



Dissertação

Mestrado em Solicitação de Empresa

Da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Catarina Sofia Mendes Antunes Luís

Dissertação de Mestrado realizada sob a orientação da Doutora Marisa Dinis,
Professora da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de
Leiria.

Leiria, Março de 2014



Dissertação

Mestrado em Solicitadoria de Empresa

Da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Catarina Sofia Mendes Antunes Luís

Dissertação de Mestrado realizada sob a orientação da Doutora Marisa Dinis,
Professora da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de
Leiria.

Leiria, Março de 2014

Agradecimentos

Todo o percurso realizado para levar a bom porto mais uma concretização académica, não teria sido possível sem o apoio maravilhoso e incondicional de todos os que me rodeiam. Estas palavras, como não poderia deixar de ser, deixo-as com o maior dos sorrisos e sentimento de realização a todas as amigas e amigos que me acompanharam neste tempo, que estiveram ao meu lado nos bons e nos maus momentos, e sobretudo que não deixaram de acreditar em mim. Por me terem oferecido todo o apoio e ajuda que lhes era possível e assim me terem ajudado a ultrapassar esta fase, que nem sempre foi fácil, sem desistir e sem desanimar, tenho, pois, muito a agradecer. Agradeço por todos os dias e noites em que me acompanharam (mesmo quando nada tinham a fazer), na biblioteca da escola a trabalhar e a rir (porque também é preciso para não perder a vontade e o ânimo). Por terem estado sempre ao meu lado e, acima de tudo, por serem meus amigos. Tenho a agradecer a todos, como disse, por tudo isso e muito mais, e não poderia deixar de destacar aqui algumas das pessoas que foram cruciais neste árduo caminho. À Rita, que passou comigo muitos serões e foi uma companheira de mesa e desespero, por me ajudar a não desanimar e por comigo, partilhar ideias, muito riso e boa disposição. À Elisabete que, com as suas palavras amigas e sábias, sempre me apoiou, acreditou em mim, mesmo quando eu própria não acreditei, e me ajudou sempre que lhe foi possível. À Rute por todo o apoio moral, por partilhar comigo momentos bons e menos bons e pelo espírito de ajuda. Obrigada por me fazerem rir e por me darem mais um motivo para ter vontade de ir cada vez mais longe.

À minha família agradeço todo o apoio dado, sem o qual, sem dúvida, não teria sido possível chegar tão longe. A impaciência de tão longo percurso foi por vezes notória, mas ainda assim foi possível manter o espírito positivo e avançar sem desistir.

Não posso, de forma nenhuma, esquecer aqueles que têm sido quase como uma segunda família e que foram, ao longo deste tempo, incansáveis e imprescindíveis: todas as pessoas que trabalham na biblioteca José Saramago. Foram incansáveis e estiveram sempre disponíveis para ajudar, assim como para me ouvir naqueles dias que chegava à biblioteca

sem vontade de trabalhar e a dizer mal da vida. Foram, também eles, mais uma grande motivação para mim neste percurso.

Por último, porque quis que fossem estas as minhas últimas palavras de agradecimento, à minha orientadora Dr.^a Marisa Dinis que me acompanhou ao longo deste tempo, me aconselhou e corrigiu, que sempre esteve ao alcance de um “e-mail” e de dois passos. A ela o meu muito obrigada, pois sem ela também nada disto seria possível.

Resumo

A personalidade jurídica é um atributo característico do ser humano e, por isso, nasce com ele. Atentas as evidentes diferenças genéticas entre as pessoas físicas e as pessoas coletivas, a personalidade jurídica das sociedades comerciais resulta de uma ficção jurídica tendo, por isso, de ser atribuída por lei. Neste sentido, impõe a Lei que as sociedades comerciais adquiram personalidade jurídica no momento em que o respetivo contrato é registado. Este marco jurídico permitirá, à semelhança do que acontece com as pessoas físicas, que o novo ente jurídico seja sujeito de direitos e de obrigações, mediante a necessária representação. Porém, como mecanismo jurídico que é, a personalidade jurídica das pessoas coletivas, não raras vezes, pode originar desassossegos jurídicos que reclamam a respetiva desconsideração. Não será, ainda que o possa parecer à vista desarmada, um contrassenso, pois, na verdade, o que se pretende com este ato é a reposição da verdade jurídica.

Podendo consistir, a desconsideração da personalidade jurídica, numa derrogação do princípio da responsabilidade limitada dos sócios, percebe-se que este mecanismo visa responsabilizá-los pessoalmente por eventuais atos normalmente lesivos dos interesses de terceiros. Releve-se, porém, que se trata de um instituto de uso verdadeiramente excecional e, por isso, apenas será utilizável em situações concretas cuja solução não seja possível através do recurso a normais legais e/ou a outros institutos.

Palavras-chave: Personalidade Jurídica; desconsideração; responsabilidade dos sócios; proteção de credores.

Abstract

The Legal entity is a typical quality of the human being, therefore, it is born with him. Given the genetic differences between human beings and juridical entities, the legal entity of the corporations arises from a legal fiction needing, therefore, to be conferred by law. In this sense, the law enforces that corporations are to acquire their legal entity at the moment of their contracts' registration. This legal milestone allows, similarly to what happens with human beings, the new legal institution to become subject of rights and duties, given the necessary representation. Still, as legal milestone that it is, the legal entity of corporations may, often, give way to legal uneasiness that demand the necessary lifting of the corporate veil. This is not, as much as it may apparently seem, a sheer nonsense, for what we want to achieve with it is, actually, the restoration of the legal reality.

Given the possibility of lifting the corporate veil, consisting in derogating the principle of limited responsibility of corporations' partners, we come to the understanding that this mechanism aims at making them personally responsible for acts that may possibly be detrimental to third parties interests. We must underline that, nevertheless, its use must be entirely exceptional and, therefore, only usable in timely circumstances to which there is no applicable rule of law and/or other established laws.

Key-Words: Legal entity; Lifting the corporate veil; partners responsibility; creditors protection.

Lista de Siglas

al. - Alínea

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CCEsp. – Código Civil Espanhol

CCIt – Codice Civile Italiano

Cfr. - Confira

CIRE – Código da Insolvência e Recuperação de Empresas

CRCom – Código de Registo Comercial

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CT – Código do Trabalho

EUA – Estados Unidos da América

i.e. – isto é

LSA – Ley de sociedades anónimas

p. – Página

pp. – Páginas

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

SC – Sociedade em Comandita

ss. – Seguintes

Sub. - Sublinhado

SQU / SU[®] – Sociedade por quotas unipessoal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TR – Tribunal da Relação

Índice

DEDICATÓRIA.....	I
AGRADECIMENTOS	I
RESUMO.....	III
ABSTRACT	IV
LISTA DE SIGLAS	V
ÍNDICE	VI
1 INTRODUÇÃO.....	1
2 A PERSONALIDADE JURÍDICA E A SUA IMPORTÂNCIA	4
2.1 NO DIREITO CIVIL	5
2.2 NAS SOCIEDADES COMERCIAIS	8
3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	16
4 RECURSO AO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	24
4.1 SITUAÇÕES DE RECURSO À DESCONSIDERAÇÃO E SUA APLICAÇÃO	27
4.2 A JURISPRUDÊNCIA.....	56
5 MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS CREDORES.....	61
5.1 NORMAS LEGAIS PARA PROTEÇÃO DE TERCEIROS LESADOS	62
5.2 OUTRAS FORMAS DE PROTEÇÃO DOS CREDORES SOCIAIS	70
6 CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	80
JURISPRUDÊNCIA*	88

1 Introdução

Tendo em conta a conjuntura atual do nosso ordenamento jurídico bem como o estado da sociedade em que vivemos, natural será a emergência de institutos como o da desconsideração da personalidade jurídica. Ao longo deste nosso trabalho iremos tentar evidenciar, não apenas o seu surgimento, mas mais do que isso, a sua utilização e utilidade prática.

Sendo sem qualquer dúvida importante perceber como se trouxe para o nosso ordenamento jurídico este instituto excepcional denominado de desconsideração da personalidade jurídica, no âmbito do Direito das Sociedades Comerciais, não poderemos olvidar (e, mais importante ainda), a relevância e a medida da sua utilização. Entendidas que sejam estas características, vamos tentar perceber se há na nossa lei, normas que pressuponham, de alguma forma, a utilização deste mecanismo, com o intuito de proteger terceiros que possam ser lesados com as ações dos sócios. Além do que necessário será tentar perceber se, este instituto, é a única forma de proteger os credores sociais ou se haverá outras formas de levar tal tarefa a cabo. A história do surgimento deste instituto não se pretende de primordial importância nesta dissertação, embora não seja ignorada. Será, apesar disso, mais relevante percebermos quando e como pode a desconsideração da personalidade jurídica ser aplicada, bem como quais são as formas, existentes, de proteger os credores sociais para além deste instituto.

Para tanto, iremos desenvolver o nosso trabalho em quatro capítulos distintos, que se desenrolarão da seguinte forma:

Um primeiro capítulo dedicado ao estudo da personalidade jurídica. Isto é, como se desenvolve a personalidade no Direito Civil e quais os seus destinatários. Sem nos alongarmos em demasia, pois o que releva neste nosso trabalho é o direito das Sociedades Comerciais. Assim, haverá de seguida uma transição para o Direito das Sociedades Comerciais. Neste último passar a ver de que forma lhes é atribuída a personalidade e importância que tal atribuição prefigura, não esquecendo a menção do princípio da responsabilidade limitada atribuída aos sócios por força da personalidade jurídica das sociedades.

Após o entendimento da atribuição, numa primeira fase, da personalidade jurídica às sociedades e as consequências que tal atribuição acarreta, passamos ao segundo capítulo. Este

será inteiramente dedicado ao início do estudo do instituto objeto do nosso trabalho. A história do seu surgimento nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e de que forma foi o mesmo adotado pelo nosso ordenamento jurídico, através da doutrina e jurisprudência, uma vez que o mesmo não tem ainda hoje consagração na lei.

