

Doutrina das oportunidades societárias objetivas, bons costumes e dever de lealdade – Anotação a STJ 6-mar.-2014

PROF. DOUTOR A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, LLM

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão n.º 2296/10.0TVLSB.L1.S1, de 6 de março de 2014

SUMÁRIO: 1. É nulo, por violação da norma constante do art. 280.º do CC, o acordo confidencial, celebrado a título pessoal entre os gerentes da duas sociedades, através do qual se faculta a utilização de alvará de construção civil de uma delas a outra sociedade, tendo como contrapartida o pagamento de quantia pecuniária à pessoa do gerente da sociedade cujo alvará foi por essa via disponibilizado.

2. Para além de tal acto implicar fraude à lei que imperativamente proíbe a cedência de utilização do alvará de construção civil a qualquer outra entidade, a participação económica em negócio, por parte do gerente, que lhe subjaz implica violação dos deveres fundamentais de lealdade para com a sociedade representada, gerando a nulidade do negócio em que se convencionou a atribuição de vantagem patrimonial pessoal ao gerente por violação da cláusula geral dos bons costumes.

§ 1.º **Texto do Acórdão**

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

1. AA intentou contra BB acção declarativa, na forma ordinária, alegando, em síntese, que as sociedades CC, SA e DD Lda representadas, respectivamente, pelo autor e pela ré, celebraram em 1/10/2007 um contrato de empreitada e um contrato de consórcio relativo à mesma empreitada, tendo o autor e a ré celebrado ainda um acordo pessoal escrito denominado “adenda confidencial ao contrato de consórcio de 1/10/2007”, no qual a ré se comprometeu a pagar ao autor a quantia de 200 000,00 euros em três prestações, não tendo a ré pago a terceira prestação no valor de 62 500,00 euros, apesar de para tal ter sido interpelada.

Concluiu pedindo a condenação da ré a pagar-lhe a prestação em falta, acrescida de juros vencidos, à taxa legal, tudo valor global de 64 109,59 euros e ainda os juros vincendos à mesma taxa até integral pagamento.

A ré contestou, alegando, em síntese, que a sociedade por si representada deu de empreitada à sociedade representada pelo réu parte dos trabalhos de construção de uma obra, mas, como a sociedade representada pela ré era titular de alvará de classe 5, em vez de classe 6, que não lhe permitia executar os restantes trabalhos, o autor prontificou-se a disponibilizar o alvará da sua sociedade, celebrando então as duas sociedades mais um contrato de empreitada e ainda um contrato de consórcio, tendo este último como único objectivo suportar a utilização do alvará industrial de construção civil da sociedade do autor pela sociedade da ré, sendo certo que todos os trabalhos realizados pela sociedade do autor foram executados, facturados e pagos ao abrigo de contratos de empreitada. Mais alegou que, já próximo do final da primeira empreitada da estrutura inicial e antes da assinatura do contrato de consórcio, o autor declarou à ré que a disponibilização do alvará só seria mantida se a ré lhe pagasse, a título individual, uma quantia em dinheiro, o que a ré começou por recusar, mas acabou por aceitar, perante as pressões do autor no sentido de que o alvará seria retirado e face aos compromissos urgentes da sociedade representada pela ré – tendo, assim, sido outorgado o acordo escrito denominado “adenda confidencial ao contrato de consórcio de 1/10/2007”, vendo-se obrigada a assiná-lo e a pagar, da sua conta pessoal, as duas primeiras prestações, que o autor recebeu livre de quaisquer impostos e à margem da sociedade que representa; mas sendo acordado verbalmente entre ambos que a terceira prestação já seria paga à sociedade representada pelo autor, mediante a apresentação de facturas desta sociedade à sociedade representada pela ré, o que aconteceu, tendo sido pagas todas as facturas por esta última sociedade e encontrando-se integralmente paga a quantia fixada na referida adenda ao contrato de consórcio.

Em reconvenção, alegou que o acordo denominado “adenda confidencial ao contrato de consórcio” é anulável porque foi outorgado sob coacção moral, para além de sempre se ter de considerar nulo por falta de objecto, sendo certo que, nem o autor, nem a sociedade por ele representada, prestaram quaisquer serviços que justificassem os pagamentos aí previstos – devendo por isso ser restituído à ré o montante de 137 500,00 euros correspondente às duas primeiras prestações –, sem prejuízo de, em sede própria, a sociedade representada pela ré demandar a sociedade representada pelo autor para restituição da terceira prestação, tudo com fundamento no artigo 289.º do CC, ou, subsidiariamente, com fundamento no artigo 473.º do mesmo código.

O autor replicou, alegando que a sociedade representada pela ré utilizou abusivamente o alvará de uma outra sociedade para instruir o processo de

licenciamento e, em 27/09/2006, substituiu esse alvará pelo alvará da sociedade representada pelo autor, tendo-se obrigado, no primeiro contrato de empreitada que as duas sociedades celebraram, em Janeiro de 2007, a dar baixa do alvará; porém, pouco antes da conclusão dos trabalhos pela sociedade representada pelo autor, a ré pediu autorização ao autor para poder continuar a utilizar o alvará desta última sociedade, acabando os dois por acordar em a ré pagar pessoalmente ao autor a quantia de 200 000,00 euros pela utilização do alvará, acordo este que foi livremente assinado pela ré e do qual apenas pagou as duas primeiras prestações, destinando-se o consórcio outorgado pelas duas sociedades, não só a servir de suporte à utilização do alvará, mas também para a realização de trabalhos da sociedade representada pela ré, cujas facturas ainda não estão integralmente pagas.

Concluiu pedindo a improcedência da reconvenção e a condenação da ré em multa e indemnização como litigante de má fé.

A reconvenção foi admitida e, saneados os autos, procedeu-se a julgamento, findo o qual foi proferida sentença que julgou *improcedente a reconvenção e o pedido de litigância de má fé e procedente a acção, condenando a ré a pagar ao autor a quantia de 62 500,00 euros, acrescida de juros de mora, desde 01/03/2010, até integral pagamento.*

2. Inconformada, a ré apelou, tendo a Relação concedido provimento ao recurso – começado por fixar o seguinte quadro factual para o litígio:

1. O autor é o accionista maioritário e administrador único de CC, SA, com sede na R. ..., n.º..., Lisboa (A).

2. A ré é sócia e gerente da DD, LDA, actualmente com sede na R. ..., Lote ... - Escritório ..., Lisboa e, anteriormente, na R. ..., Lote ..., Loja ..., Lisboa (B).

3. DD, Lda, enquanto dona da obra, e “DD Lda e AA, SA em Consórcio” (este composto por DD (...), Lda e CC, SA) celebraram e reduziram a escrito um denominado CONTRATO DE EMPREITADA – CONSÓRCIO, que dataram do dia 01/10/07, tendo por objecto os trabalhos de construção da obra sito na Av. ..., n.º... a ..., em Lisboa, cfr doc de fls 17 a 24, e nos termos do qual a primeira se obrigou a designadamente fornecer o betão e aço, a mão de obra de armação de ferro, a execução da fase de acabamentos e alvenaria, e a segunda designadamente o fornecimento e a montagem de toda a cofragem (C).

