advir, inclusivamente, da concreta estrutura jussocietária do acionista que estabelece a relação com a sociedade, nos termos previstos naquele preceito.

Esta extensão do âmbito da aplicação do disposto no artigo 384.º/6, *d*) coloca algumas dificuldades quanto a uma justa repartição do ónus da prova, no que diz respeito à alegação e demonstração da existência de uma situação de conflito quanto aos acionistas que não estabelecem uma relação direta com a sociedade.

II – Com efeito, na maior partes das vezes, a situação de conflito que impede o exercício do direito de voto é oculta aos olhos dos restantes acionistas e da própria sociedade ou, pelo menos, de difícil ou impossível demonstração.

Pense-se em um dos exemplos já adiantados.

O acionista *B* é *financial advisor* do acionista *A* numa relação económica a estabelecer entre este e a sociedade. Tal facto constitui *B* em um interesse indireto na referida relação, apreciado nos termos gerais, justificando-se assim que não possa votar numa deliberação que incida sobre tal relação.

Ora, em regra, a especial relação entre *A* e *B*, porque estranha à esfera jussocietária, é desconhecida dos restantes acionistas, da sociedade e, eventualmente, do mercado. De todo o modo, ainda que conhecida, não é expectável que as concretas vantagens que *B* pode retirar da relação a constituir entre *A* e a sociedade – que qualificam, naturalmente, a situação de conflito em que incorre – se encontrem divulgadas.

III – A situação *supra* descrita pode estar na origem de uma difusa *desconfiança* quanto à existência de uma situação de conflito referente ao acionista *B*,

cuj a prova se torna impossível ou demasiado onerosa a quem aproveita o direito.

Tal desconfiança, para além de manifestamente contrária à ordem jurídica, pode determinar condutas economicamente ineficazes, por falta de suficiente informação, por exemplo, para além de prejudicar a desejava transparência no mercado.

Impõe-se, portanto, uma distribuição suficientemente equitativa do *onus probandi* que garante a efetiva aplicação da proibição de atuação em conflito nos casos exemplificados.

### **17. A incidência dos deveres de lealdade na distribuição do ónus da prova**

I – A desejada redistribuição equitativa do ónus da prova nos casos *supra* assinalados pode ser obtida por uma cuidadosa concretização dos deveres de lealdade dos acionistas para com a sociedade e para com os restantes sócios.

Com efeito, como já sublinhámos, a lealdade surge, desde logo, como *fundamento dogmático* do regime de impedimento do exercício do direito de voto em situação de conflito.

Daqui decorre, como já se disse, ser juridicamente exigível a todos os acionistas que não exerçam o seu direito de voto numa deliberação em relação à qual se encontram em conflito de interesses com a sociedade.

Mas exige-se mais: *exige-se que os acionistas em causa informem a sociedade e os restantes acionistas da existência de uma situação de conflito bem como dos seus contornos mais relevantes*. Exige ainda que se mantenham disponíveis para esclarecer todos os interessados quanto às questões oportunamente colocadas, em especial se existir, por razões várias, uma difundida desconfiança nos agentes económicos em causa quanto a uma possível atuação uma situação de conflito.

II – Estes deveres de informação e esclarecimento existem ainda que o acionista sobre o qual incidam entenda não se verificar qualquer situação de conflito.

Imaginemos, por exemplo, que certo acionista de uma sociedade cotada em bolsa alienou determinado número de ações e, entretanto, surgiu entre os agentes económicos a suspeita de que o acionista adquirente – mercê dos termos da alienação em concreto fixados e naturalmente desconhecidos da sociedade e dos outros acionistas – iria exercer o seu direito de voto, numa deliberação que versava a constituição de uma relação jurídica entre a sociedade e o acionista alienante, no exclusivo interesse daquele, o qual se encontrava, *ex vi* artigo 384.º/6, d), impedido de votar.

Ainda que tal situação não passasse de uma *fábula do mercado*, os acionistas em causa tinham o dever de prestar à sociedade e aos restantes sócios, *ex bona fides*, todos os esclarecimentos oportunos que se verificassem necessários ou convenientes para determinar a existência ou não, quanto ao acionista adquirente, de uma situação de conflito impeditiva do exercício do direito de voto.

III – Temos, portanto, que a promoção do interesse social e lealdade para com a sociedade e os outros acionistas comporta este desenvolvimento especial: a verificação de um dever positivo de esclarecimento e informação.