Um terceiro capítulo, este sim central ao nosso estudo, através do qual, e colocando algumas questões de certa forma controversas, tentaremos perceber qual a sistematização da desconsideração da personalidade jurídica, a que chegou a nossa doutrina. Significa isto que, este capítulo será dedicado ao elenco de situações que podem surgir na vida societária, que desconhecem regulação na nossa lei, mas que necessitam ser punidas. Situações que não podem por qualquer forma passar despercebidas e para as quais não encontrou ainda o nosso legislador forma de criar normas que possam ser usadas na proteção de terceiros contra a ação lesiva dos sócios. Iremos verificar como a nossa doutrina não é consensual relativamente a determinadas situações, nomeadamente quanto à aplicação do regime de responsabilidade ilimitada em caso de desconsideração da personalidade do ente societário. Certo será que, não esquecemos, igualmente a aplicação do instituto pela jurisprudência, nas várias situações em que se considera haver um uso abusivo da personalidade societária por parte dos sócios. Isto vale, não apenas para a jurisprudência nacional, mas também para a jurisprudência estrangeira.

Por último, um quarto capítulo que tratará das normas legais que encontramos plasmadas ao longo do nosso Código das Sociedades Comerciais. As normas através das quais se pretende proteger os credores societários e também outras formas de o fazer, nomeadamente através de ações que estes podem intentar. Será desta forma que tentaremos perceber se existem, afinal, ou não outras formas de proteger os credores sociais dos atos lesivos eventualmente praticados pelos sócios, que não o instituto a que dedicamos o nosso tempo. Até mesmo porque, conforme veremos, a nossa doutrina é consensual em afirmar o carácter excecional da aplicação do instituto da personalidade jurídica. O que antevê a existência de outros mecanismos a que podemos recorrer, verificadas determinadas circunstâncias, para proceder à tão proclamada proteção de terceiros.

Ao longo deste percurso a que propomos dedicar o nosso estudo, a metodologia a utilizar será a da revisão bibliográfica e jurisprudencial, sem esquecer o direito comparado, até mesmo porque, é através dos ordenamentos estrangeiros que se transcreve para o nosso o instituto que pretendemos estudar. Trata-se de um trabalho algo teórico, em que, através das doudas

palavras dos nossos autores, que dedicam o seu trabalho a este e outros temas, tentamos chegar a uma conclusão nossa. Passando sempre pela análise das palavras que nos dedicam e também pela análise e aplicação prática, por parte da nossa jurisprudência, tentaremos questionar algumas situações para as quais não existe ainda entendimento uniforme e passar o nosso próprio entendimento.

2 A Personalidade Jurídica e a sua Importância

Numa primeira abordagem a este nosso trabalho, prefigura-se de alguma importância tentar perceber e definir o que é a personalidade jurídica para mais facilmente entendermos a sua desconsideração. Há que atender ao facto de a personalidade jurídica ser uma característica, em primeira linha, do ser humano. Vamos, por isso, falar da personalidade enquanto “qualidade” do ser humano para, de seguida, vermos como e porque é que esta é também atribuída às sociedades comerciais.

Começamos então por tentar definir personalidade jurídica¹. Muitas são as definições avançadas pelos distintos autores. Neste sentido, podemos citar, entre muitas outras possibilidades, as palavras de Alberto González (2011) que refere que “a personalidade jurídica – ou seja, a aptidão de certa entidade para ser titular de direitos e deveres – é uma qualidade que está ou não está presente no ente em causa.” González (2011), p. 86. Podemos ainda referir a alusão feita por Cabral de Moncada (1995), p. 250, que de forma deveras interessante se refere à vida jurídica como sendo uma peça de teatro, sendo que a personalidade jurídica seria a máscara atribuída ao Homem nessa peça de teatro.

A personalidade não é, no entanto, um atributo exclusivo do ser humano. Há também a suscetibilidade de personificar determinadas entidades. Assim o faz o legislador ao atribuir personalidade, por exemplo, às pessoas coletivas. Mota Pinto (2005), p. 193, avança a distinção entre a atribuição de personalidade ao ser humano e às pessoas coletivas ao referir que é a,

“aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas. Esta aptidão é nas pessoas singulares – nos seres humanos – uma exigência do direito ao respeito e da dignidade que se deve reconhecer a todos os indivíduos. Nas pessoas colectivas trata-se de um processo técnico de organização das relações jurídicas conexas com um dado empreendimento colectivo”.

Ora, as noções de personalidade jurídica supramencionadas são relacionadas em particular com o Direito Civil. Porém, o nosso trabalho vai direccionado, especialmente, para o Direito das Sociedades Comerciais. Por assim ser, cumpre analisar se existem diferenças concetuais,

¹A personalidade jurídica é um conceito que se encontra regulado na lei, sendo que, no que ao Direito Civil respeita, não encontramos propriamente uma definição do que é a personalidade jurídica. Encontramos sim indicação relativa ao momento em que esta começa e quando cessa, bem como a definição de capacidade jurídica – regulados no CC.

da matéria em causa, no que respeita ao Direito Comum e ao Direito Especial das Sociedades Comerciais.

2.1 No Direito Civil

De acordo com o já mencionado artigo 66º, do CC, a pessoa² adquire personalidade jurídica com o “nascimento completo e com vida”. Sendo que, a personalidade jurídica, na medida em que é um conceito qualitativo, é uma qualidade inata do ser humano, interessa aqui perceber em que medida se considera que o nascimento é completo e com vida, posto que seja o problema dos nados vivos, e, não de somenos importância, o corte do cordão umbilical (a este respeito, questiona-se, por exemplo, se poderemos considerar que o nascimento é completo enquanto a criança ainda se encontra ligada à mãe pelo cordão umbilical, como melhor veremos de seguida). Não podemos igualmente descurar que o legislador atribui, até certa medida, personalidade aos nascituros. Retira-se esta ideia do facto de poderem, nas palavras de Dias Marques (1977), p. 14, “adquirir direitos”, e estes direitos a que se refere o autor concretizam-se na possibilidade de os nascituros poderem receber doações³ e bens em testamento⁴.

O corte do cordão umbilical, como pressuposto da total separação do corpo materno e do nascimento completo, não é consensual. Assim veja-se que há autores que entendem que só há separação total aquando do corte do cordão umbilical e outros que entendem que, pelo contrário, basta a separação física para haver nascimento completo sem que isso implique o corte do cordão. A título de exemplo de ambas as mencionadas posições, podemos citar as palavras de Ewald Hörster (1992), p. 295, que defende a segunda ideia desta forma,

² Cumpre aqui perceber o conceito de pessoa. Nas palavras de Menezes Cordeiro (2007), pp. 297-298 “A fecundação do óvulo pelo espermatozóide ocorre nas trompas. Resulta, daí, um novo ser, composto por genes cedidos pela mãe e pelo pai. Inicialmente formado por uma única célula, diz-se um zigoto. (...) Com a semana décima, o feto tem uma face humana; a partir daí e até ao termo da gestação, o feto apresenta uma diferenciação orgânica praticamente completa.” Para Carvalho Fernandes (2001), p. 120 pessoas são “quaisquer entidades entre as quais se possam estabelecer relações jurídicas. (...) pessoa jurídica é toda a *entidade que pode ser titular de poderes e estar adstrita a vinculações.*”

³ Lê-se no artigo 952º do CC que os nascituros “concebidos ou não” podem receber doações, presumindo-se a reserva do usufruto a favor do doador até ao seu nascimento.

⁴ O artigo 2033º, n.º 2, alínea a) do CC, atribui aos nascituros capacidade para receber por testamento.

“o nascimento é completo no momento em que o feto se separou inteiramente do corpo da mãe. Separação inteira não significa que também o cordão umbilical deve estar cortado. Para haver uma separação inteira do corpo da mãe, é suficiente que o feto tenha saído completamente do ventre materno.”

De opinião diversa, ou seja defensor de que deverá haver o corte do cordão para haver nascimento completo e com vida (ideia defendida pela maioria dos autores), temos Menezes Cordeiro (2007), p. 343, quando escreve “... o nascimento (parto, separação, *Entbindung*) fica completo com o corte do cordão umbilical.”; também Cabral de Moncada (1995), p. 253, parece partilhar desta ideia quando refere “nascer é, portanto, separar-se, destacar-se inteiramente um organismo do outro, exigindo-se que tal separação seja completa, por forma a poder dizer-se que há duas vidas tornadas organicamente independentes uma da outra.”; encontramos ainda, nesta linha de pensamento, Capelo de Sousa (2003), p. 263, que entende que deverá haver o corte, assim veja-se, “há *nascimento completo* no momento da separação plena ou total do filho relativamente ao corpo materno, normalmente com o corte do cordão umbilical.”. Não exige, no entanto, o nosso código, que a criança nasça com figura humana, além de não exigir, igualmente, um lapso temporal para a inteira separação do ventre materno como faz o legislador espanhol⁵, assim como não há na nossa legislação a exigência de demonstração de viabilidade de sobrevivência como acontece nos ordenamentos Francês e Espanhol⁶.

Assim o nosso entendimento vai um pouco ao encontro do predito por Cabral de Moncada, Menezes Cordeiro e Capelo de Sousa, isto é, que há nascimento completo e com vida aquando do corte do cordão umbilical. Entendemos assim visto que é, nesse momento, que há a separação total dos dois seres e a criança deixa de depender inteiramente da mãe começando a respirar sozinha (dando, desta forma, origem a um ser humano totalmente independente). Entendemos ser a total separação juridicamente relevante, por se falar em nascimento completo (na nossa perspetiva dever-se-á aqui subentender a total separação e independência).

No que aos nados vivos diz respeito, diz-nos Ewald Hörster (1992), p. 295, que “o nascimento é com vida quando, depois da sua separação do corpo materno, a criança tenha vivido. (...) Está-se perante o nascimento com vida quando a criança respire ou manifeste quaisquer outros sinais de vida (...)”, contrariamente ao que acontece quanto aos nados mortos, que não chegam a adquirir personalidade jurídica pelo simples facto de já não respirarem quando se concretiza a separação do corpo materno. O autor adianta mesmo que não se coloca em causa

⁵ A este respeito veja-se Mota Pinto (2005), p. 202.