4. Dispõe o n.º 3 da Cláusula I.ª “A estrutura da referida obra já se encontra parcialmente construída ao abrigo de contrato de empreitada assinado entre o dono da obra e AA que termina a sua validade com a assinatura do presente contrato que lhe sucede” (D).

5. DD (...), Lda e CC (...), SA celebraram entre si e reduziram a escrito, que também dataram do dia 01/10/07, um Contrato de Consórcio Interno, que denominaram DD, LDA E AA, SA EM CONSÓRCIO, tendo por objecto a

execução da empreitada para a construção da obra sita na Av. ..., n.º... a ..., em Lisboa, cfr doc de fls 25 a 30 (E).

6. O autor e a ré subscreveram um acordo escrito, sem data, que denominaram ADENDA CONFIDENCIAL AO CONTRATO DE CONSÓRCIO DE 01/10/2007, no qual a ré declarou ter interesse pessoal na celebração deste consórcio, e que se obriga a pagar ao autor a quantia de 200 000,00 euros em três prestações:

- 75 000 euros com a conclusão da estrutura;
- 62 500,00 euros em 31/12/09 com a entrega das instalações do P...;
- 62 500,00 euros com a conclusão da obra e respectivo fecho do livro de obra que deveria ocorrer até ao final de Fevereiro de 2010 (alínea F) com a alteração supra referida).

7. A ré pagou ao autor a quantia de 75 000,00 euros depois de lhe ter sido comunicada a conclusão da estrutura da referida obra e pagou a quantia de 62 500,00 euros depois da entrega das instalações do P... (G).

8. A obra foi concluída e o livro de obra encerrado no mês de Fevereiro de 2010 (H).

9. Em 12/01/07 DD (...), Lda e CC (...), SA acordaram que a primeira, como dona da obra, no âmbito da licença de construção n.º.../C/2... emitida pela C.M.L. dava de empreitada à segunda, como empreiteira, os trabalhos de construção da estrutura da obra sita na Av. ..., n.º... a ..., Benfica, Lisboa (I).

10. Dispõe a Cl. 7.ª, n.º 5 deste acordo: “O dono da obra obriga-se a pedir a substituição ou a dar baixa do Alvará do Empreiteiro no âmbito do processo de Câmara Municipal de Lisboa, relativo ao Licenciamento da Obra, no prazo de 30 dias a contar da assinatura do auto de recepção dos trabalhos” (J).

11. O alvará industrial de construção civil de CC (...), SA é da classe 6 (L).

12. A ré recusa-se a pagar ao autor a 3.ª prestação referida no ponto 6 (F) (I.º).

13. Uma vez que DD (...), SA apenas possuía alvará de industrial de construção civil de classe 5 o autor acordou com a ré e com DD (...), Lda que o alvará de construção civil da sociedade AA, SA – da classe de valor 6 – tutelasse toda a obra, incluindo os acabamentos (2.º).

14. Todos os trabalhos realizados por CC (...), SA foram executados, facturados e pagos ao abrigo dos contratos de empreitada (4.º).

15. AA, SA facturou a DD (...) as facturas de fls 101 a 121 (16.º).

16. Que correspondem a trabalhos de direcção e coordenação de obra (17.º).

17. E que foram pagos por DD (...), Lda a AA, SA (18.º).

18. DD (...), Lda, para instruir o processo de licenciamento da obra em causa, utilizou inicialmente o alvará da empresa EE, SA (20.º).

19. Em 27/09/06 DD (...), Lda substituiu o alvará da EE pelo da CC (...), SA no processo camarário de licenciamento (21.º).

20. Autor e ré acordaram no pagamento de 200 000,00 euros por parte desta àquele pela utilização do alvará de CC, SA (22.º e 23.º).

21. Este acordo motivou a assinatura dos acordos referidos nos pontos 5 e 6 (E) e (F) (24.º).

22. O contrato de consórcio, além de servir de suporte à utilização do alvará das CC (...), SA por parte da DD (...), Lda, teve também por objectivo a realização de trabalhos de construção da estrutura da obra (cofragem) e a direcção e coordenação da obra até à sua conclusão, entre outros trabalhos (25.º).

23. CC (...), SA cumpriu as suas obrigações até ao final da obra (26.º).

24. DD (...), Lda obrigou-se a pagar a CC (...), SA o montante de 2 000,00 euros mensais pelos trabalhos de direcção e coordenação da obra durante a fase posterior à conclusão da estrutura (27.º).

25. E pagou tais quantias, acrescidas de IVA, no período compreendido entre Junho de 2008 e Fevereiro de 2010 (28.º).

3. O acórdão recorrido começou por julgar *nula* a sentença apelada, por falta de fundamentação e omissão de pronúncia quanto ao pedido reconvenicional: e, procedendo ao suprimento de tais nulidades, reapreciando o mérito da causa, *concedeu provimento ao recurso e, consequentemente:*

– *Julgou improcedente a acção e absolveu a ré do pedido.*

– *Julgou procedente a reconvenção, declarando nulo o acordo celebrado entre o autor e a ré denominado “adenda confidencial ao contrato de consórcio de 01/10/2007”, condenando o autor a pagar à ré a quantia de 137 500,00 euros (cento e trinta e sete mil e quinhentos euros), acrescida de juros de mora às taxas legais desde a notificação do pedido reconvenicional e até integral pagamento.*

Tal decisão assentou na seguinte fundamentação:

A questão essencial consiste em saber se o acordo celebrado entre o autor e a ré e denominado “adenda confidencial ao contrato de consórcio de 01/10/2007” é válido ou é nulo.

Se este acordo for válido e não se tendo provado que foi feito o pagamento da última prestação, a acção terá de proceder com a condenação da ré no pagamento dessa prestação (como foi decidido na I.ª instância). Mas se o acordo for nulo, improcede a acção e terá de proceder a reconvenção com a condenação do autor a restituir à ré as prestações entretanto já entregues.

A fim de apreciar da validade ou invalidade deste acordo, recapitulemos a cronologia dos factos provados.

Quer a sociedade representada pelo autor, quer a sociedade representada pela ré se dedicam à actividade da construção civil, para o que dispõem de alvará industrial de construção civil, sendo o da primeira da classe 6 e o da segunda da classe 5.

A sociedade representada pela ré, na qualidade de dona da obra, para instruir o processo de licenciamento da obra em causa, utilizou inicialmente o alvará de uma outra empresa e, em Setembro de 2006, substituiu esse alvará pelo alvará da sociedade representada pelo autor no processo de licenciamento.

Em Janeiro de 2007 a sociedade representada pela ré deu de empreitada à sociedade representada pelo autor parte dos trabalhos da referida obra e, nesse acordo, a dona da obra obrigou-se a pedir a substituição ou a dar baixa do alvará no prazo de 30 dias a contar da assinatura do auto de recepção dos trabalhos.

Uma vez que a sociedade representada pela ré, dona da obra, possuía um alvará de classe insuficiente para a execução da obra, o autor acordou com a ré e com a sociedade por esta representada que o alvará da sociedade por si representada tutelasse toda a obra.

O autor e a ré acordaram no pagamento de 200 000,00 euros por parte desta àquele, pela utilização do alvará da sociedade representada pelo autor.