Só fazendo recair sobre tais acionistas um especial dever de esclarecimento e informação se obtém uma repartição equitativa do ónus da prova. De outra sorte, ir-se-ia exigir à sociedade e/ou aos restantes acionistas, dada a natureza reservada da informação em causa, um esforço desproporcionado em ordem à demonstração da existência de uma situação de conflito, quando comprado com esforço exigido, neste caso, aos sócios alienante e/ou adquirente.

#### 18. *A inversão do ónus da prova por aplicação do artigo 344.º/2 do Código Civil*

I – A deseja repartição equitativa do *onus probandi* não se obtém, contudo, com a mera enunciação de um especial dever de esclarecimento e informação por parte dos acionistas em real ou potencial situação de conflito, decorrente da concretização dos deveres de lealdade dos sócios. É necessário que se encontre um arrimo sistemático suficientemente seguro para poder afirmar que, uma vez violados tais deveres de lealdade, cabe aos acionistas incumpridores a prova da inexistência de uma situação de conflitos, e não à sociedade e, eventualmente, aos restantes acionistas.

Tal arrimo é dado, em primeira linha, pela aplicação do artigo 344.º/2 do Código Civil que reza assim:

Há também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.

II – Ora, ante a suspeita de uma situação de conflito de interesses impeditiva do exercício do direito de voto, sempre que um acionista, vinculado a um especial dever de informação e esclarecimento, adota uma conduta diversa daquele que é exigível *ex bona fides*; é possível afirmar – sem prejuízo da conveniente ponderação casuística – que tal acionista impossibilitou os sujeitos

onerados com o ónus da prova de demonstrarem a existência de uma situação de conflito.

Com efeito, emergindo o conflito em causa, como já ilustrámos, de um especial relação entre os acionistas, alheia ao plano jussocietário e cujo pleno conhecimento só os próprios o poderão deter; se os acionistas em causa violam os deveres de lealdade que se materializam numa especial obrigação de informação e esclarecimento, como é possível exigir a outros (isto é, à sociedade e aos restantes acionistas) que provem uma situação de conflito em tais circunstâncias?

A violação de tais deveres de lealdade impossibilita, de facto, a produção da prova por quem se encontrava onerado. Conhece assim aplicação o disposto no artigo 344.º/2 do Código Civil.

### 19. *A verificação de uma presunção hominis e o seu efeito no Direito probatório*

I – Para além da invocação do previsto no artigo 344.º/2 do Código Civil, a inversão do ónus da prova nas situações de conflito objeto do presente estudo pode igualmente decorrer da verificação de presunções *hominis* que aproveitem a todos, em primeira linha à sociedade e aos restantes acionistas.

Vejamos com um pouco mais de pormenor em que consistem tais presunções, qual o seu efeito na repartição do ónus da prova e em que medida tal doutrina pode ser relevante no objeto desta investigação.

II – Segundo o antigo adágio, recolhido aliás na definição do artigo 349.º do Código Civil, *praesumptio est rei incertae probabilis conjetura*. Presumir, em Direito, é afirmar, a partir de um facto conhecido, a existência de um facto desconhecido (*res incerta*), cuja certeza o Direito entende provável.

A *ratio* jurídica de uma presunção é sempre, portanto, a sua probabilidade (*probabilis conjetura*). Um juízo de probabilidade subjaz sempre à fixação de uma presunção na ordem jurídica.

Com efeito, o Direito bem conhece a normalidade da vida social e do comportamento humano. Imerso num concreto contexto sócio-cultural, e orientado sempre à decisão de um caso concreto, o Direito dá por assente factos que não conhece mas que, segundo um juízo de razoável probabilidade, não pode deixar de convocar no processo de decisão.

III – Ao longo da evolução histórico-dogmática do direito continental, foi surgindo a distinção entre *praesumptio juris* e *praesumptio hominis*. No primeiro

caso, o juízo de probabilidade era dado pelo fonte de Direito. Era a própria fonte normativa que impunha o conhecimento da *res incerta*. Tal presunção poderia eventualmente ser afastada, sendo assim uma *paesumptio juris tantum* ou *simpliciter*. Em outros casos, porém, o Direito não admitia a prova da inexistência do facto presumido: estávamos diante de uma *paesumptio juris et de jure*.

A classificação *juris tantum* e *juris et de jure* permanece ainda hoje na Escola, conjuntamente com as noções *ilidível* e *inilidível*<sup>113</sup>.

No segundo caso – *praesumptio hominis* – o juízo de probabilidade advinha da experiência humana. Não existia uma disposição normativa que obrigasse à presunção mas sim uma convicção pessoal e social (*id quod plerumque accidit*), baseada na experiência da vida e do comércio jurídico – um conhecimento de experiência feito – que tornava certa a existência de determinado facto desconhecido<sup>114</sup>.