⁶ Cfr. Orlando de Carvalho (2012), p. 194.

o facto de a criança poder vir a falecer algumas horas depois do nascimento – é um facto juridicamente irrelevante.

Inerente à personalidade jurídica é a capacidade jurídica, sendo que à personalidade não se podem atribuir quaisquer limitações não sucedendo o mesmo com a capacidade. Esta ideia está, aliás, bem patente na definição do CC, no artigo 67º, que define capacidade e acrescenta “salvo disposição legal em contrário”. Trata-se pois de definir a medida de direitos e obrigações a que a pessoa está adstrita. Podemos dizer ainda que a capacidade jurídica se subdivide em capacidade de gozo e em capacidade de exercício. Alberto González (2011), p. 91, define uma e outra da seguinte forma: “aquela (personalidade jurídica) consiste na aptidão para ser titular de direitos e deveres. Esta (capacidade jurídica) cifra-se na susceptibilidade de actuar tais direitos e deveres de modo pessoal e livre”. A capacidade de exercício acaba por ser uma espécie de complemento da capacidade de gozo, visto que esta consiste somente na suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações. Assim a capacidade de exercício complementa-a na medida em que se reveste dos meios para agir no âmbito desses direitos e obrigações. Nas palavras de Mota Pinto (2005), p. 221, a capacidade de exercício traduz-se na “susceptibilidade de exercitar direitos (...) é a idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres (...)”. Tais direitos podem ser exercidos por si próprio pessoalmente ou mediante representante (de modo a suprir qualquer eventual incapacidade, como é o caso, por exemplo, dos menores, interditos e inabilitados). Por sua vez Menezes Cordeiro (2007), p. 338, usa o recém-nascido como exemplo para especificar as diferenças de que temos vindo a falar:

“O recém-nascido tem personalidade jurídica – artigo 66º/1 – e pode ser titular de posições jurídicas: tem capacidade de gozo, ainda que não total [não pode casar – artigo 1601º,a) – ou testar – artigo 2189º,a)]; em compensação, não tem capacidade de exercício, devendo ser representado – artigos 123º e 124º.”

Note-se que a importância da capacidade vem plasmada, inclusivamente, na CRP que, no artigo 26º, n.º 1, a enquadra no leque dos direitos, liberdades e garantias. Significa isto que o legislador não só consagrou constitucionalmente a capacidade jurídica como a integrou no capítulo dos direitos fundamentais – um dos que reveste maior importância em sede de direitos constitucionais. No diploma fundamental prescreve o legislador que a capacidade só pode sofrer limitações “nos casos e termos previstos na lei”.

Em jeito de conclusão e simplistamente falando, podemos dizer que a pessoa nasce e por este simples facto adquire personalidade. Qualidade que lhe é inata e à qual não pode renunciar

por qualquer forma. Inerentemente à aquisição de personalidade, adquire a capacidade jurídica que se desdobra em capacidade de gozo e capacidade de exercício. Capacidade esta que se encontra constitucionalmente consagrada e que consiste na suscetibilidade de ser titular de direitos e deveres e na medida em que os mesmos podem ser exercidos pessoalmente ou mediante representação legal ou voluntária.

2.2 Nas Sociedades Comerciais

Partindo das noções anteriormente expostas, cumpre agora analisar a personalidade jurídica das sociedades comerciais estudando, em particular, como adquirem tal personalidade e em que medida podem exercer os seus direitos e obrigações.

Refira-se, desde já, que as sociedades comerciais são entidades dotadas de autonomia e personalização. Neste sentido, refere Pupo Correia (2009), p. 195, que “a sociedade comercial é, em si mesma, um sujeito de direito.”

É hoje consensual e certo que as sociedades comerciais adquirem personalidade jurídica após o registo do contrato de sociedade⁷, nos termos do prescrito no art. 5º do CSC⁸. No entanto, nem sempre assim foi. Tempos houve em que não era consensual que a sociedade pudesse ser sujeito de direitos e, por isso, adquirir personalidade jurídica. Porquanto, pelo regime vigente com o código comercial de 1888, não era claro se a sociedade adquiria ou não personalidade jurídica. Na verdade o artigo 108º do referido código deu, durante bastante tempo, azo a discussões doutrinárias a este respeito. Assim, enquanto alguns autores viam fundamento legal para atribuir personalidade jurídica às sociedades comerciais outros rejeitavam-no. A este

⁷ De acordo com António Pita, 1992, pp. 112-113, é a partir do registo definitivo que as sociedades comerciais, além de adquirirem a personalidade jurídica, “têm capacidade jurídica para todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim...”; sendo que passam a ser responsáveis pelos atos praticados por quem tenha poderes para as representar, nomeadamente quanto a dívidas. *Idem, ibidem*, p.173, o código das sociedades comerciais indica a altura em que as sociedades comerciais adquirem personalidade jurídica que, conforme foi já referido, é com o registo definitivo. Mas então resta-nos saber quais os efeitos desse registo, para o que recorreremos ao CRCom. “A primeira regra é a de que o registo definitivo constitui presunção de que existe a situação jurídica, nos precisos termos em que é definida (art. 11º). Esta presunção é ilidível.”

⁸ O referido artigo ressalva *in fine* a questão relativa às sociedades resultantes fusão, cisão ou transformação. Não quer isto dizer, no entanto, que as sociedades que surgem de novo sempre que haja uma das situações enumeradas, não adquiram personalidade jurídica. Esclarece, aliás, quanto a isto, Coutinho de Abreu *et al*, 2010, p. 96 “Deve contudo entender-se que as (novas) sociedades resultantes de fusão ou de cisão também adquirem personalidade com o registo respetivo (cfr. Arts. 112º, 120º). O mesmo deve entender-se quanto às sociedades civis de tipo comercial resultantes da transformação de sociedades civis simples (cfr. Art. 130º, 2, 6).”

propósito, cite-se, por um lado, Ferrer Correia (1968), p. 88, que entendia que “o art. 108º obriga a considerar toda e qualquer sociedade comercial, nas relações com terceiros, como individualidade jurídica distinta dos sócios, a mesma qualificação terá de valer também para a esfera das relações entre a sociedade e os sócios.”, e por outro lado, em sentido diferente (ainda que não diametralmente oposto), Guilherme Moreira (1908), p. 19, que referia que apenas se deveria atribuir personalidade jurídica às sociedades anónimas, uma vez que nestas “...a sociedade tem em relação aos sócios uma vida independente (...)”; já as sociedades em nome coletivo, na sua perspetiva, não se deveria atribuir personalidade jurídica visto que “...não constituem, em relação aos sócios, uma entidade que possa considerar-se autónoma ou independente delles...”. Nos ordenamentos estrangeiros, as sociedades comerciais gozam igualmente, regra geral, de personalidade jurídica. Veja-se, a este propósito e de forma meramente exemplificativa, o ordenamento jurídico espanhol onde, as sociedades comerciais gozam de personalidade jurídica, sendo titulares de direitos e obrigações, quase nos mesmos termos que as pessoas individuais⁹.

Esta personalidade jurídica que se atribui às sociedades não se confunde, no entanto, por qualquer forma, com a dos sócios¹⁰. Tanto mais que, muitas são as ocasiões em que os próprios sócios estabelecem relações jurídicas com a sociedade (o que só se torna possível por esta ser entidade dotada de personalidade jurídica)¹¹. Significa isto que todos os bens por eles transmitidos à sociedade mudam de titular, passando a integrar a esfera jurídica desta que pode, assim, aliena-los e onerá-los conforme lhes aprouver (dentro dos limites da lei). Tanto assim é que, querendo os sócios sair da sociedade, transmitem de forma onerosa ou gratuita a sua participação social, deixando, no entanto, na sociedade os bens que eventualmente lhe tenham transmitido¹². A sociedade passa a deter autonomia patrimonial que acaba por ter duas perspetivas diferentes, “...por um lado, impõe-se a responsabilidade directa da *sociedade* pelas dívidas decorrentes da sua actividade; por outro, estabelece-se a insensibilidade do património societário às dívidas particulares dos seus *sócios*” (Pinto Furtado, 2009, pp. 220-221). Expõe ainda Pinto Furtado, *Ob. Cit.*, p. 221, que a primeira vertente se verifica mesmo

⁹ Cfr. Angel Yagüez, 1993, p. 298 “(...) el ordenamento jurídico admite que ciertas colectividades humanas, una vez cumplidos determinados requisitos, gocen de personalidad própria y posean aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones, casi en los mismos términos que un individuo.”

¹⁰ Leia-se o que diz Oliveira Martins, 2011, p. 24, a este respeito “A aquisição de personalidade jurídica por parte da sociedade permite criar um novo ente jurídico (uma nova subjetividade) distinto dos sócios que a formaram.”

¹¹ A este respeito leia-se o que diz, em apenas uma frase, Pupo Correia, 2009, p. 197, “A personalidade das sociedades é isso mesmo: uma individualidade jurídica própria, que não se confunde com a dos sócios.”

¹² Afirma, sobre esta questão, Soveral Martins, 2007, p. 97, que “os sócios não têm nem direitos sobre os bens isolados da sociedade, nem sobre o património da sociedade no seu todo.” Cfr. Catarina Serra, 2009, p. 157 “a posição jurídica de sócio de uma sociedade não envolve um direito daquele sobre os bens desta.”

em relação a todos os tipos de sociedades, mesmo aquelas em que a responsabilidade dos sócios é ilimitada (sociedades em nome coletivo e sociedades em comandita, no que toca aos sócios comanditados), uma vez que a responsabilidade de tais sócios é subsidiária¹³ servindo estes apenas como garantes das dívidas por aquelas contraídas. Já no que à segunda vertente diz respeito é aplicável a todas as sociedades sem exceção.