Por causa desse acordo, a sociedade representada pela ré e a sociedade representada pelo autor celebraram e reduziram a escrito, com data de 1/10/2007, um contrato de consórcio interno tendo por objecto a execução da empreitada para a obra em causa.

Ainda por causa do mesmo acordo, o autor e a ré reduziram a escrito, sem data, um acordo que denominaram “adenda confidencial ao contrato de consórcio de 1/10/2007”, no qual a ré se obrigou a pagar ao autor a quantia de 200 000,00 euros em três prestações.

Com a mesma data de 1/10/2007, a sociedade representada pela ré, enquanto dona da obra e o consórcio acima referido celebraram um contrato de empreitada denominado “contrato de empreitada – Consórcio” tendo por objecto a obra em causa e obrigando-se cada uma das partes com a específica contribuição para a realização dos trabalhos e, neste contrato, consignou-se que a obra já se encontrava parcialmente construída ao abrigo do anterior contrato de empreitada e que este terminava a sua validade com a assinatura do presente contrato.

O contrato de consórcio, além de servir de suporte à utilização do alvará da sociedade representada pelo autor pela sociedade representada pela ré, teve também por objectivo a realização de trabalhos de construção da estrutura da obra e a direcção e coordenação da obra até à sua conclusão, entre outros trabalhos, tendo todos esses trabalhos sido realizados, facturados e pagos. A ré pagou ao autor as duas primeiras prestações fixadas no “adenda confidencial ao contrato de consórcio de 1/10/2007”, nos valores respectivos de 75 000,00 euros e de 62 500,00 euros, mas não pagou a terceira prestação no valor de 62 500,00 euros.

Destes factos conclui-se que foram celebrados dois contratos de empreitada, previstos nos artigos 1207.º e seguintes do CC, como os contratos em que uma das partes (empreiteira) se obriga perante a outra (dona da obra) a realizar determinada obra mediante o pagamento de um preço.

Estes dois contratos de empreitada tiveram por objecto a execução da mesma obra, sucedendo o segundo contrato ao primeiro e em ambos a sociedade representada pela ré outorgou na qualidade de dona da obra, tendo a sociedade representada pelo autor outorgado o primeiro contrato de empreitada na qualidade de empreiteira e sendo empreiteira no segundo contrato de

empreitada o consórcio celebrado pelas duas sociedades. Por sua vez, o consórcio celebrado pelas duas sociedades representadas, respectivamente pela ré e pelo autor – empreiteira do segundo contrato de empreitada – foi celebrado ao abrigo do DL 231/81 de 28/7, cujo artigo I.º prevê como consórcio o contrato pelo qual duas pessoas que exerçam uma actividade económica se obrigam entre si a, concertadamente, realizar certa actividade ou efectuar certa contribuição com o fim de prosseguir qualquer dos objectos referidos no artigo seguinte, estatuinto ainda o artigo 26.º n.º 1 do DL 12/2004 de 9/1 que, para a realização e obras, as empresas de construção podem organizar-se em consórcios.

Paralelamente a tais contratos de consórcio e de empreitada - que foram todos cumpridos pelas partes envolvidas – foi celebrado, entre o autor e a ré, o ora discutido acordo denominado “adenda confidencial ao contrato de consórcio de 1/10/2007”.

Não sendo este acordo enquadrável em qualquer contrato previsto na lei, entendeu a sentença recorrida que o mesmo foi celebrado ao abrigo da liberdade contratual. Mais entendeu a sentença recorrida – sem apresentar qualquer fundamento – que este contrato não é ilícito.

Ora, se é certo que o artigo 405.º n.º 1 do CC permite que as partes possam fixar livremente o conteúdo dos contratos e celebrar contratos diferentes dos previstos na lei, o mesmo artigo refere também que tal liberdade não é absoluta, havendo que respeitar os limites da lei.

É assim que o artigo 280.º estabelece no seu n.º 1 que “e nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável e, no seu n.º 2 que “e nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo aos bons costumes”.

É legalmente impossível um negócio que o direito não possibilita, enquanto que é contrário à lei um negócio cuja realização é possível, mas que a lei reprova, sendo que, neste último caso, o negócio só será nulo quando contrariar normas imperativas, pois as normas supletivas podem ser derogadas ou modificadas pela vontade das partes – artigo 294.º do CC (cfr. P. Lima e A. Varela, CC anotado, volume I, página 258).

No caso dos autos, o negócio em causa, desde logo, tal como alega a apelante, é contrário à lei por violar a norma legal imperativa contida no artigo 4.º n.º 2 do DL 12/2004 de 9/1, diploma que contém o regime jurídico de ingresso e permanência na actividade da construção. Dispõe efectivamente o referido artigo 4.º n.º 2 que “o alvará é intransmissível, a qualquer título e para qualquer efeito”.

Assim, diferentemente do aproveitamento do alvará de uma sociedade, feita através de um contrato de consórcio outorgado por essa sociedade e em que esta contribua com a sua prestação para a execução de trabalhos para os quais é exigível o alvará de que é titular, não pode o alvará ser cedido pura e simplesmente mediante contrapartida, como se se tratasse de um aluguer, sob pena de violação da regra da intransmissibilidade do alvará.

Mas, mesmo que não existisse o obstáculo legal que representa o artigo 4.º n.º 2 do DL 12/2004, o acordo em apreço, celebrado entre o autor e a ré, sempre seria legalmente impossível, porque o alvará objecto do acordo não está na disponibilidade do autor para o ceder, na medida em que não é titular do mesmo, sendo titular a sociedade de que é representante.

Nem se poderá considerar que, apesar do conteúdo literal do acordo em apreço, o autor agiu em representação da sociedade, por o alvará ter sido realmente utilizado mediante o contrato de consórcio.

Na verdade, a versão de ambas as partes é bem clara no sentido de que o acordo foi celebrado entre o autor e a ré a título pessoal e não na qualidade de representantes das sociedades, como também o demonstra o facto de acção a reclamar a contrapartida acordada ter sido intentada pelo autor e não pela sociedade.

Conclui-se, portanto, que o acordo celebrado entre o autor e a ré é nulo, nos termos os artigos 280.º e 294.º do CC e 892.º e 939.º do mesmo código, pelo que a acção tem de improceder, não estando a ré obrigada a pagar a quantia peticionada.

Por força do artigo 289.º n.º I do CC, a nulidade do acordo tem efeito retroactivo devendo ser restituído tudo o que foi prestado. Deverá, assim, o autor restituir à ré as duas prestações que recebeu desta, no valor global de 137 500,00 euros.

Já a ré nada tem de restituir, pois nada foi prestado pelo autor, que não tinha a disponibilidade do alvará e cuja utilização foi tratada no âmbito dos contratos de empreitada e de consórcio. À quantia a restituir pelo autor acrescem os juros de mora nos termos dos artigos 804.º e seguintes e que são devidos desde a notificação do pedido reconvençional, nos termos do artigo 805.º e não desde as datas dos pagamentos das prestações, conforme vem pedido na reconvenção.

4. Inconformada com este sentido decisório, interpôs o A. a presente revista, que encerra com as seguintes conclusões:

I. A Relação só pode proferir decisão sobre o fundo da causa, em substituição do tribunal de 1.ª instância, depois de o relator convidar as partes a produzir alegações sobre a questão do mérito.