III – A primeira sedimentação normativa da disciplina das presunções surge no âmbito do Direito canónico, nas *Decretais* de 1234<sup>115</sup>. Já aí a distinção *supra* enunciada estava presente e, depois, passou sem modificação para o *Codex Juris Canonici* de 1917 e 1983<sup>116</sup>.

Com o movimento da codificação, os códigos da primeira e segunda gerações reconheceram igualmente esta disciplina das presunções.

Disponha, a este propósito, o Código de Seabra:

Art. 2516.º Presunções são as competencias ou illações, que a lei ou o julgador deduz de um facto conhecido, para firmar um facto desconhecido.

(...)

Art. 2519.º As presunções, que não forem estabelecidas por lei, dependem do prudente arbitrio do julgador; mas só podem admittir-se nos casos em que a prova testemunhal é de receber.

<sup>113</sup> Veja-se a sua utilização na jurisprudência, conjuntamente com a noção de presunção *hominis*, no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, STJ 03-Mar.-1991, Proc. 002663/ITIJ.

<sup>114</sup> A propósito de presunções *hominis*, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé...*, 64 (nota 170): “Trata-se de presunções radicadas nas regras práticas da experiência alicerçadas nos ensinamentos obtidos através da observação (empírica) dos factos”.

<sup>115</sup> RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, 1999, 137 e ss. e 142.

<sup>116</sup> Reza o atual cânone 1584 que corresponde, como assinalámos, à definição herdada das *Decretais*: “*Praesumptio est rei incerta probabilis conjectura; eaque alia est juris, quae ab ipsa lege statuitur, alia hominis, quae a iudice conicitur*”.

A mesma disciplina encontra-se hoje prevista nos artigos 349.º e ss. do CC. A distinção entre *presunções legais* (artigo 350.º) e *presunções judiciais* (artigo 351.º) é exatamente a mesma distinção conhecida quanto às *paesumptiones juris* e *paesumptiones hominis*.

IV – É portanto pacífico, quer na doutrina na jurisprudência, e com suporte no Direito positivo vigente, a existência de *presunções hominis*, também ditas simples, naturais ou judiciais (por dependerem da pessoa do juiz).

A doutrina, em especial, tem chamado a atenção para a relevância deste tipo de *presunções* no processo de realização do Direito.

Calvão da Silva, por exemplo, refere a importância da *presunção hominis* nos casos de responsabilidade civil do fabricante ou do produtor sempre que se torne difícil, senão impossível, por exemplo, estabelecer atos específicos de negligência mas ainda assim toda a experiência e ambiência circunstancial aponte – segundo regras de evidência (*evidence rule*) – para a existência de tais factos<sup>117</sup>. Vale aqui uma prova *prima facie*. A jurisprudência, como veremos, tem feito eco desta doutrina.

Também no quadro da *litigância de má fé*, a verificação de um *presunção* natural pode ser especialmente importante no quadro da determinação da responsabilidade pelos atos praticados no processo<sup>118</sup>.

V – A sujeição da admissibilidade da *presunção hominis* aos casos e termos em que é aceite a produção de prova testemunhal está longe de ser uma reserva ou limitação ao recurso às *presunções* naturais.

Com efeito, por regra, a prova testemunhal é aceite em todos casos. Proibida é a exceção (artigos 392.º e 393.º CC). A remissão da admissibilidade da *presunção hominis* aos casos e termos da prova testemunhal tem sobretudo que ver com o critério da sua apreciação: a liberdade do juiz (artigo 396.º do CC).

Concretizando: dizer que a *presunção hominis* é aceite *nos termos da prova testemunhal* outra coisa não é do que dizer que o juízo de probabilidade – inerte a qualquer *presunção* e que fundamenta a afirmação de uma *res incerta* – é de livre formação pelo juiz, pelo *hominum*.

<sup>117</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, 1990, 388.

<sup>118</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé ...*, 63-64 (nota 170). Veja-se ainda, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude dos atos praticados no processo – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de julho de 2006*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, Ano 66 II, 875-913.

## 20. **Cont.: a utilização judicial das presunções hominis**

I – Vejamos agora a presença das presunções naturais em casos decididos pela nossa jurisprudência. Sem preocupações de exaustão, daremos apenas nota de algumas decisões que ilustram o que ficou dito.