Sustenta Coutinho de Abreu (2010), p. 98, que as sociedades, apesar de a lei lhes atribuir personalidade apenas com o registo, já existem mesmo antes de efetuado o mencionado registo, e podem agir como sociedade que são. Em contraposição com a posição adotada por Pupo Correia, 2009, p. 196, que entende que a sociedade só existe com o registo definitivo e só então poderá agir “como sociedade e como comerciante, de pleno direito”. A questão do registo enquanto pressuposto de aquisição de personalidade e consequente autonomia das sociedades coloca-se, primordialmente, quando pensamos que esta adquire bens, seja em dinheiro seja em espécie, no ato de constituição (ou seja, antes mesmo do registo do contrato). Quanto mais não seja a sociedade adquire, no ato da sua constituição, as entradas/contribuições dos sócios. Além do mais, permite a lei (exceção feita ao princípio geral da legitimação de direitos, nos termos do Código de Registo Predial), que sejam transmitidos bens antes de efetuado o registo, desde que no mesmo dia e pela mesma forma. Quer isto dizer que, é possível a sociedade vir a adquirir bens mesmo antes do registo definitivo do contrato, desde que a transmissão de tais bens se opere no mesmo dia da formalização do contrato que lhe dá forma. Tal apenas fará sentido se tivermos em conta a ideia de que a partir da constituição (sendo atualmente suficiente contrato reduzido a escrito com o reconhecimento presencial das assinaturas, salvo nas situações em que as entradas dos sócios consubstanciam a transmissão de bens que exija forma mais solene), a sociedade adquire personalidade muito embora a sua verdadeira autonomia jurídica apenas se verifique com o registo¹⁴. Conforme podemos perceber das ideias de Fazenda Martins (1994), pp. 37-45, ainda que estejam em causa sociedades que visam no futuro a responsabilidade limitada, é usual que os sócios realizem negócios para a sociedade, sendo por eles responsabilizados. Assim acontece, igualmente, nos ordenamentos alemão¹⁵, Italiano e Francês quanto às sociedades de responsabilidade limitada. Para o referido autor e, que nos parece aqui pertinente, tendo em

¹³ Cfr. Art. 175º, n.º 1 do CSC

¹⁴ Cfr. Olavo Cunha, 2012, p. 79

¹⁵ Cfr. Pinto Duarte, 2008, pp.36-37, no sistema alemão às designadas “sociedades de pessoas” não se atribui personalidade jurídica. Não significa isto, no entanto, que a estas se não imputem efeitos jurídicos. No sistema germânico e nestas ditas “sociedades de pessoas” de que estamos a falar, apesar de desprovidas de personalidade jurídica “dão lugar a um património de mão comum” que irá permitir imputar a tal património os efeitos jurídicos “de modo funcionalmente equivalente ao conseguido por meio da personalização”.

conta o papel do registo que limita a responsabilidade ao património das sociedades, parece lógico que antes de o mesmo ser efetuado se exija a responsabilidade do património dos sócios¹⁶.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico Italiano a questão da atribuição de personalidade jurídica difere relativamente ao nosso. Isto porque, apenas relativamente às sociedades anónimas é o seu registo considerado constitutivo, conforme sobressai das palavras de Fazenda Martins (1994), p. 43, quando este diz que a lei Italiana estabelece claramente “o carácter constitutivo do registo nas sociedades de capitais”. Naquele ordenamento e, apesar deste efeito do registo se atribuir apenas às sociedades anónimas, atribui-se personalidade jurídica, não apenas a estas sociedades, mas também às sociedades em comandita por ações e às sociedades de responsabilidade limitada. De acordo com o que nos diz Fazenda Martins, *ob cit.*, pp 40-41 este ordenamento jurídico questiona apenas a atribuição de personalidade às “sociedades simples, das sociedades em nome coletivo e da sociedade em comandita simples”.

Adquirindo, a sociedade, personalidade jurídica, e, como foi já referido, tornando-se sujeito de direitos e obrigações, passa igualmente a deter um património próprio e autónomo, distinto do património dos sócios e com o qual não podem os credores pessoais dos sócios fazer-se pagar pelas dívidas destes, exceto nos termos legalmente admitidos. É a isto que, segundo Oliveira Martins, 2011, pp. 24 e 25 “a doutrina anglo-saxónica denomina por *entity shielding*.” Na acessão do referido autor a *entity shielding* tem como efeito proteger a sociedade e o seu património de eventuais investidas dos credores pessoais dos sócios, funcionando, desta forma, como “o oposto da limitação da responsabilidade”. A propósito da autonomia patrimonial em consonância com a personalidade jurídica, entende Ferrer Correia (1994), pp. 240-241, que aquela é pressuposto desta, mas tão só um pressuposto, uma vez que se trata de conceitos perfeitamente distintos.

Será de sublinhar a importância de o facto da atribuição de personalidade jurídica às sociedades comerciais pressupor que estas serão titulares de um património autónomo em relação aos seus sócios. A importância de tal distinção releva perante os credores societários,

¹⁶ No que ao ordenamento jurídico alemão respeita, diz-nos Fazenda Martins, 1994, pp. 38-39 “... no ordenamento alemão, *dado o conceito dominante de personalidade jurídica, o registo só poderia ser considerado constitutivo*, pois só depois dele deixa de fazer sentido a *responsabilidade ilimitada de alguns sócios e há condições para uma completa separação patrimonial*, pressuposto necessário da personalidade jurídica.” Adianta ainda que, ao contrário daquilo que acontece no nosso ordenamento jurídico, no alemão é “requisito necessário para atribuição de personalidade jurídica, a *separação patrimonial completa entre a entidade coletiva os seus participantes*.”

uma vez que serve de garantia pelas dívidas contraídas, tornando-se assim importante a distinção entre os patrimónios. Havendo uma distinção clara podem os credores realizar os negócios com a sociedade de uma forma plenamente esclarecida¹⁷. Destarte a separação patrimonial serve igualmente para tornar clara a linha que separa o património pessoal dos sócios (o qual não responde, em princípio, pelas dívidas sociais) do património da sociedade que se encontra afeto ao pagamento de tais dívidas e vice-versa. Nas palavras de Pupo Correia (2009), p. 201, estamos assim perante a “aplicação directa do princípio expresso no art. 601º do CC”¹⁸. A questão que se coloca é, de facto, a de, relativamente às sociedades comerciais, esta autonomia não ser perfeita. De acordo com Pupo Correia, *ob. Cit.*, p. 201, a autonomia não é perfeita estando em causa a “responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade, ou seja, a questão de saber se e em que medida os credores sociais podem obrigar os sócios a pagar as dívidas da sociedade.” Não há qualquer dúvida que nas sociedades em nome coletivo os sócios podem, em princípio, ser chamados a pagar as dívidas societárias (até estamos perante uma sociedade de responsabilidade pessoal e ilimitada), pese embora que tal responsabilidade seja subsidiária, no entanto, sociedades há, como a sociedade por quotas e a sociedade anónima, cuja responsabilidade é limitada. Claro está que será de permitir a quebra desta autonomia com o conseqüente afastamento do princípio da responsabilidade limitada com a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades, sempre que haja atuação abusiva por parte dos sócios.

Do atrás exposto retém-se o facto de hoje se atribuir indubitavelmente personalidade jurídica às sociedades comerciais, através do registo definitivo, pese embora a possibilidade de se realizarem negócios jurídicos com as mesmas antes da celebração do contrato de constituição e em momento posterior ao da celebração do contrato, mas anterior ao do seu registo definitivo. Quer isto dizer que, conforme previsto no art. 19º, n.º 1, al. c) do CSC, pode a futura sociedade assumir os negócios celebrados antes da sua constituição, contanto que tal seja expressamente previsto e ratificado no contrato de constituição. Assim como, após a celebração do contrato que dá forma à sociedade, mas antes do registo definitivo do mesmo, temos aquilo a que podemos chamar de pré-sociedade, prevendo a lei o tipo de responsabilidade a que os sócios se encontram adstritos pelos negócios celebrados neste período, de acordo com os diferentes tipos societários¹⁹. Situação esta que resulta no facto de

¹⁷ A este propósito veja-se o que escreve Carvalho Fernandes (2001), pp. 141-142.

¹⁸ Art. 601º do CC “Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora, (...)”.

¹⁹ Assim temos aqui a reger os art. 37º do CSC, no que às relações entre os sócios diz respeito e, os art. 38º a 40º do CSC, quanto às relações com terceiros. Quanto às sociedades em nome coletivo, rege o art. 38º do CSC, de 12

as sociedades se tornarem sujeitos de direitos e obrigações, entes detentores de um património próprio e autónomo e responsáveis pelos atos que sejam praticados pelos seus representantes no uso dos seus poderes de representação. De acordo com Mendes Correia, 2009, p. 98, temos hoje uma conceção absoluta de personalidade que começa a ser questionada. Isto porque coloca problemas quanto à compreensão, nomeadamente, “do próprio fenómeno da personificação, por um lado, e dos problemas de fronteira, como o da desconsideração da personalidade ou da sociedade em liquidação, por outro.”

Já referimos que inerente à existência de personalidade jurídica encontramos a capacidade jurídica de que as sociedades são igualmente detentoras. Trata-se de quantificar os direitos e obrigações de que são titulares, porquanto é precisamente desta forma que se define a capacidade. No âmbito do direito das Sociedades Comerciais a capacidade jurídica das sociedades comerciais tem diretamente a ver com a medida dos poderes de representação atribuídos aos órgãos que as representam, bem como com o fim a que a sociedade se propõe²⁰. Nas palavras de Soveral Martins, 2002, p. 471:

“A capacidade de gozo das sociedades limita a actuação dos membros dos órgãos de representação das sociedades comerciais. Isto na medida em que se a sociedade não tem capacidade de gozo para a prática de um acto, também os membros do órgão de representação da sociedade não o podem praticar”.

Necessariamente o fim de uma sociedade comercial deverá ser o da obtenção de lucro não estando, no entanto, as mesmas impedidas de praticar determinadas liberalidades.