II. O relator não convidou as partes a produzir alegações sobre a questão do mérito, antes de a Relação proferir decisão, o que, sendo tal omissão susceptível de influir na decisão da causa, constitui nulidade processual.

III. O meio processual adequado à reacção contra a prolação intempestiva de decisão judicial – é o caso da decisão surpresa –, quando desta caiba recurso ordinário, é a suscitação da questão no âmbito deste recurso.

IV. Só há nulidade da sentença por falta de fundamentação, quando falte em absoluto a indicação dos fundamentos de facto e de direito da decisão, não a constituindo a mera deficiência de fundamentação.

V. A sentença especifica os factos em que baseou a qualificação do acordo como um contrato atípico e a conclusão sobre a sua não ilicitude e indica a norma legal que as suporta, pelo que não padece do apontado vício de falta de fundamentação.

VI. A ré formulou os pedidos de anulação do negócio que celebrou com o autor e a conseqüente restituição de tudo o que prestou, em alternativa, e não

subsidiariamente, com o pedido de restituição do que prestou com fundamento nas regras do enriquecimento sem causa.

VII. Se a sentença reconheceu que o acordo celebrado entre o autor e a ré não era ilícito, não havendo lugar à restituição do que foi prestado, seja em consequência da pretendida anulação do negócio, seja com fundamento em enriquecimento sem causa (nesse quadro, não existiu locupletamento à custa da ré), o conhecimento destas questões ficou claramente prejudicado, pelo que a sentença não padece do apontado vício de omissão de pronúncia.

VIII. É contrário à lei o negócio cuja realização é possível, mas que a lei reprova, sendo que será nulo quando contrariar normas imperativas.

IX. A adenda confidencial subscrita pelo autor e pela ré, não identificando a causa da obrigação de pagamento nela reconhecida por esta última, menciona, expressamente, o seu interesse pessoal na celebração do contrato de consórcio, pelo que a questão da nulidade tem que ser aferida em função deste último contrato, que foi efectivamente celebrado entre a sociedade titular do alvará e a sociedade de que a ré é gerente, qualidade que também é expressamente referida na dita adenda.

X. No caso dos autos, a sociedade titular do alvará celebrou um contrato de consórcio, no âmbito do qual contribuiu com a sua prestação, até ao final da obra na execução de trabalhos para os quais é exigível tal alvará, não tendo existido qualquer cedência deste último, pelo que não foi violada a regra da respectiva intransmissibilidade, prevista no artigo 4.º, n.º 2 do DL n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, que institui o regime jurídico do ingresso e permanência na actividade de construção.

XI. O contrato de consórcio celebrado é pacificamente compaginável com o regime estabelecido, designadamente, no art.º 26.º, n.ºs 1 e 2 do citado DL n.º 12/2004 e a possibilidade de o alvará das CC (...) SA tutelar toda a obra está expressamente prevista no n.º 2 desta última disposição legal citada.

XII. Para além do que resulta das conclusões anteriores, a titular do alvará ficou solidariamente responsável com o grupo pelo pontual cumprimento de todas as obrigações emergentes do contrato de consórcio (citado art.º 26.º, n.º 3, a) e pelas sanções decorrentes desse incumprimento (citado art.º 26.º, n.º 3, b), pelo que a sua responsabilidade não se extinguiu até ao final da obra.

XIII. Em ponto algum do acórdão sob revista se identifica qual o direito que terá passado duma esfera jurídica para outra, nem a identidade do transmitente o do transmissário desse direito, pelo que é completamente falha de fundamentação a conclusão de que houve transmissão de alvará, em violação do citado art.º 4.º, n.º 2.

XIV. A adenda confidencial subscrita pelo autor e pela ré traduz-se num negócio unilateral, na parte em que esta última reconhece a existência de uma dívida de que o autor é credor e promete o seu pagamento em três prestações.

XV. O acordo de vontades entre o autor e a ré existe, apenas, quanto a manterem a respectiva confidencialidade.

XVI. Na parte que corresponde ao negócio unilateral, a ré declarou que tinha um interesse pessoal na celebração do consórcio e pagou, em momentos diferentes, duas das prestações que prometeu, sem, no entanto, revelar a causa desse interesse pessoal.

XVII. A referência ao interesse pessoal da ré, no contexto da adenda, é essencial para a determinação do exacto conteúdo da relação fundamental que deu causa à sua declaração unilateral, tanto mais que não se provou que o autor nada fez, nem lhe prestou quaisquer serviços, nem executou quaisquer trabalhos, nem lhe forneceu quaisquer bens, que justificasse o direito a receber da ré a quantia que esta reconheceu dever-lhe.

XVIII. Resulta do art.º 458.º, n.º 1 do CC que o autor estava dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário.

XIX. A autora não produziu, com sucesso, a prova a que se propôs sobre a inexistência da relação fundamental, que deu causa à sua declaração de reconhecimento e promessa de pagamento da dívida, não sendo, outrossim, possível retirar da leitura dos factos provados que essa causa derivou, exclusivamente, da assinatura do contrato de consórcio por parte das CC (...) SA, tanto mais que, em favor da existência da obrigação de pagamento da ré, vale a presunção legal, não ilidida, do art.º 458.º, n.º 1 do CC.

XX. Pelo que a Relação, manifestamente, não dispunha de elementos que lhe permitissem concluir pela impossibilidade legal do objecto do negócio a que a denominada adenda confidencial serve de suporte.

XXI. O douto acórdão sob revista violou os art.ºs 715.º, n.º 3, 3.º, n.º 3, 726.º, 716.º e 668.º, n.º 1, d) do CPC, no que se refere à matéria da arguição da sua nulidade, enferma de erro quanto à interpretação do art.º 668.º, n.º 1, b) do CPC, que deve ser interpretado no sentido preconizado na conclusão IV, no que se refere à matéria da nulidade da sentença por falta de fundamentação, enferma de erro na aplicação ao caso dos art.º 668.º, n.º 1, d) e 469.º do CPC, no que se refere à matéria da nulidade da sentença por omissão de pronúncia, faz errada aplicação dos art.ºs 280.º, n.º 1 e 294.º do CC e 4.º, n.º 2 do DL n.º 12/2004 aos factos provados, no que se refere à matéria da nulidade do negócio por contrário à lei e, finalmente, padece de erro na aplicação dos art.ºs 715.º, n.º 2 do CPC e 280.º, n.º 2 do CC aos factos provados, no que se refere à matéria da nulidade do negócio por legalmente impossível.

Termos em que, sempre com o necessário suprimento, deverá ser concedido provimento ao presente recurso e, em consequência, revogado o acórdão sob revista, assim se fazendo a costumada JUSTIÇA

A recorrida contra alegou, pugnando pela confirmação do acórdão recorrido.

5. Na sua alegação, começa o recorrente por suscitar questões de natureza procedimental, questionando que a sentença apelada padecesse efectivamente dos vícios de *falta de fundamentação e de omissão de pronúncia* – e sustentando que, antes de os suprir, a Relação teria de ouvir sobre a matéria as partes, facultando-lhes a produção de alegações, em conformidade com o preceituado no n.º 3 do art. 715.º do CPC.