STJ 9-Jun.-2005 (Oliveira Barros), Proc. 05B1337/ITIJ:

*I – As normas que regulam a ultrapassagem, designadamente, os arts. 38.º ss do CE94, só efetivamente têm cabimento quando, estando ambos em movimento no mesmo sentido, um veículo passa para a frente de outro que o precede.*

*II – Quando ao condutor se depara um obstáculo que se torne necessário contornar, deve, consoante arts. 3.º, 13.º, e 20.º daquela lei, atuar de harmonia com regras de elementar prudência que por igual determinam que não inicie essa manobra sem a sinalizar com a devida antecedência e sem se certificar que pode efetuá-la sem perigo para os demais utentes da via, reduzindo, para tal evitar, a velocidade respetiva, e parando mesmo, se preciso, de modo a dar passagem a outro veículo que circule em sentido contrário, ou que, circulando, atrás dele, no mesmo sentido, tenha já empreendido manobra de ultrapassagem.*

*III – Efetuada ultrapassagem em local em que não era permitida, o juízo da Relação, fundado em presunção simples, natural, judicial ou hominis, consentida pelos arts. 349.º e 351.º C. Civ., de que quem tal levou a efeito atuou sem previamente se assegurar de que o podia fazer com segurança, infringindo assim o comando do art. 38.º, n.º 1.º, CE 94, não pode ser sindicado pelo Supremo Tribunal de Justiça, visto que, enquanto tribunal de revista, tem o âmbito do seu conhecimento limitado à matéria de direito, conforme arts. 26.º LOTJ99 (Lei n.º3/99, de 13/1), 722.º, n.º 2.º, e 729.º, n.os 1.º e 2.º, CPC.*

STJ 14-Out.-2004 (Oliveira Barros), Proc. 04B2885/ITIJ:

(...)

*V – A responsabilidade da Brisa perante os utentes das autoestradas cuja exploração lhe foi concedida é de natureza extracontratual, regulada no art. 483.º ss. C. Civ.*

(...)

*VII – O aparecimento de um animal na autoestrada e a existência de abertura na vedação da mesma perto do local onde ele se encontrava constituem anomalia que justifica a presunção – simples, natural, judicial ou hominis – de que na sua construção ou manutenção não foi observado o cuidado devido”.*

STJ 19-Mai.-2005 (Salvador da Costa), Proc. 05B1627/ITIJ:

(...)

*III – O Supremo Tribunal de Justiça não pode sindicat o juízo de facto da Relação ao considerar, por via de presunção hominis, que o transporte de três pessoas num*

motociclo comprometera a da sua segurança e a da condução em causa, *salvo se ocorrer a própria infração do disposto no artigo 349.º do Código Civil.*

(...)

STJ 19-Out.-2004 (Oliveira Barros), Proc. 04B2638/ITIJ:

(...)

*III – Sob pena de tornar-se excessivamente gravoso ou inoportável, o ónus probatório instituído no art. 487.º C.Civ. deverá ser mitigado pela intervenção da denominada prova prima facie ou de primeira aparência, baseada em presunções simples, naturais, judiciais, de facto ou de experiência – praesumptio facti ou hominis, que os arts.349.º e 351.º C.Civ. consentem, precisamente enquanto deduções ou ilações autorizadas pelas regras de experiência – id quod plerumque accidit (o que acontece as mais das vezes).*

*IV – A prova da culpa consiste, assim, frequentemente numa prova indireta, que, em termos práticos, se reconduz à prova de circunstâncias que, segundo as regras da experiência, constituem indícios ou revelações de culpa.*

STJ 07-Mar.-2007 (Sousa Brandão), Proc. 06S1824/ITIJ. Pode ler-se no texto do acórdão:

*No presente caso estaríamos perante uma presunção judicial, também denominadas naturais, simples, hominis ou de facto, as quais se fundam nas regras práticas da experiência, aquelas que se apreendem através da observação empírica dos factos. A valorização da prova é assim feita pelo juiz que se certifica, que se convence, da prova do facto-base, da possibilidade de retirar dele o facto presumido e da existência entre os dois de um particular nexo que justifica a dita inferência.*

II – Os exemplos jurisprudenciais poder-se-iam multiplicar. Para o que se pretende, basta a ilustração ora feita das decisões do Supremo Tribunal de Justiça.

Se procurarmos tipificar estes e outros dados da jurisprudência aqui não reproduzidos, há 3 notas que se repetem:

- (i) Estamos perante uma presunção *hominis* sempre que os dados da experiência permitem, a partir de certos factos conhecidos, a formulação razoável de um juízo de probabilidade quanto à ocorrência de outros factos cuja certeza é relevante para a decisão do caso concreto;
- (ii) A presunção *hominis* permite uma moderação do ónus da prova, dispensando a sua produção em situações nas quais se revelaria excessivamente oneroso o esforço da prova daquilo que *plerumque accidit*;



- (iii) A formação da presunção *hominis* é de livre apreciação do juiz para efeitos da produção da prova. Por esta razão, o Supremo Tribunal de Justiça considera fora do âmbito do recurso a apreciação da presunção fixada pelo tribunal *a quo*.