Não será por acaso que falamos aqui apenas em capacidade de gozo e não de exercício. A grande maioria dos autores entende que não faz sentido falar em capacidade de exercício relativamente às sociedades, isto porque as mesmas não são suscetíveis de se encontrarem feridas de incapacidade e não fará, igualmente, sentido falar aqui em menoridade²¹. De facto as sociedades comerciais, apesar de serem dotadas de personalidade jurídica e deterem capacidade de gozo, não sendo uma pessoa física, são entes que carecem de representação

acordo com o qual, todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente, sendo que o consentimento se presume. O mesmo estatui o art. 39º do CSC para os sócios comanditados das sociedades em comandita simples. Para as SA, SQ e SC por ações rege o art. 40º do CSC, tal como nos outros os sócios respondem ilimitada e solidariamente, sempre que tenham participado ou autorizado o negócio, ressalvando-se aqueles que não autorizaram e que, por isso, respondem até ao limite das importâncias das suas entradas mais as importâncias recebidas a título de lucros ou de distribuição de reservas.

²⁰ Cfr. Artigo 6º, n.º 1 do CSC “A capacidade da sociedade compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim (...)”.

²¹ Veja-se a este respeito e neste sentido, o que diz, por exemplo, Pinto Furtado, 2009, p. 230 “É óbvio que não fará sentido pretender lobrigar, nas *peçoas colectivas*, uma *incapacidade* fundada na *menoridade*, ou feri-la de *interdição* ou *inabilitação*, de que só as *peçoas físicas* são susceptíveis (...)”.

para praticarem os atos. Desta forma, não faz de facto sentido falar aqui em capacidade de exercício, que na verdade nunca têm por si só.

Cumpra igualmente referenciar aqui as sociedades comerciais unipessoais. De facto, também a estas é atribuída personalidade jurídica fazendo com que as mesmas sejam um sujeito jurídico distinto do seu sócio único. Também a estas é atribuído um património autónomo distinto daquele que detém o sócio único. Não será, no entanto, difícil haver aqui confusão de patrimónios e uso abusivo da personalidade jurídica de tais sociedades. Entendemos assim, porque, havendo um único sócio (carecendo, portanto, a sociedade de uma estrutura plurissocietária), será mais fácil que este entenda o património societário como seu e o confunda com o património pessoal, especialmente quando o sócio único é pessoa física. Esta ideia de separação absoluta dos patrimónios da sociedade e do sócio ressalta, desde logo, das palavras de Ferrer Correia (1994), p. 314, “Sociedade unipessoal e sócio são sujeitos jurídicos distintos, repetimos, com esferas patrimoniais rigorosamente diferenciadas.” Faz sentido que também às sociedades unipessoais se atribua personalidade jurídica e se lhes aplique o princípio da separação patrimonial. Isto porque, também a elas vamos imputar a responsabilidade pelos atos praticados, também ela irá responder pelas dívidas contraídas, sendo apenas justo que seja o seu património a servir de garantia e não o património do sócio. Encontramos um claro reflexo desta ideia nas palavras de Ricardo Costa (2002), p. 650, quando diz que:

“para se tornar viável aquela separação patrimonial, o sócio que dela se serve tem que superar a natural tendência para a confusão de patrimónios e respeitar rigorosamente as regras de defesa da integridade do capital social para *estar à altura das prerrogativas que lhe permitem beneficiar da responsabilidade limitada.*”

As regras que encontramos consagradas no código das sociedades comerciais aplicáveis às sociedades plurissociais são, aliás, também elas aplicáveis às sociedades unipessoais, tal como decorre da leitura do n.º 4 do art. 270º-A do CSC, ressalvando apenas as cláusulas que pressuponham pluralidade de sócios (que deixam de se aplicar por força da transformação em unipessoal)²².

Esta questão relativa ao “problema” da unipessoalidade surgiu no ordenamento alemão, no qual se colocou a questão de saber se seria de se lhes atribuir igualmente personalidade

²² Cfr. Ferrer Correia, 1994, p. 314, que passa precisamente esta ideia de que vamos aplicar às sociedades unipessoais as mesmas regras pelas quais se regem as sociedades plurissociais. O autor rejeita mesmo qualquer teoria que identifique o sócio com a sociedade, uma “teoria da identidade”. Apesar de o sócio sozinho passar a dispor do poder de alterar os estatutos, não deixa de ter que ter em conta as regras estabelecidas pelo código, não podendo, por isso, estabelecer quaisquer regras que sejam do seu agrado.

jurídica ou não. Uma vez concentradas todas as quotas numa única pessoa deveria ou não a sociedade ter um património autónomo do do seu sócio. De acordo com Menezes Cordeiro (2007), p. 674, foi então uma decisão do *Reichsgericht* datada de 1914 que “decidiu que a sociedade por quotas, apesar da reunião, numa só mão, de todas as participações, mantém uma personalidade jurídica própria.”

Em jeito de remate, relevante será referir a importância da atribuição de personalidade jurídica às sociedades comerciais. Tal como foi referido ao longo deste capítulo depreende-se que tal atribuição as torna sujeitos de direitos e de obrigações. Assim sendo e passando a serem detentoras de um património próprio e autónomo do dos seus sócios, são as sociedades responsáveis pelo cumprimento das obrigações que em seu nome sejam contraídas²³. Mas tal importância é de igual modo relevante para efeitos do nosso tema, a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais, na medida em que nos ajuda a perceber de que modo pode tal instituto ser utilizado. Dada a importância de tal atribuição, teremos de analisar quais as razões subjacentes à possibilidade e à necessidade de afastar a personalidade jurídica das sociedades comerciais.

²³ Veja-se a forma como Coutinho de Abreu, 2013, pp. 167-168, refere os atributos que tornam as pessoas coletivas “unitários sujeitos de direitos e deveres (...) têm nome (firma ou denominação), sede, autonomia patrimonial (...), órgãos, capacidade de gozo e de exercício de direitos; são as sociedades-pessoas as titulares dos correspondentes patrimónios sociais, não os sócios (...).”

3 A Desconsideração da Personalidade Jurídica

Posta que foi a questão da aquisição de personalidade jurídica pelas sociedades comerciais, cumpre agora perceber o que é afinal a desconsideração. Cumpre, pois, analisar, de que forma surgiu entre nós este instituto passando um pouco por outros ordenamentos jurídicos que dele fazem uso. Propomo-nos, desta forma, tentar perceber a sua origem histórica, não apenas entre nós, mas, conforme foi já referido, além-fronteiras.

Entre nós encontramos referência²⁴ ao instituto da desconsideração, ainda que sem aplicação prática do mesmo, num parecer de 1979²⁵ sob a epígrafe “venda a descendentes e o problema da superação da personalidade jurídica das sociedades”.

O dito parecer vem analisar a venda de imóvel à sociedade X, pelo sócio A e mulher, sociedade esta de que são sócios o A, o B e o C, sendo que A é pai de B e C, não sendo estes seus únicos filhos. Desta forma vêm outros dois dos filhos de A intentar ação contra a sociedade e os seus sócios sob a pretensão de se anular tal venda por não terem consentido na mesma. Explica-se no referido parecer que as normas do Código Civil que exprimem presunções ou inibições não admitem aplicação analógica²⁶. Quer com isto dizer que não poderiam os demandantes invocar a anulação da venda por falta de consentimento, uma vez que a venda foi efetuada à sociedade e não aos sócios (sendo que, não podemos olvidar, a sociedade constitui uma entidade distinta dos seus sócios com património próprio que não se confunde por qualquer modo com o património dos seus sócios). Não se poderia igualmente aplicar aqui a norma do código civil que nos fala dos negócios simulados através de interposta pessoa, uma vez mais, por não poder haver, também relativamente a esta norma, aplicação analógica. Conclui-se no parecer que não há qualquer motivo para haver desconsideração da personalidade jurídica da sociedade e consequente anulação da venda efetuada. Isto porque, no entender de Galvão Telles, não podemos presumir que a sociedade se irá dissolver enquanto os atuais sócios sejam vivos ou mesmo permaneçam sócios, até porque o mais frequente será a sociedade exceder a vida dos seus sócios. A questão colocada não é de todo irrelevante nem descabida, no nosso entender. Parece-nos viável e pertinente questionar o que

²⁴ Não tendo, no entanto, sido esta a primeira vez a que se aludiu a tal instituto entre nós. Nas palavras de Catarina Serra, 2009, p. 116, “o afastamento da personalidade jurídica foi invocado pela primeira vez, tanto quanto se sabe, por Ferrer Correia, em 1948 (...)”.

²⁵ Cfr. Galvão Telles, 1979, pp. 513-562.

²⁶ Mesmo porque tal aplicação consistiria uma violação do preceituado no artigo 11º do Código Civil.

aconteceria em caso de, pouco depois de efetuada a venda, se dissolver a sociedade sendo, através da partilha do seu património, este adjudicado aos sócios filhos? Será pertinente colocar esta questão antes mesmo que tal aconteça? Poderiam os restantes filhos socorrer-se de tal presunção para avançar com um pedido de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade em causa e conseqüente anulação da venda? O problema que aqui se coloca encontra-se ao nível da prova que, diga-se, se torna deveras difícil, uma vez que estamos no campo das meras suposições, não podendo o Direito agir sobre as mesmas. Teria de haver factos concretos para que se pudesse aplicar o Direito em pleno e fazer valer as pretensões dos autores da ação. Seria, assim, necessário que os sócios, após a venda do imóvel, dissolvessem a sociedade e o mesmo fosse adjudicado aos sócios filhos, para podermos colocar o problema do negócio simulado com vista a ultrapassar a questão do consentimento dos restantes filhos. Permanecendo a sociedade a laborar desta forma, seria de facto difícil afirmar que o intuito da sua constituição foi, *ab initium*, lesar os restantes filhos, assim ultrapassando a questão do consentimento. Sendo que, em Direito, não podemos por qualquer forma agir sobre suposições temos de concordar com o predito no parecer, relativamente à inaplicabilidade, *in casu*, do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Prefigura-se-nos aqui pertinente e adequado dizer que parece ser aplicável o instituto da desconsideração da personalidade jurídica em situações nas quais os sócios de uma determinada sociedade a utilizam para ultrapassar um determinado obstáculo legal que se lhes coloca havendo, desta forma, um desrespeito pela separação dos patrimónios²⁷. É, no entanto, uma figura utilizada de forma absolutamente excepcional, querendo com isto dizer que, apenas se deve recorrer a este instituto quando não haja na lei norma que possa proteger o terceiro prejudicado.