Saliente-se que, desde o primeiro momento, o cerne do presente litígio se centra na questão da *validade/nulidade* do negócio jurídico documentado a fls. 31 e denominado *Adenda Confidencial ao contrato de consórcio*, através do qual os representantes das duas sociedades outorgantes naquele consórcio – *actuando agora a título pessoal, e não na qualidade de gerentes* – *acordaram em atribuir à pessoa do gerente da sociedade AA o direito a receber a quantia de €200.000, pagos faseadamente, tendo tal atribuição patrimonial, feita pessoalmente ao A., como fundamento o interesse pessoal da gerente da outra sociedade, parte no consórcio, na celebração de tal negócio jurídico entre as sociedades em causa.*

Ora, enquanto a sentença considerou tal negócio lícito, ao abrigo de uma tabelar e lacónica invocação do princípio da *liberdade contratual*, a Relação, no acórdão recorrido, considerou que o dito acordo, celebrado entre os gerentes das sociedades, actuando embora nele a título estritamente pessoal (e não em representação dos referidos entes colectivos), padecia de *nulidade por impossibilidade legal do respectivo objecto*.

Ora, perante esta fisionomia do litígio, afigura-se efectivamente que a Relação, no acórdão recorrido, mais do que julgar nula a sentença por *deficiente fundamentação*, acabou por **revogar a decisão de mérito** dela constante, por errada desconsideração, nomeadamente, do regime normativo constante do art. 280.º do CC: é que, se estivéssemos perante mero *vício de falta de fundamentação*, o seu suprimento envolveria, não propriamente a total inflexão do sentido da própria decisão de mérito, mas apenas a inclusão na decisão do litígio dos fundamentos indevidamente omitidos pelo juiz.

E, nestes termos, importa *interpretar o acórdão proferido pela Relação* como contendo, não apenas o reconhecimento de um *vício formal ou procedimental*, consubstanciado numa *deficiente fundamentação* da decisão recorrida, mas antes a sua pura e simples *revogação* – por, na óptica da Relação, o conteúdo decisório da sentença envolver um *erro de julgamento* que naturalmente lhe cumpria corrigir, por tal questão se situar de pleno no âmbito das alegações do apelante, todas elas direccionadas para a *ilegalidade do referido acordo confidencial*.

Do mesmo modo, não pode considerar-se que ocorra, em bom rigor, o vício de *omissão de pronúncia* quanto à matéria do pedido reconvenicional, estruturado prioritariamente na invocação de *coacção moral* e, concomitantemente, na figura do *enriquecimento sem causa*: note-se que, na parte final da sentença, a fls. 475, se refere

que se impõe julgar improcedente, por não provado, o pedido reconvençional – decidindo-se, a fls., 477, pela improcedência da reconvenção e consequente absolvição do A. do pedido reconvençional.

Não pode, deste modo, afirmar-se que a sentença omitiu pronúncia sobre o pedido reconvençional, que julgou totalmente improcedente: é certo que se não pronunciou especificadamente sobre o *específico fundamento/enriquecimento sem causa* (enunciado, aliás, laconicamente, pelo recorrente, sem adequada concretização dos vários e específicos pressupostos legais do instituto); porém, tal questão estava obviamente *prejudicada pela solução que a sentença deu ao litígio*: ao considerar *válido* o dito acordo intitulado *adenda confidencial*, considerou naturalmente a sentença que existiria *causa legítima* para a deslocação patrimonial realizada em execução desse negócio jurídico...

O que está em causa no presente litígio transcende manifestamente o plano procedimental dos vícios da sentença, por a sorte, quer da acção, quer da reconvenção, estar irremediavelmente ligada ao que se vier a decidir sobre o mérito; na verdade, considerando a sentença apelada que o referido negócio, denominado *adenda confidencial*, era plenamente válido, é evidente que, consequencialmente, *não podia deixar de ter por improcedente o pedido de restituição das quantias já pagas em execução do acordado*, que nele encontrariam *causa adequada*. Pelo contrário, inflectido drasticamente pela Relação tal *juízo substantivo* acerca da *validade substancial* do acordo contido na referida *adenda confidencial* – considerando-se o mesmo *nulo* por força do estipulado no art. 280.º do CC – e mostrando-se impugnada pelo reconvinente/apelante a improcedência, insistindo na verificação dos pressupostos do invocada nulidade/ilegalidade do negócio celebrado – teria naturalmente tal matéria de ser reapreciada, desde logo no plano dos *efeitos do decretamento da nulidade do negócio jurídico* – o que o acórdão proferido pela Relação efectivamente fez.

Não cometeu, por outro lado, nesta peculiar situação litigiosa, a Relação a *nulidade de preterição do contraditório*, decorrente da omissão do convite às partes para produzirem novas alegações, nos termos do n.º 3 do art. 715.º do CPC: na realidade – e como atrás se realçou – a matéria do litígio, consistente na questão da validade/nulidade do referido acordo denominado *adenda confidencial*, *foi amplamente discutida entre as partes nas alegações que produziram na apelação*; ora, não contendo o acórdão da Relação a *dirimição* de qualquer *questão nova*, que as partes *não houvessem já debatido amplamente nas normais alegações que produziram*, seria perfeitamente inútil e injustificável que se lhes viesse dar nova possibilidade de controverterem o que já discutiram nas alegações que apresentaram...

Saliente-se que a norma prevista nos n.ºs 2 e 3 do citado art. 715.º tem o seu campo de aplicação perspectivado para situações perfeitamente diversas da dos presentes autos – em que, por certa questão ter sido *prejudicada pela solução dada ao litígio*, no momento em que ela ganha actualidade e carece de ser dirimida as

partes não tiveram ainda oportunidade de sobre ela se pronunciar – o que manifestamente não sucede no caso dos autos.

O acórdão recorrido não violou, deste modo, as disposições adjectivas invocadas pelo recorrente.

6. A solução do presente litígio não passa, deste modo, pelo plano das nulidades processuais, mas pura e simplesmente, pelo mérito da causa, ou seja, pela interpretação e aplicação das normas do CC acerca das causas de invalidade dos negócios jurídicos, envolvendo como tema nuclear a questão da nulidade/ilegalidade do referido acordo denominado *adenda confidencial*.

E, sobre esta matéria, apresentam as partes nas alegações duas perspectivas opostas:

- a recorrida, aderindo ao raciocínio desenvolvido no acórdão da Relação, sustenta que o pagamento pessoal ao A. tem na sua base um acto autónomo de transmissão ou cedência ilícita do alvará à sociedade representada pela R., violadora dos arts. 280.º e 294.º do CC, interpretados em articulação com a regra da intransmissibilidade do alvará, decorrente do art. 4.º, n.º 2, do DL 12/04,
- o recorrente, insistindo em que o referido negócio, denominado *adenda confidencial*, não implicou qualquer cedência ou transmissão do alvará de construção civil da sociedade de que era gerente o A. em benefício da sociedade de que era representante a R., não se verificando, pois, a causa de nulidade dos *negócios legalmente impossíveis*; e aditando agora um argumento adicional, ao qualificar como *negócio unilateral* a referida adenda confidencial, na parte em que desta resultaria o reconhecimento de uma dívida, sem estar determinada a relação fundamental em que assentaria o benefício patrimonial outorgado, a qual se *presumiria*, nos termos do n.º 1 do art. 458.º do CC.