## 21. **Cont.: verificação de uma presunção *hominis* e a inversão do ónus da prova**

I – Cumpre agora sublinhar um último aspeto referente à *presunção hominis*, que diz respeito à sua repercussão na distribuição do ónus da prova.

É regra geral no nosso Direito que a existência de uma presunção dispensa a produção da prova do facto desconhecido àquele a quem a sua verificação aproveita. Ao contrário, passará a caber a quem quiser afastar a presunção a prova da inexistência ou inexatidão do facto presumido.

Nisto consiste a inversão do ónus da prova, prevista no artigo 350.º do Código Civil.

II – Isto é certo quanto à *praesumptiones juris*. Cumpre saber se a mesma regra geral vale para as *praesumptiones hominis*.

O artigo 350.º, numa primeira aproximação, não é claro a este respeito pois apenas refere a inversão do ónus da prova no caso da presunções legais. O mesmo sucedia já no artigo 2517.º do Código de Seabra.

Contudo, *não cabe dúvida que a verificação de uma presunção hominis produz a mesma inversão do onus probandi associada à verificação das presunções legais.*

É esta a orientação da jurisprudência. Retenha-se, novamente, o que afirma o sumário do Acórdão do STJ 19-Out.-2004 (Oliveira Barros), já *supra* citado:

*Sob pena de tornar-se excessivamente gravoso ou incomportável, o ónus probatório instituído no art. 487.º C.Civ. deverá ser mitigado pela intervenção da denominada prova prima facie ou de primeira aparência, baseada em presunções simples, naturais, judiciais, de facto ou de experiência – praesumptio facti ou hominis, que os arts. 349.º e 351.º C.Civ. consentem (...).*

Este Acórdão vai mais longe: afirma mesmo que a prova da culpa, enquanto pressuposto normativo da responsabilidade civil, é obtida a mais das vezes por presunção *hominis*:

*A prova da culpa consiste, assim, frequentemente numa prova indireta, que, em termos práticos, se reconduz à prova de circunstâncias que, segundo as regras da experiência, constituem indícios ou revelações de culpa.*

Esta observação é especialmente importante. Se bem atendermos, é em sede de responsabilidade contratual que a culpa se presume, nos termos do artigo 799.º/1 do Código Civil. O que diz o Acórdão, porém, – que conhece de um caso de responsabilidade extracontratual – é que também nesta sede não pouca vezes se opera uma inversão do ónus da prova, desta sorte não por força de disposição legal mas por verificação de uma presunção *hominis*, bastando ao titular do direito de indemnização a alegação das circunstâncias que, segundo as regras da experiência, constituem indícios ou revelações de culpa.

Esta orientação é segura e não merece reparo.

III – A existência de uma presunção *hominis* está assim associada ao que a jurisprudência designa também prova *prima facie* que, neste contexto, tem o sentido de prova imediata ou, melhor dito, dispensa da necessidade de produção da prova (por inversão do ónus).

Aliás, que outra utilidade poderia ter no processo da realização do Direito a admissibilidade legal das presunções *hominis* (artigos 349.º e 51.º do Código Civil) se não a produção do efeito jurídico próprio associado à verificação de uma presunção: a inversão do *onus probandi*? Não se vislumbra.

## 22. *A verificação de uma presunção hominis de conflito de interesses e a repartição do onus probandi*

I – O fica dito sobre a utilização e natureza das presunções *hominis* é suficiente para sublinhar a sua importância no objeto do nosso estudo.

Com efeito, os juízos de *razoabilidade* e *probabilidade* que subjazem à formação de um convicção pessoal e social, fundada na experiência da vida e do comércio jurídico, são especialmente importantes no âmbito Direito Comercial e das Sociedades Comerciais.

A própria noção jurídica de *comercialidade* e a *ratio* que justifica a especialidade do seu regime face ao Direito comum seria em grande parte incompreensível se não se reconhecesse a importância vital nesta disciplina dos dados sociais e empíricos em torno dos quais gravita a própria vida económica.

II – Ora, a verificação de verdadeiras presunções naturais no âmbito da disciplina do conflito de interesses deve entender-se plausível e até frequente. Basta, para o efeito, que a informação presente no mercado permita a qualquer homem médio, conhecedor da *praxis* do comércio e da vida económica, formar a convicção da existência de uma situação de conflito de interesses.