A figura da desconsideração trata-se, na verdade, de uma teoria da doutrina que, não surgiu entre nós por mero acaso. Considera-se que surgiu primeiramente no direito norte-americano, o qual não lhe deu a devida importância, mas também não se coibiu de o estudar. Remonta

²⁷ Ideia que encontramos bem patente nas palavras de Reis Gonçalves numa artigo sob a epígrafe “Algumas notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica”, disponível em: <http://www.vgassociados.com>, último acesso a 20-01-2014, quando este escreve que “A sociedade é, assim, utilizada para “mascarar” uma situação.” Também Pupo correia, 2009, p. 202 faz passar de forma clara esta ideia quando refere situações em que surge “ (...) a confusão, num primeiro momento, dos patrimónios da sociedade e do sócio e, num segundo momento, a invocação por este da separação patrimonial para frustrar as expectativas dos credores.”

aos finais do século XVIII, tendo sido durante o século XIX que surgiram mais decisões²⁸. Surge em tal ordenamento jurídico através da teoria do “disregard of legal entity”²⁹.

A aplicação do instituto da desconsideração nos EUA surgiu através da necessidade premente de solucionar situações em que os sócios, acoberto da personalidade jurídica das sociedades, as usavam para fins diferentes daqueles para os quais as haviam criado. Começam assim os tribunais a considerar tais condutas como abusivas e decidem retirar às sociedades o véu da personalidade jurídica para poderem, desta forma, atingir diretamente os seus sócios responsabilizando-os pelas suas ações³⁰. Utilizado pelos tribunais norte-americanos desde o século XIX, “funcionou durante muito tempo como uma “válvula de segurança” (*Safety Valve*) do sistema para combater ou sancionar certos comportamentos anti-jurídicos (fraude à lei, ofensa à boa fé, iniquidade)” Catarina Serra, (2009), p. 113. Unânicos parecem ser as várias opiniões doutrinárias acerca da aplicação excepcional, pelos tribunais, da teoria do levantamento do véu societário no Direito norte-americano no que concerne à sua aplicação enquanto modo de evitar a utilização abusiva da personalidade jurídica da sociedade. Significa isto que se aplica o levantamento do véu societário, sempre que aqueles que constituem a sociedade, utilizem este ente, juridicamente distinto de si, para obter resultados distintos daqueles a que se destina. Exemplo disto são formulações como a de Freitas Gomes (1990), p. 9, que coloca a questão desta forma “(...) o controlador, pessoa natural ou outra pessoa jurídica, emprestava à entidade sob seu comando destinação incompatível com os fins para que fora constituída (...)”; ainda na mesma linha de pensamento encontramos as palavras de Catarina Serra (2009), p. 113, quando refere que tal teoria servia para o tribunal responsabilizar os sócios sempre que estes “(...) utilizassem a sociedade para a realização de interesses alheios àqueles que são típicos ao ente social (...)”. Já Lamartine de Oliveira vem demonstrar como a teoria do *piercing the corporate veil* se encontra de alguma forma ligada à ideia de ficção da pessoa jurídica. Queremos com isto dizer que, no entender deste autor, ao aplicar o levantamento do véu societário não se estaria a “penetrar” o véu societário (uma vez

²⁸ Cfr. Menezes Cordeiro, 2007, p. 675.

²⁹ Cfr. Menezes Cordeiro, 2007, pp. 672-673. No ordenamento jurídico norte-americano o instituto de que estamos a tratar surgiu com a denominação de *disregard of corporateness*, sendo que mais tarde na Alemanha se adotou a designação de *Durchgriff* ou *Durchgriff bei juristischer Personen*. A primeira expressão significa, literalmente, desconsideração da personalidade enquanto a segunda vai mais para o termo penetração. Para Menezes Cordeiro estamos aqui perante duas designações carregadas de “inelegância”, sendo, no entanto que, entre nós parece já ter sido popularizado como “desconsideração da personalidade jurídica”, o que, na sua opinião, além de parecer transparecer uma ideia “pejorativa” afasta-se das nossas tradições por se tratar de uma fórmula anglo-saxónica. “Fórmula mais neutra” para se utilizar entre nós será, segundo Menezes Cordeiro, “levantamento” (expressão, aliás, preconizada por Galvão Telles) da personalidade jurídica.

³⁰ Cfr. Freitas Gomes, 1990, pp. 9-10.

que não estão em causa os limites externos da personalidade), mas antes a determinar qual o limite do véu³¹.

Se é certo que existem diferentes ideias da doutrina acerca deste instituto de que vimos falando, é igualmente certo que os tribunais o utilizam de forma excepcional. Conforme podemos ler no artigo escrito por um advogado norte-americano Michael A. Thomason, a desconsideração da personalidade jurídica é utilizada em situações em que os sócios de uma determinada sociedade a utilizam unicamente como *alter-ego* ou mero instrumento³². Ambas as referidas teorias - *alter-ego* e instrumentalidade - se enquadram grandemente na questão das sociedades em relação de grupo. Pela teoria do *alter-ego* entende-se que, deve ser aplicada a doutrina do levantamento do véu societário sempre que, numa situação de duas sociedades em relação de grupo, a sociedade dominada seja relegada ao papel de *alter-ego* da dominante de tal modo que o reconhecimento de ambas enquanto sujeitos jurídicos distintos entre si permitiria o recurso à fraude. Já a segunda teoria requer a ocorrência de três elementos, sendo eles o excessivo controlo (quando a sociedade dominante detém a totalidade do capital da sociedade dominada); verificar-se uma conduta fraudulenta e injusta, e; o nexo de causalidade entre o excessivo controlo e o dano provocado³³.

No entanto, apesar de esta dita teoria do “*disregard of the legal entity*” ou “*piercing the corporate veil*” não ter sido tratada, pelo direito norte-americano, com a necessária atenção³⁴ despertou a curiosidade de outros países em especial a da Alemanha³⁵.

³¹ Cfr. Lamartine de Oliveira, 1979, p. 271.

³² Cfr. Thomason, 2011, p. 28, disponível em: <http://www.nala.org/Upload/file/PDF-Files/FactsFindings/thomason.pdf>, ultimo acesso a 20-01-2014, que escreve a este respeito “Although there are a number of formulations of the doctrine, courts generally Pierce the corporate veil only in narrow circumstances in which the corporation is controlled as to be the “alter ego” or mere “instrumentality” of its owners.”

³³ Cfr. Boldó Roda, 2000, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado Español*, pp. 108 – 110.

³⁴ Cfr. Fátima Ribeiro, 2012, pp. 94-102. Sendo que na América do Norte não existe a tradição de concepções doutrinárias, tem-se vindo a tornar demasiado frequente o recurso ao instituto do *piercing the corporate veil*, pelos tribunais. Não significa isto, no entanto, que não haja teorias doutrinárias e jurisprudenciais atribuídos ao ordenamento Norte-Americano que justifiquem o recurso ao instituto – quanto mais não seja existe, aqui a título de exemplo, a teoria do *alter-ego*. Não servem, de qualquer das formas, as teorias deste ordenamento jurídico pertencente à *common law*, os propósitos dos ordenamentos da *civil law*, como é o caso do ordenamento Português (até porque, não podemos esquecer que, ao contrário do que acontece entre nós, na América do Norte o Juiz tem o papel verdadeiramente de legislador). Resulta deste facto (atribuir-se ao juiz o papel de legislador) que “ (...) a análise do problema da “desconsideração da personalidade jurídica” no ordenamento norte-americano se resume à análise da sua casuística, para daí extrair “conclusões de tendência”, não verdadeiros princípios.” Para obtermos esta análise casuística de que o nosso ordenamento faz uso, recorreremos aos estudos doutrinários e jurisprudenciais realizados pelo ordenamento Alemão, cujo sistema se assemelha em tudo ao nosso, para que possamos encontrar fundamento para a utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

³⁵ Cfr. Pedro Cordeiro, 2008, p. 27.

Fazendo o direito norte-americano parte do sistema da *common law*³⁶, depressa se espalhou a utilização do conceito do levantamento da personalidade jurídica das sociedades aos sistemas da *civil law*, como da Alemanha, de França, de Itália, de Espanha e de Portugal³⁷. Pese embora que, apesar de encontrarmos na jurisprudência algumas decisões que referem a desconsideração desde a primeira guerra mundial, certo é que foi apenas após a segunda Guerra Mundial que se começaram a ver os esforços de teorização desta doutrina na Europa continental, tendo sido o autor Alemão Serick quem denominou o instituto de *Durchgriff bei juristischen Person* ou *Missachtung der juristischen Person*³⁸.

Muito embora haja inúmeras teorias acerca do instituto da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades, certo é que a ideia essencial que sobressai e se assemelha em tudo àquela “adotada” e aplicada pelo nosso ordenamento jurídico é de que a utilização de tal instituto é absolutamente excecional. Sendo que tal excecionalidade será aferida através do elemento subjetivo que será o abuso de direito³⁹. Tendo a sociedade, enquanto pessoa jurídica, valor próprio que lhe é reconhecido terá de haver uma separação entre esta e as pessoas que dela fazem parte, sendo ainda que a sociedade tem um património próprio e independente dos seus sócios. De tal forma assim é que tal confusão de patrimónios, a existir, prefigura o predito abuso de direito que terá de ser por qualquer forma penalizado. Chegados aqui coloca-se então o problema de não existir na lei norma que preveja tal penalização. Seria, no entanto, necessário não deixar tal abuso passar impune, por tal forma que se configurou esta ideia de se poder ultrapassar a atribuição de personalidade à sociedade, de certa forma esquecendo por momentos que ela lhe foi atribuída, e assim responsabilizarem-se diretamente os sócios,

³⁶ Cfr. Boldó Roda, 2000, pp. 47-48, Por se tratar de um ordenamento da *common law* o conceito de pessoa jurídica evoluiu de forma diferente, uma vez que “(...) na ha influido el exagerado dogmatismo del sistema continental (...)”. Razão pela qual houve um maior controlo jurisprudencial do fim da pessoa jurídica. O surgimento da doutrina do *disregard of the legal entity* permitiu aos juízes ultrapassar a forma externa da pessoa jurídica para desta forma atingir as pessoas e os bens que “(...) amparan bajo su cobertura”.