Saliente-se, desde já, que se tem este último argumento por manifestamente insubsistente, já que não pode obviamente configurar-se o *acordo* constante do doc. de fs.31, *subscrito por ambas as partes*, como *negócio unilateral abstracto*: na verdade, e como é óbvio, nem se trata de *negócio unilateral*, nem tem natureza *abstracta*, já que estamos perante *negócio jurídico bilateral*, resultante do acordo de vontades de ambas as partes, tendo o mesmo natureza *causal*, assentando o benefício patrimonial outorgado ao A. na invocação de *interesse pessoal* da R. na celebração entre ambas as sociedades de contrato de consórcio!

Acresce que resulta inteiramente da matéria de facto provada *a causa substancial da atribuição patrimonial* outorgada pessoalmente ao A. pelo referido *acordo confidencial*: na verdade, o A. acordou com a R. que o alvará de construção civil da

sociedade AA – da classe de valor 6 – tutelasse toda a obra, incluindo acabamentos, tendo, em 27/9/06, a sociedade DD Lda substituído o alvará de outra entidade (EE) pelo da CC no processo camarário de licenciamento : e A. e R. acordaram no pagamento de €200.000 por parte desta àquele **pela utilização do alvará** de CC, SA (pontos 13, 19 e 20 da matéria de facto).

Está, deste modo, provado que a *atribuição patrimonial feita pessoalmente ao A. no âmbito do referido acordo ou adenda confidencial teve na sua base o ter este **facultado a utilização do alvará** da sociedade de que era gerente à sociedade representada pela R.:* e tal situação – traduzida em *se facultar a terceiro, mediante o pagamento de avultada verba pecuniária, a utilização do alvará da sociedade de que o A. era gerente*, não pode deixar de se configurar como clara situação **de fraude à lei** que proíbe a qualquer título a utilização ou cedência do alvará a terceiros.

Na realidade, não estamos aqui confrontados com a normal articulação e cooperação das sociedades no âmbito de um contrato de *consórcio interno*, suportando o alvará de cada uma das sociedades, associadas e cooperantes na realização da empreitada, os trabalhos globais efectuados – caso em que *não seria obviamente devida nenhuma prestação adicional ao estipulado no contrato de consórcio*, muito menos à pessoa do gerente ou administrador da sociedade (!) – mas antes com um acto de *específica autorização de utilização do alvará* da CC pela sociedade de que era gestora a R., *autonomamente remunerada*, mediante contrapartida pecuniária outorgada *confidencialmente à pessoa do gerente* que facultou tal autorização (e que, portanto, não emergia da simples celebração entre as sociedades do contrato de consórcio interno documentado nos autos)...

Note-se, aliás, que – para além da questão da *fraude à lei* que consagra a intransmissibilidade do alvará e que serve como *ratio decidendi* do acórdão recorrido – a nulidade do dito contrato de *adenda confidencial* sempre resultaria da manifesta *violação da cláusula dos bons costumes*, consagrada no n.º 2 do art. 280.º do CC, já que a *participação económica do A. em negócio celebrado em nome e no interesse da sociedade implica grave violação do dever fundamental de lealdade* a que estava vinculado (art. 64.º, n.º 1, al. b) do C Sociedades Comerciais), enquanto gerente ou administrador da sociedade, para com o ente colectivo cujos interesses deve prosseguir.

Esta questão – do *abuso de funções* do A., traduzido em confundir este, na sua actuação, os planos do interesse pessoal e da representação institucional da sociedade de que era gerente, auferindo uma vantagem pecuniária, pessoal e própria, com o acto da autorização de cedência a terceiro de um título que pertencia, não ao gerente, mas ao próprio ente colectivo – é, aliás, aflorada no acórdão recorrido, na perspectiva do *negócio legalmente impossível*, já que não estava na disponibilidade do gerente a cedência a terceiro da utilização de um bem ou título pertencente à sociedade (e, nessa medida, subtraído aos poderes discricionários de disposição do administrador/gerente).

Na verdade, a situação revelada pelos autos – traduzida em o gerente de determinada sociedade comercial *convencionar sigilosamente* com a contraparte o recebimento, *a título pessoal*, de uma *substancial retribuição pecuniária* como *contrapartida de ter outorgado em determinado negócio* (contrato de consórcio interno) celebrado em nome da sociedade que lhe cumpre representar – configura-se como integrando a figura jurídica da *participação económica em negócio* (que o C Penal tipifica no art. 377.º, quando cometida por *funcionário*) – e que (mesmo que não implique *lesão dos interesses colectivos*) se consubstancia *em receber, para si, vantagem patrimonial por efeito de acto jurídico-civil relativo a interesses de que tinha, por força das suas funções, no momento do acto, total ou parcialmente, a disposição ou administração*.

Ora, como é manifesto, tal situação é perfeitamente inconciliável com os *deveres de lealdade dos administradores de sociedades*, mesmo que regidas pelo direito privado, estando-lhes vedadas condutas como o *recebimento de corretagem por conta de negócios celebrados em representação da sociedade, o aproveitamento de oportunidades de negócios da própria sociedade ou o aproveitamento de situações em que ocorra conflito de interesses* com a entidade colectiva que lhe compete administrar (Menezes Cordeiro, *A Lealdade no Direito das Sociedades*, ROA ano 66/Dezembro, pags. 1057 e segs.).

Para além do plano da responsabilidade civil dos gerentes e administradores pela violação dos seus deveres fundamentais de cuidado e lealdade, tal comportamento (de aproveitamento pessoal dos negócios societários, em termos de auferir uma vantagem patrimonial indevida e injustificável) implica manifesta violação da *cláusula geral dos bons costumes* (aliás, os referidos *deveres de lealdade*, mesmo antes de estarem especificamente consagrados na lei, começaram por ter apoio precisamente na dita cláusula dos *bons costumes* – Menezes Cordeiro, ob. cit., pág. 1059), entendida como *o conjunto de regras éticas, dotadas de peso social relevante, aceites pelas pessoas honestas, correctas e boa fé, num dado ambiente social e num momento determinado, reconduzindo-se, em última análise, ao conceito de moral social dominante* (cfr. v.g. AC de 10/7/08, proferido pelo STJ no Proc. 07B1994).

Não foram, deste modo, violadas pela Relação as disposições de direito material invocadas pelo recorrente, o que dita a improcedência do recurso.

7. Nestes termos e pelos fundamentos apontados nega-se provimento à revista. Custas pelo recorrente.

Lisboa, 06 de Março de 2014. – *Lopes do Rego (Relator)* – *Orlando Afonso* – *Távora Victor*.

§ 2.º **Anotação**

SUMÁRIO: 1. *Os factos*. 2. *A decisão*. 3. *A doutrina das oportunidades societárias*. 4. *Os bons costumes e o dever de lealdade*.

1. **Os factos**

I. No dia 1 de outubro de 2007, *DD*, Lda e *CC*, SA celebraram um Contrato de Consórcio Interno, que denominaram *DD, Lda e CC, SA em Consórcio* (doravante *o Consórcio*), tendo por objeto a execução de uma empreitada para a construção da obra *X*.