Assim, regressando a um dos exemplos dados, se é conhecido no mercado que *B* presta serviços como *financial advisor* de *A* numa relação jurídica a constituir entre este a sociedade, ainda que não se conheça o regime de tais serviços prestados, qualquer homem médio, conhecedor do mercado e dos seus usos, estará convicto – ou, pelo menos, entenderá altamente provável – que o acionista *B*, ao deliberar sobre a relação a constituir entre *A* e a sociedade, atuará em situação de conflito de interesses.

Do mesmo modo, se certo acionista impedido de votar em determinada Assembleia Geral, por exemplo, vem a alienar ações sem que para tal alienação exista uma racionalidade económica verosímil e, entretanto, surge um acionista adquirente com ligações de natureza fiduciárias ao acionista alienante, é legítimo supor – segundo um juízo de razoabilidade – que o acionista adquirente irá exercer o seu sentido de voto no interesse e eventualmente por conta do acionista alienante, impedido de votar.

III – Temos portanto que é plausível a existência de presunções naturais em relação a situações de conflito de interesses impeditivos do exercício do direito de voto, nos termos do artigo 384.º/6 d) do CSC.

Tais situações serão certamente mais frequentes quanto a acionistas que, abrangidos pela intensidade problemática da previsão normativa em causa, não estabeleçam uma relação direta com a sociedade, mas antes se encontrem especialmente relacionados com o acionista a quem o impedimento de voto em primeira linha se aplica.

Verificada a existência de tal presunção, dela aproveitam a sociedade, os restantes acionistas e o próprio mercado. Daqui decorre uma necessária moderação do ónus da prova.

Com efeito, verificada a presunção, caberá aos acionistas sobre os quais ela recai afastá-la, provando que não se encontram em situação de conflito. Tal prova far-se-á, de ordinário, cumprindo os deveres de lealdade para com a sociedade e os restantes acionistas, de cuja concretização resulta um dever positivo de informação e esclarecimento.

## § 6.º Conclusões

1. O problema metodológico da interpretação jurídica não é um problema de *interpretatio legis* mas *actus* de realização do Direito. A interpretação jurídica não visa – como pretendia o positivismo jurídico, tanto o histórico como o legalista, ao identificar o Direito, na sua manifestação positiva, às respetivas

determinações formais e estas com as suas expressões textuais, com os textos legais, os quais, precisamente porque textos, como que necessariamente implicariam uma interpretação também só textual – uma significação simplesmente textual, seja ela filológica, hermenêutica *stricto sensu* ou analítico-linguística – se se quiser exegético-hermenêutica ou semântica. O problema da interpretação jurídica não é filológico, hermenêutico-cognitivo, linguístico. Trata-se de um problema jurídico, especificamente jurídico e, destarte, de um problema normativo que não pode comodamente resolver-se na simples consideração da letra da lei, na mera afirmação de que onde a lei não distingue não deve o intérprete(-aplicador) distinguir.

2. Uma boa interpretação não é aquela que, numa perspectiva hermenêutica-exegética, determina corretamente o sentido textual da norma. É antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério de justa decisão do problema concreto. Ou, se se preferir, numa outra formulação, na interpretação jurídica não se trata de compreender determinante a letra e o espírito do texto legal em causa, nem de explicitar a significação da regra-prescrição em causa, mas de reconstituir adequadamente uma norma do *corpus iuris* como critério orientador da solução de um caso qualificado como juridicamente relevante.

3. Por isso o objeto da interpretação não é a norma texto mas a norma problema. Ao intérprete-aplicador não interessa a norma enquanto objeto semântico-prescritivo, que comunica impositivamente um sentido literal, mas a norma enquanto *regula* prático-normativa, apta para orientar (em termos igualmente normativamente fundamentados), a solução de um problema ou de uma série de problemas a que se reconhece uma relevância jurídica específica.

4. Numa perspectiva metodológica adequada o *prius* metodológico é-nos dado pelo caso. O problema jurídico a decidir é não apenas o ponto de partida e o objetivo final, mas, mais do que isso, a pedra de toque ou basilar na perspectiva da qual toda a juridicidade deve ser intencionada e compreendida. O objeto principal do pensamento jurídico não está na norma. Ele coloca-se no caso concreto a decidir e no problema da concreta (judicativo-decisória) realização do Direito que ele suscita.

5. A aplicabilidade de uma norma decide-se, não por dedução conceitual, ou referência lógica de coincidência ou não coincidência, mas com fundamento numa prévia e autónoma ponderação jurídico-normativa do caso que nos permite averiguar se ao concreto sentido do problema é, ou não, materialmente adequado o critério da norma.