³⁷ Cfr. Freitas Gomes, 1990, p. 37.

³⁸ Cfr. Salreta Pereira, 2011, p. 19 e Fátima Ribeiro, 2012, p. 98. Também Boldó Roda, 2000, p. 48, nos diz que foi através da citada obra de Rolf Serick que esta doutrina foi divulgada na Europa, especialmente na Alemanha e na Itália. “*En Alemania*, por la própria nacionalidade del autor y por la constante referencia a cuestiones que allí han sido planteadas; *en Italia*, porque desde hace vários años, merced principalmente a los trabajos de Ascarelli, los problemas de la personalidad jurídica ocupan un primer plano, y vienen siendo objeto de especial consideración.”

³⁹ Cfr. Fátima Ribeiro, *ibidem*, p. 104. Pioneiro das “teorias de abuso subjetivo” foi Rolf Serick para quem se poderá ultrapassar a autonomia jurídica da pessoa coletiva sempre que esta seja usada, pelos sujeitos que dela fazem parte (mas que dela se distinguem), para fins ilícitos (diferentes daqueles a que a pessoa coletiva se destina). No fundo será admissível o recurso ao *Durchgriff* sempre que haja utilização abusiva da personalidade jurídica da pessoa coletiva. No entanto, não deixou esta sua tese de ser bastante restritiva, pois que Serick reduziu a admissão do recurso ao *Durchgriff* apenas em três casos que considera consubstanciarem a utilização abusiva da pessoa coletiva.

autores de tal abuso⁴⁰. Maria de Fátima Ribeiro sumariza as teorias do abuso surgidas neste âmbito no ordenamento alemão, num artigo sob a epígrafe “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores”⁴¹, dizendo que surgiram essencialmente duas teorias no que à desconsideração da personalidade jurídica diz respeito, são elas a teoria do abuso subjetivo ou objetivo e a teoria da aplicação da norma⁴², tendo também surgido as teorias negativistas. A teoria do abuso preconiza o facto de que, ao decidir, deve o juiz ignorar a separação entre a sociedade e os seus sócios, sempre que estes últimos ajam com abuso da personalidade daquela. O abuso existe sempre que a personalidade seja usada para contornar a lei ou para lesar terceiros. Com a teoria da aplicação da norma pretende-se o entendimento de que a norma existente não pode ser frustrada, ou seja, deve manter a sua prevalência. Assim, as teorias negativistas seriam aquelas que negam a existência da desconsideração da personalidade jurídica enquanto instituto⁴³.

De todas as teorias que possam existir acerca da desconsideração da personalidade jurídica o certo é que, o que de sobremaneira sobressai, será a ideia de que se pretende com este instituto penalizar comportamentos ilícitos em que os sócios de uma dada sociedade agem com abuso da personalidade que àquela é atribuída por lei. A isto não fugiu também o ordenamento jurídico Italiano onde surge a expressão *Superamento della personalità giuridica della società*. No ordenamento jurídico Italiano a atribuição de personalidade jurídica às sociedades comerciais remonta ao ano de 1865, encontrando-se excluídas de contemplação a partir de 1942, as sociedades em nome coletivo e as sociedades em comandita simples. Hoje o *código civile* no seu Art. 2331 (1º parágrafo)⁴⁴ atribui, à semelhança do que acontece no nosso ordenamento jurídico, personalidade jurídica às sociedades a partir do seu registo. Ao longo do tempo, tal como acontece no ordenamento jurídico Alemão, conceptualizou-se a separação entre a pessoa coletiva e os seus sócios como entidades distintas entre si. De entre os estudos

⁴⁰ Cfr. Lamartine de Oliveira, 1979, pp. 295-296.

⁴¹ Cfr. Fátima Ribeiro, 2012, p. 516.

⁴² A este respeito escreve também Ricardo Costa (2002), pp. 667-668, dizendo que tais teorias surgiram no ordenamento alemão com uma “classificação *bipartida* da sistematização doutrinal”. Teorias estas a que chamaram de Teoria da desconsideração institucional (*institutionelle Durchgriffslehre*) – que prefigura a teoria do abuso de direito, na qual é superada a separação existente entre a sociedade e o sócio sempre que o sócio aja com abuso de direito (*Rechtsmissbrauch*). A outra teoria é dado o mesmo nome – teoria da aplicação da norma (*Normzwecklehre*) – teoria que se “resolve numa dinâmica de aplicação em concreto das normas”. Ou seja, esta teoria acaba por ser uma “restrição da esfera de aplicação da norma que estabelece a personalização, por extensão do âmbito de aplicação de um outro preceito, que passará a disciplinar a relação jurídica, sob pena de não se realizar a finalidade tuteladora da norma eludida”. Esclarece ainda Menezes Cordeiro (2011), p. 440, que segundo esta teoria “o “levantamento” não traduziria, propriamente, um problema geral da personalidade coletiva: tratar-se-ia, antes, de uma questão de aplicação das diversas normas jurídicas.”

⁴³ A este propósito ver também Menezes Cordeiro, 2007, pp. 691-696.

⁴⁴ Cfr. *Codice Civile* artigo 2331 “Con l’iscrizione nel registro (att. 99 e seguenti) la società acquista la personalità giuridica.

relativos à personalidade jurídica das pessoas coletivas destacam-se Floriano D'Alessandro e Francesco Galgano, que defenderam uma visão da pessoa coletiva enquanto “metáfora da linguagem”⁴⁵. Desta forma o conceito de pessoa coletiva, na sua perspetiva, e nas palavras de Salreta Pereira (2011), p. 125, “é apenas um instrumento da linguagem técnico-jurídica” que serve para estabelecer relações entre estas e as pessoas físicas. Sendo que o autor Italiano faz também uma distinção entre “relações jurídicas que incumbem aos indivíduos como tal e relações jurídicas que incumbem aos indivíduos como membros de uma colectividade organizada”. Podendo desta forma ser desconsiderada a personalidade jurídica da mesma, ainda que de forma excepcional, a partir do momento em que dela se faça um uso abusivo. Na base das doutrinas dos autores Italianos, incluindo igualmente Ascarelli, de acordo com Boldó Roda (2000), p. 51, encontra-se aquela ideia de que, se podemos levantar o véu societário sempre que há abuso da forma jurídica da pessoa coletiva podendo desta forma o juiz aplicar tal doutrina para evitar o abuso, então é porque efetivamente se considera a pessoa coletiva como um sujeito autónomo de direito.

Já no que a Espanha diz respeito, de acordo com Boldó Roda (2000), p. 48, a doutrina era já conhecida, mas foi sobretudo com a tradução do livro de Serick que se tornou definitivamente conhecida. Com a divulgação da doutrina levanta-se o véu de uma controvérsia no país que levou a uma nova teoria jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal – a chamada *doctrina del velo de la persona jurídica*⁴⁶. Como em todos os ordenamento jurídicos, não é o Espanhol exceção no que diz respeito à utilização do instituto de forma absolutamente excepcional.

Atendendo às palavras de Pedro Cordeiro:

“Enquanto a personalidade jurídica das pessoas naturais resulta do carácter ontológico da própria pessoa humana, a personalidade jurídica das pessoas colectivas *embora não sendo arbitraria*, é uma criação do ordenamento jurídico, de modo a proporcionar a prossecução de determinados fins.” Pedro Cordeiro (2008), p. 55

Podemos retirar que, muito embora seja importante esta atribuição de personalidade jurídica às sociedades comerciais, não é absoluta (visto que lhe não é inerente, mas antes uma atribuição do direito). Daí que seja possível afastá-la para que situações de fraude e abuso não

⁴⁵ Cfr. Salreta Pereira, 2011, p. 10 e pp. 122-126.

⁴⁶ Não obstante ter ficado conhecida com a tradução do livro de Rolf Serick, o Supremo Tribunal espanhol, ainda que reconhecendo a existência da doutrina, não a aplicava expressamente, tendo usado antes a classificação de “doctrina de terceros”. Cfr. Boldó Roda. (2000), p.207.

sejam premiadas mas antes penalizadas. Bem patente é, no entanto, o facto de tal afastamento ser excecional por não ser uma situação ideal e que não encontra no ordenamento jurídico uma sistematização absolutamente livre de dúvidas.

De todos os ordenamentos jurídicos que estudaram a desconsideração da personalidade jurídica e que, de alguma forma a aplicam, pontos há que a todos são comuns – não apenas o facto de ser usado de forma excecional, mas também a sua falta de regulação na lei e a sistematização de eventuais situações em que é admissível o recurso ao mesmo. Não podemos ainda deixar de ressaltar que nos encontramos no âmbito de ordenamentos em que os sócios das respectivas sociedades, além de pessoas jurídicas distintas da pessoa coletiva, têm dentro dela uma responsabilidade limitada perante as dívidas da mesma. O que não lhes dá, de maneira alguma, livre-trânsito para contraírem dívidas suas e imputá-las à sociedade, bem como confundirem o seu património pessoal com o património da própria sociedade.

Não deixou a nossa doutrina e a nossa jurisprudência de estudar tais situações, nas quais se crê poder ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica. Pelo que nos vamos deter, à frente, mais detalhadamente sobre as situações em que se possa eventualmente aplicar o instituto de que temos vindo a falar.

4 Recurso ao Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Neste ponto está já sistematizada a génese da teoria do levantamento ou desconsideração da personalidade jurídica. Resta-nos questionar, agora, o que é concretamente a desconsideração da personalidade jurídica. Definição que se aflora importante, mas também não será de somenos importância perceber a esquematização a que se chegou relativa aos momentos em que se poderá utilizar esta figura e em que medida o poderemos fazer sem com isso colocar em causa as normas legais de proteção existentes no CSC.