Na mesma data, *DD*, dona da obra, celebrou, com *o Consórcio*, um contrato de empreitada que tinha como objeto os trabalhos de construção da obra *X* e nos termos do qual a primeira (*DD*) se obrigou a, designadamente, fornecer o betão e o aço, a mão de obra de armação de ferro e a execução da fase de acabamento e alvenaria, e o segundo (*o Consórcio*), designadamente, o fornecimento e a montagem de toda a cofragem.

Para além das vantagens práticas resultantes desta associação de esforços, a conclusão do contrato terá sido motivada pela desadequação do alvará detido pela *DD* – classe 5 –, em face dos valores totais da obra: as partes acordaram que seria o alvará de *CC* – classe 6 – a tutelar toda a obra, incluindo os acabamentos.

II. Como contrapartida da utilização do alvará de *CC*, *AA*, Autor na ação e acionista maioritário e administrador único da *CC*, exigiu a *BB*, Ré na ação e sócia e gerente da *DD*, a quantia de € 200 000,00, a ser paga em três prestações: (i) € 75 000,00, com a conclusão do contrato; (ii) € 62 500,00, em 31 de dezembro de 2009, com a entrega das instalações *Y*; e (iii) € 62 500,00, com a conclusão da obra e do respetivo fecho do livro de obra que deveria ocorrer até ao final de fevereiro de 2010. A exigência foi devidamente contratualizada sob a denominação *Adenda confidencial ao contrato de consórcio de 1 de outubro de 2007*.

III. Depois de cumprir as duas primeiras prestações, *BB* recusou-se a entregar os € 62 500,00 em falta, o que levou *AA* a interpor a presente ação.

2. **A decisão**

I. O Supremo Tribunal de Justiça, confirmando o acórdão da 2.ª instância, veio declarar a nulidade do negócio de consórcio. Na base da decisão encontramos dois argumentos: (1) violação do artigo 4.º/2 do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de janeiro; e (2) violação da cláusula geral dos bons costumes, artigo 280.º/2 do CC.

II. De acordo com o disposto no artigo 4.º/2 do *supra* referido diploma,

O alvará é intransmissível, a qualquer título e para qualquer efeito.

Ora, o tribunal considera, à luz dos factos provados, que o contrato de consórcio é intrinsecamente fraudulento. Atente-se às esclarecidas palavras do Conselheiro Lopes do Rego, relator do acórdão: “*não estamos aqui confrontados com a normal articulação e cooperação das sociedades no âmbito de um contrato de consórcio interno, suportando o alvará de cada uma das sociedades, associadas e cooperantes na realização da empreitada, os trabalhos globais efectuados ... mas antes com um acto de específica autorização de utilização do alvará da CC pela sociedade de que era gestora a R*”.

III. O segundo argumento, que não encontra paralelo na decisão da Relação de Lisboa, é apresentado como uma decorrência direta da atuação do Autor. O raciocínio, simples e clarividente, desdobra-se em duas dimensões: (1) ao exigir a entrega de € 200 000, a título pessoal, pela utilização do alvará pertencente à sociedade representada, o Autor violou o dever de lealdade a que todos os administradores de sociedades comerciais estão adstritos, 64.º/1, *b*) do CSC; e (2) os negócios celebrados, pelos administradores, em violação do dever de lealdade – para além de darem lugar à devida responsabilidade civil –, são, por sua vez, violadores dos bons costumes, o que impõe a declaração de nulidade do negócio, artigo 280.º/2 do CC.

IV. Na anotação criativa que ora se inicia, a nossa atenção irá centrar-se na violação do dever de lealdade cometida pelo Autor: importa atender em que medida a exigência do pagamento de € 200 000,00, a título pessoal, consubstancia uma violação do artigo 64.º/1, *b*) do CSC.

Não podemos, todavia, deixar de dedicar umas curtas linhas à construção lógico-jurídica sufragada e que remete as violações do dever de lealdade para a cláusula geral dos bons costumes.

3. *A doutrina das oportunidades societárias*

I. Pese embora as excentricidades do texto legal do artigo 64.º do CSC¹, o dever de lealdade adstringe os administradores a atuarem sempre no interesse da sociedade representada. Ora, é evidente que, no caso em análise, o Autor, ao exigir o pagamento de € 200 000,00, a título pessoal, pela utilização do alvará pertencente à sociedade de que era administrador colocou os seus interesses à frente dos interesses da sociedade.

¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades*, I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, 850 ss.

A curiosidade despertada pelo acórdão não se encontra, assim, na dificuldade em descrever o comportamento como violador do mais relevante dever dos administradores, mas na sua sistematização dentro do crescente leque de concretizações do dever de lealdade.

Ora, partindo do estudo realizado sobre a doutrina das oportunidades societárias e publicado nos dois últimos números da RDS², julgamos que os factos deste acórdão são reconduzíveis à modalidade objetiva da materialização fiduciária.

II. A doutrina das oportunidades societárias teve como grande motor a jurisprudência estado-unidense do início do século passado³. A primeira sistematização foi apresentada pelo Tribunal Superior do Estado do Alabama, em 1900, no célebre caso *Lagarde v Anniston*⁴. Denominada de teoria da expectativa, a construção assenta no pressuposto de que os administradores estão impedidos de prosseguir qualquer oportunidade de negócio sempre que a sociedade que representam seja titular de um interesse juridicamente tutelado⁵.

À teoria da expectativa seguiu-se a do ramo do negócio (*Guth v Loft, Inc*)⁶, que veda, aos administradores, a prossecução, a título individual, de todas as oportunidades de negócio que sejam abrangidas pelo ramo ou linha de negócio da sociedade representada⁷.

Outras teorias foram desenvolvidas, como a teoria da justiça, de base casuística⁸, a teoria profilática do *American Law Institute*⁹ ou a teoria mista do caso *Miller v Miller*¹⁰.

III. A doutrina das oportunidades societárias tem vindo, nas últimas décadas, a ser adotada pelos restantes sistemas jurídicos.

Em terras inglesas, onde casos de aproveitamento de oportunidades societárias são classicamente resolvidos por aplicação das nucleares *no conflict* e *no profit rules*,

² *Doutrina das oportunidades societárias (corporate opportunities doctrine). Parte I: Introdução – Direito estado-unidense – Direito inglês*, 5 RDS, 2013, 603-632, as remissões para a primeira parte serão feitas com a indicação “Parte I”, seguindo-se a respetiva página; e *Doutrina das oportunidades societárias (corporate opportunities doctrine). Parte II: Direito português*, 5 RDS, 2013, 741-778, as remissões para a segunda parte serão feitas com a indicação “Parte II”, seguindo-se a respetiva página.

³ Parte I, 605 ss.

⁴ 28 So 199-202 (Ala 1900).

⁵ Parte I, 608 ss.

⁶ 23 Del Ch 255-283 (Del 1939).

⁷ Parte I, 612 ss.

⁸ Parte I, 617 ss.

⁹ Parte I, 618 ss.

¹⁰ Parte I, 621 ss.

a jurisprudência mais recente tem dado importantes passos no sentido da sua autonomização dogmática¹¹.

A expansão estende-se, hoje, aos Direitos continentais de base romanística. A construção está bem implementada no seio das Ciências Jurídicas alemã, sendo discutida pela doutrina e invocada pelos tribunais¹², e italiana, onde foi positivada, com a reforma de 2003, no renovado artigo 2391.º do CC It¹³.