6. A *seleção da norma aplicável* não deve dirigir-se tanto para o conteúdo do texto procurando o conteúdo da sua hipótese ou da sua condição de relevân-

cia, com os elementos representativos que a formam, para o comparar com o âmbito de relevância do problema jurídico concreto, mas, antes, *para o problema típico e abstrato nela pressuposto, pondo-o problemáticamente em confronto com aquele problema jurídico concreto*. O que decide a aplicação da norma é o confronto entre problemas. E isto tem uma consequência fundamental e essencial: a norma não é aplicável por existir uma correspondência entre a relevância hipotética da norma-prescrição e a relevância concreta do caso. A norma é antes aplicável, como critério de juízo, desde que haja analogia entre problemas. Dito de outra maneira: a norma será aplicável desde que o problema para o qual ela oferece solução jurídica se possa considerar da mesma índole do caso concreto, mesmo que ele não repita na íntegra a sua hipótese.

7. Posta assim em diálogo com as exigências normativas do caso, a norma poderá colocar-nos perante uma de três conclusões: ou a relevância material do caso é assimilada pela da norma; ou só parcialmente e de certo modo é assimilável; ou não é possível essa assimilação. No primeiro caso haverá uma assimilação por concretização; no segundo uma assimilação por adaptação (extensiva ou restritiva, a não confundir necessariamente com a tradicional interpretação com a mesma adjetivação), ou correção (sincrónica ou diacrónica – esta última, porém, a colocar problemas quanto à sua admissibilidade); ou é mesmo possível a não assimilação – havendo então, se o caso reclamar uma solução jurídica, de se proceder através de uma autónoma constituição jurídica (em linguagem tradicional por integração).

8. Perante a existência de uma lacuna, deve encontrar-se uma solução que permita o seu preenchimento, atento o disposto no artigo 8.º/1, do Código Civil.

9. Tratando-se de um caso omissivo relativo à disciplina das sociedades comerciais, o critério a usar seria, nesta perspetiva, o fornecido pelo legislador para a determinação da solução a dar a um problema societário carecido de regulamentação e que se encontra no artigo 2.º do CSC: a lacuna haverá de ser colmatada com recurso aos casos análogos regulados no próprio Código das Sociedades Comerciais, se os houver.

10. Os casos relevantes (o caso-meta e o caso-foro) serão juridicamente análogos quando os seus sentidos problemático-jurídicos respetivos e concretos se puderem pensar numa conexão (justificada pela intenção fundamental de juridicidade que os constitui na sua especificidade jurídica).

11. Se o caso-foro for relativo à situação de um administrador a eleger em situação de concorrência com a sociedade e o caso-meta (ou caso-tema) for referente ao enquadramento jurídico de um administrador em situação de concorrência potencialmente iminente, mas já eleito, se a intenção constitutiva de

juridicidade do segundo for atinente à transmissão e limitação de informação sensível e a mesma ou afim intenção acerca do enquadramento e limitação da informação sensível se reconhecer também constitutiva dos casos jurídicos previstos ou decididos invocados como casos-foro, haverá entre ambos analogia.

12. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

13. O reconhecimento da existência de um *dever de lealdade* exprime, na ordem jurídica, a exigibilidade de um comportamento orientado por especiais critérios ético-normativos. Uma pessoa está sujeita a um (especial) dever de lealdade quanto, por algum título, é expectável que o seu comportamento exceda o genérico *honeste vivere, alterum non laedere* e se conforme com uma especial exigência ética socialmente identificável e normativamente tutelada.

14. No âmbito dos negócios jurídicos, os deveres de lealdade incidem quer *in contrahendo*, quer durante a execução do programa contratual quer *post pactum finitum*. Em todas estas fases os deveres de lealdade surgem como uma concretização do instituto da boa fé, reconduzindo-se, do ponto de vista material, à tutela da confiança e à primazia da materialidade subjacente.

15. Existindo uma *relação de especial confiança entre as partes (uberrimae fidei)* os deveres de lealdade deverão ser ponderados segundo critérios de maior exigência ético-jurídica consoante a intensidade problemática do caso concreto.

16. Os acionista de uma sociedade aberta estão sujeitos a deveres de lealdade para com a sociedade e para com os outros acionistas especialmente se possuírem participações qualificadas que lhes configura um especial controlo (potencial ou efetivo) sobre os destinos da sociedade e o interesse comum dos sócios.

17. O artigo 384.º/6 do CSC consagra uma *norma proibitiva de atuação em conflito de interesses* sendo que para que exista interesses em conflito é necessário que se verifique uma *situação de incompatibilidade* e de *relevância material*, bastando, porém, a sua simples potencialidade objetiva.

18. À luz da intenção problemática – da relevância do problema intencionado – subjacente ao disposto no artigo 384.º/6 do CSC, somos levados a afirmar que as diversas alíneas do preceito em causa mais não são que a ilustração, não exaustiva nem excludente, de situações de conflitos de interesses entre o sócio e a sociedade.

19. Daqui resulta que o real sentido normativo do artigo 384.º/6 corresponde a uma *proibição genérica de um acionista votar em situação de conflito de interesses* (seja, depois, de quanto se viu por aplicação-compreensão-do Direito por concreta assimilação, seja por analogia, sendo, porém, como se viu o processo de interpretação-aplicação, sempre analógico, seja por autónoma constituição

do Direito por aplicação do cânone interpretativo do artigo 10.º/3 do Código Civil. Neste caso todas as vias metodológicas vão dar à mesma solução).

20. Um acionista que se encontrar, em determinada Assembleia Geral, em situação de conflito de interesses (tal como a enunciámos) sem a mesma configurar uma hipótese-tipo expressamente prevista no artigo 384.º/6; tal acionista, por força do mesmo preceito normativo, encontra-se impedido de votar.

21. Em consequência, a proibição de voto prevista no artigo 384.º/6, *d*) não abrange só o acionista que estabeleça ou venha a estabelecer uma relação com a sociedade, seja ela qual for, mas também todos aqueles outros acionistas que, sem serem parte na relação jurídica em causa – isto é: sem serem “o acionista”, *apertis verbis*, previsto na alínea *d*) do artigo 384.º/6 – estão numa situação de conflito de interesses emergente da relação que “o acionista” estabelece ou vai estabelecer com a sociedade.

22. Tal conflito pode resultar quer da existência de um interesse colateral ou correlacionado com a relação jurídica estabelecida ou a estabelecer, quer, inclusivamente, da concreta estrutura jussocietária do acionista em conflito de interesses. Por outras palavras: pode também estar abrangido pelo impedimento de voto aquele acionista que participa no capital social de um acionista em conflito de interesses se, através da sua relação intrassocietária, *in concreto*, conseguir granjear benefícios especiais.

23. A verificação de um âmbito de aplicação da disciplina do impedimento do exercício do direito de voto, prevista no artigo 384.º/6, mais abrangente do que resulta, *apertis verbis*, da redação do preceito exige uma cuidada ponderação da repartição do ónus da prova.

24. Da concretização dos deveres de lealdade dos sócios para com a sociedade e dos sócios entre si resulta a existência de um *dever positivo de informação e esclarecimento* de situações de conflito.

25. Da violação de tal dever decorre, por regra, a impossibilidade daqueles a quem aproveita o direito fazerem prova da verificação de uma situação de conflito juridicamente relevante para efeitos do artigo 384.º/6 do CSC. Ante tal impossibilidade, deve entender-se aplicável o disposto no artigo 344.º/2 do Código Civil, de onde resulta a inversão do ónus da prova. Caberá assim aos acionistas sobre os quais recai a suspeita de atuação em conflito provarem a sua inexistência.

26. Existe uma presunção *hominis* sempre que, a partir do conhecimento nascido da experiência, da observação (empírica) do que acontece na realidade social e do que é expectável na normalidade do comércio jurídico, se pode afirmar, com certeza razoável de probabilidade, a verificação de um facto desconhecido.

27. A existência de presunções *hominis* é pacífica na doutrina, reconhecida pelos tribunais e encontra respaldo no direito positivo vigente. A sua verificação importa a inversão do ónus da prova.

28. Tendo em conta a normalidade do comércio jurídico e as práticas difundidas na vida económica é possível sustentar a existência de presunções *hominis* de atuação em conflito de interesses. Tais presunções terão por objeto, sobretudo, a atuação de outros acionistas que, sem estabelecer uma relação com a sociedade, possam estar em conflito de interesses nos termos ilustrados.

29. Basta, para o efeito, que segundo critérios de razoável normalidade, um homem médio, com o mínimo de conhecimento da atividade económica e ante a informação disponível, possa estar convicto da existência de um conflito de interesses.

30. A verificação de uma presunção *hominis* implica uma moderação do ónus da prova, permitindo uma produção de prova *prima facie* sempre que, segundo juízos de razoabilidade, o facto desconhecido é tido como certo pela experiência comum e o esforço da sua comprovação se revela manifestamente excessivo ou, até, impossível.

31. A verificação de uma presunção *hominis* de conflito de interesses importa, assim, a inversão do ónus da prova, passando a caber ao acionista sobre o qual a presunção recai a realização do esforço necessário a provar a inexistência de uma situação de conflito.