Em Portugal, apesar de a doutrina¹⁴ e a jurisprudência¹⁵ admitirem a figura, não se conhece nenhuma decisão em que tenha sido invocada ou aplicada.

IV. A difusão da doutrina das oportunidades societárias contrasta com a pouca solidez dogmática das sistematizações professadas. Ora, como tivemos oportunidade de afirmar, estas dificuldades não residem na complexidade da sua aplicação prática, mas na congregação, debaixo do mesmo conceito, de situações que partilham distintas *rationes* e propósitos.

Em termos sucintos, a doutrina das oportunidades societárias congrega dois tipos de atuações violadoras do dever de lealdade: (1) a prossecução de oportunidades de negócio pertencentes à sociedade, que denominámos de oportunidades societárias subjetivas; e (2) a utilização (abusiva) de pessoas, informações ou bens pertencentes à sociedade para fins pessoais, que designámos de oportunidades societárias objetivas.

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

Na modalidade objetiva, o elemento chave não reside nas vantagens que a sociedade iria obter se prosseguisse um determinado negócio, mas no facto de o administrador ter utilizado património – em sentido amplo – da pessoa coletiva, tendo em vista a satisfação dos seus interesses pessoais, em prejuízo dos interesses da sociedade. O intérprete-aplicador limita-se a averiguar a origem dos bens

¹¹ Parte I, 622 ss.

¹² Parte II, 741 ss.

¹³ Parte II, 746 ss.

¹⁴ MENEZES CORDEIRO, *Anotação ao artigo 64.º*, cit., 253 e COSTA/FIGUEIREDO DIAS, *Anotação ao artigo 64.º*, cit., 744.

¹⁵ STJ 25-mar.-2010 (SERRA BAPTISTA), proc. n.º 2924/07.5TBMTS.P1.S1; STJ 31-mar.-2011 (SERRA BAPTISTA), proc. n.º 242.09.3YRLSB.S1; STJ 25-out.-2012 (TAVARES DE PAIVA), proc. n.º 1059/06.2TBVCD.P1.S1; STJ 28-fev.-2013 (GRANJA DA FONSECA), proc. n.º 189/11.3TBCBR. C1.S1.

empregues: pertencendo estes à sociedade, o representante não pode utilizá-los na prossecução dos seus interesses individuais.

V. Ora, no caso em análise, os factos são facilmente subsumíveis a esta segunda modalidade: o Autor da ação transmitiu um alvará pertencente à sociedade de que era administrador, tendo recebido, em troca, a quantia de € 200 000,00. Esta atuação traduz-se numa violação do dever de lealdade na medida em que o administrador utilizou bens pertencentes à sociedade em benefício próprio: um caso clássico da doutrina das oportunidades societárias na sua modalidade objetiva.

VI. Internamente, a sociedade poderá sempre lançar mão, por analogia, do mecanismo previsto no artigo 180.º/2 do CSC e requerer o ressarcimento dos danos causados ou exigir “que os negócios efetuados pelo *administrador*, por conta própria, sejam considerados como efetuados por conta da sociedade e que o *administrador* lhe entregue os proventos próprios resultantes dos negócios efetuados por ele, de conta alheia, ou lhe ceda os seus direitos e tais proveitos”.

4. *Os bons costumes e o dever de lealdade*

I. Do comportamento contrário ao dever de lealdade, o relator do acórdão conclui pela conseqüente violação dos bons costumes: desaguando na nulidade do negócio – transmissão do alvará a troco de € 200 000,00 –, por aplicação do disposto no artigo 280.º/2 do CC.

O raciocínio, já acima exposto, assenta em duas ideias mestras: (1) o dever de lealdade dos administradores encontra as suas raízes, precisamente, numa cláusula geral de bons costumes; e (2) o comportamento do Autor da ação viola um conjunto de regras éticas aceites e determinadas pela sociedade.

Assim, na análise a esta parte do acórdão, importa esclarecer dois pontos prévios: (1) o conteúdo substantivo do dever de lealdade; e (2) o conceito de bons costumes.

II. Conquanto o dever de lealdade surja originariamente fundado na cláusula geral dos bons costumes¹⁶, é hoje pacificamente aceite, tanto pela nossa doutrina¹⁷

¹⁶ Menezes Cordeiro, *Direito das sociedades*, I, cit., 875.

¹⁷ Vide, por todos: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Anotação ao artigo 64.º do CSC em CSC anotado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, 253, 16; RICARDO COSTA/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Anotação ao artigo 64.º do CSC em CSC em comentário*, I, Almedina, Coimbra, 2010, 743: ao remeterem para a natureza fiduciária da relação ao invés da boa-fé, os Autores parecem desconsiderar a centralidade que a boa-fé assume no preenchimento e densificação de todas as relações fiduciárias.

como pela nossa jurisprudência¹⁸, que o seu conteúdo radica na boa-fé: a imposição de um dever de lealdade aos administradores, de forma análoga ao que se verifica com todas as restantes posições fiduciárias, apresenta-se como uma decorrência direta da presença da boa-fé – instituto congregador dos princípios basilares do sistema – no Direito societário.

Já o conceito de *bons costumes* aparece, invariavelmente, associado a duas dimensões distintas: (1) a uma moral sexual, familiar e social dominante, basilada temporal e espacialmente; e (2) aos Códigos Deontológicos¹⁹.

Neste caso em concreto, o Supremo Tribunal de Justiça incluiu a atuação do Autor na primeira das duas dimensões: ao exigir o pagamento de € 200 000,00, a título pessoal, o gerente violou um “conjunto de regras éticas, dotadas de peso social relevante, aceites pelas pessoas honestas ...”.

III. A solução levanta algumas dúvidas: (1) não poderíamos incluir este comportamento na segunda dimensão dos *bons costumes*? Visto existir uma certa identidade entre os deveres dos administradores e a ideia de um Código Deontológico; (2) não será a invocação da nulidade, por violação dos *bons costumes*, fora da relação primária – administradores/sociedade –, uma forma de contornar o princípio, tão acerrimamente defendido pela nossa jurisprudência, da não eficácia externa das obrigações?; e (3) porque não simplesmente afirmar que, sendo este comportamento contrário à lei – por violação do artigo 64.º do CSC –, estamos no campo de aplicação do artigo 280.º/1 do CC? “É nulo o negócio jurídico... contrário à lei”.

As dúvidas ora expostas põem em evidência que a solução apresentada pelo STJ, conquanto se apresente, num primeiro momento, bastante apelativa, agrega sérios problemas técnico-jurídicos – com especial destaque para o alcance real do 280.º do CC e para a autonomia dogmática e prática dos conceitos de boa-fé e *bons costumes* – que parecem impedir, sem maiores aprofundamentos científicos, uma remissão direta entre os dois institutos.

¹⁸ 1-abr.-2014 (FONSECA RAMOS), Proc. 8717/06.0TBVFR.P1.S1: “Equivale, de certo modo, à ideia civil de boa fé”.

¹⁹ STJ 23-mar.-2013 (Granja da Fonseca), Proc. 637/1999.L1.S1: com amplas referências bibliográficas jurisprudenciais e doutrinárias e António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito civil*, II, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, 584.