Desde já, podemos colocar a questão de uma outra forma. Vimos inicialmente que às sociedades comerciais se atribui personalidade jurídica num determinado momento da sua existência. Vimos, igualmente, a importância de tal atribuição. Então não será uma contradição vir agora falar em “colocar de parte” esta ideia, que alegámos revestir elevada importância, e pensar em desconsiderar esta mesma personalidade jurídica? Autores há que vêm dizer que é preciso não olhar para esta ideia de atribuição de personalidade às sociedades de forma absolutizadora⁴⁷, até porque vamos admitir que esta atribuição seja derogada. Esta ideia surge precisamente, porque alturas há em que se denota uma certa confusão da pessoa jurídica sociedade comercial, com as pessoas jurídicas que dela fazem parte (sócios da mesma), sendo que, quando tal acontece poderá existir uma utilização abusiva, por parte destes últimos, em relação à primeira. Apenas porque é, de facto, importante que à sociedade seja atribuída personalidade que faz dela um sujeito autónomo de imputação de direitos e obrigações e a distingue dos seus membros devemos “fechar os olhos” a situações de abuso?

⁴⁷ Cfr. Veja-se o que diz a este respeito, por exemplo, Soveral Martins, 2007, p. 105, quando fala precisamente nesta necessidade de “não perspetivar a personalidade jurídica das pessoas colectivas de uma forma “absolutizadora”.” Podemos ainda retirar das palavras de Coutinho de Abreu, 2013, pp. 163-175, que a personalidade jurídica das pessoas coletivas se funda, essencialmente, em critérios de “oportunidade”, sendo por isso, nas suas próprias palavras, a mesma suscetível de “ser mais ou menos estendida, limitada ou fracionada.” Entende Coutinho de Abreu, *ob. Cit.*, a pessoa coletiva não como uma ficção mas como uma realidade cuja atribuição de personalidade jurídica pertence ao campo do “construído” e não do “adquirido” como acontece com as pessoas singulares daí ser suscetível de limitações. Encontramos também aqui a referência a esta visão não absolutizadora da personalidade jurídica, que o autor atribui à figura da desconsideração da personalidade jurídica – porque a sociedade existe para os sócios de quem é instrumento, sendo necessário usar este instituto sempre que os sócios olvidem o princípio da separação.

Não nos parece que deva ser assim, tal como não o pareceu à doutrina e à jurisprudência, daí que tal posição tenha sido aceite de uma forma geral. Apesar de não encontrarmos fundamento na lei para a sua utilização, certo é que os nossos tribunais têm vindo a aplicar tal solução sempre que entendam que a mesma é adequada a satisfazer os interesses dos lesados e penalizar quem de facto praticou o ato lesivo. Vamos encontrar em diversos estudos doutrinários e até mesmo na jurisprudência nacional e estrangeira uma sistematização para a aplicação do instituto jurídico em causa. Neste ponto vamos agora concentrar a nossa atenção.

Desde logo, encontramos esta sistematização no ordenamento alemão, que vem trazer à luz a ideia de que existem dois grupos de casos (que são típicos) – os casos de imputação (*Zurechnungsdurchgriff*) e os casos de responsabilidade (*Haftungsdurchgriff*). O casos de imputação são aqueles em que se imputam comportamentos, conhecimentos ou qualidades dos sócios à sociedade ou até mesmo ao contrário. Os casos de responsabilidade são aqueles em que se quebra a regra da responsabilidade limitada dos sócios em situações como a confusão de patrimónios, subcapitalização e abuso da pessoa jurídica⁴⁸. Catarina Serra dá-nos alguns exemplos relativamente ao primeiro grupo de casos enunciado:

“ (...) uma pessoa que, por efeito de um trespasse, fica obrigada a não concorrer durante certo tempo com o trespasário viola tal obrigação quando constitui uma sociedade unipessoal com objeto idêntico ao do estabelecimento trespasado; os pais que vendem o estabelecimento a uma sociedade constituída por um ou mais filhos violam a proibição da venda a filhos ou a netos sem consentimento dos restantes; (...) ” Catarina Serra (2009), pp. 114-115.

Seja a sistematização feita como for, certo é que o instituto da desconsideração é de base doutrinária que foi sendo aceite na jurisprudência. Sentiu-se esta necessidade doutrinária de sistematizar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica para colmatar uma série de situações que eram discutidas em tribunal e pareciam encontrar uma resposta comum⁴⁹. Também em Portugal se encontrou uma certa sistematização para a utilização da desconsideração da personalidade jurídica. Casos estes que, a nossa doutrina, entendeu adequados a tal aplicação e nos quais encontramos algumas raízes germânicas.

Vimos até aqui a discutir como surgiu a desconsideração, acentuámos o facto de se tratar de um instituto de aplicação excecional, dissemos haver grupos de casos plasmados na doutrina e na jurisprudência. Não vimos, no entanto, ainda, como se define, em concreto, o conceito de desconsideração da personalidade jurídica. Da definição encontramos exemplos diversos de

⁴⁸ Cfr. Coutinho de Abreu (1996), p.208.

⁴⁹ Cfr. Manuel Triunfante e Lemos Triunfante (2009), p. 141.

vários autores neste sentido, avança Coutinho de Abreu (2013), p. 176, que a desconsideração da personalidade jurídica consiste na “*derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjectiva e/ou patrimonial das sociedades em face dos respectivos sócios*”. Sendo que tal desconsideração se vai legitimar através do recurso à interpretação teleológica das normas legais e à existência de abuso de direito. Já para Catarina Serra (2009), p. 131, a desconsideração “surge como construção doutrinal, (...), imposta pela reacção do ordenamento jurídico a situações que ferem a consciência jurídica dominante (...)”; Menezes Cordeiro (2007), p. 681, não nos dá concretamente uma definição do conceito, mas diz-nos que o mesmo terá surgido no intuito de “sistematizar e explicar diversas soluções concretas, estabelecidas para resolver problemas reais postos pela personalidade coletiva”; na mesma linha de pensamento de Catarina Serra encontramos a definição dada por Fátima Ribeiro (2012), p. 67-68, para quem a desconsideração se define como a “operação pela qual a personalidade jurídica de uma pessoa colectiva é afastada, retirada”; Ricardo Costa (2004), p. 11, vem dizer que se trata de uma “técnica que permitirá subtrair o património (pessoal ou social) dos sócios ao benefício da responsabilidade limitada”. Na nossa perspectiva diríamos que uma junção de todas estas ideias daria uma mais completa definição do instituto. Isto porque se trata, de facto de uma derrogação do princípio da responsabilidade limitada dos sócios que se deverá basear na existência de uma conduta abusiva por parte destes últimos. Não deixa, no entanto, de se tratar de uma conceção doutrinal, visto que encontramos na lei normas que derrogam a responsabilidade limitada dos sócios mas apenas em aspetos muito concretos e reduzidos, não havendo norma específica que regule a desconsideração da personalidade jurídica.

Sabemos assim agora qual a definição concreta de desconsideração, vamos então tentar perceber em que momento podemos aplicar este instituto. Viemos ao longo de toda esta exposição sublinhando que se trata de um instituto de aplicação excecional. Tal excecionalidade advém do facto de este só dever ser aplicado em última análise. Quer isto dizer que, vamos recorrer a ele sempre que não haja na lei norma específica que penalize quem abusou da personalidade coletiva em detrimento de terceiros. Para um melhor entendimento do que acabamos de dizer vamos atender ao que dizem Manuel Triunfante e Lemos Triunfante (2009), p. 141:

“(...) atendendo ao seu carácter subsidiário, a desconsideração deve sempre ceder na presença de outro preceito, norma ou instituto que responda inteiramente ao problema. (...) a aplicação autónoma da desconsideração deve restringir-se às hipóteses onde não existe já solução no direito positivo que, nessa medida, se revele mais segura e eficaz.”

Existem, no nosso ordenamento jurídico, algumas normas plasmadas no CSC que se aplicam nas situações aí previstas e que, de alguma forma, servem para penalizar quem agiu com abuso da personalidade jurídica, como iremos ver mais à frente. Passemos, por ora, à sistematização das situações nas quais a nossa doutrina e jurisprudência consideram poder aplicar-se o instituto objeto do nosso estudo.

4.1 Situações de Recurso à Desconsideração e sua aplicação

Conforme referimos, de modo a que se venha a aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, será antes necessário que se verifiquem determinadas situações que iremos expor de seguida. Não podemos, no entanto, nesta fase, descuidar a explicação para o recurso a este instituto e sua aplicação quando esta se justifique.

A sua função económico-social⁵⁰, configura uma explicação para a aplicação de tal instituto. Quer isto dizer que se utiliza a desconsideração sempre que haja uma utilização da personalidade coletiva para fins diferentes daqueles a que se destina. Na base de tal explicação encontramos princípios como o *venire contra factum proprium*⁵¹, a interpretação teleológica das normas e o abuso de direito, como melhor se verá de seguida. Torna-se assim necessário antever, ainda que sucintamente, cada um destes princípios para que posteriormente possamos analisar as situações em que, em princípio, se vai aplicar a desconsideração da personalidade coletiva.

A interpretação teleológica (que visa o fim) das normas refere-se ao fim prático visado pela norma, instrumentalizando e funcionalizando o direito⁵². É a interpretação que, em princípio,

⁵⁰ Atentando nas palavras de Coutinho de Abreu (1996), pp. 209-210, esta função económico-social denomina o autor de “operadores jurídicos” que serviriam para legitimar o recurso à desconsideração. Operadores esses que, para Coutinho de Abreu, *ibidem.*, são a interpretação teleológica das normas e o abuso de direito, “apoiados por uma concepção substancialista da personalidade colectiva (não absolutizadora do “princípio da Separação”).”

⁵¹ A este respeito veja-se Catarina Serra (2009), p. 119. Utiliza-se o *venire contra factum proprium* numa tentativa de perceber quando devemos ignorar a existência de separação entre a pessoa coletiva e os seus sócios. Na perspetiva da autora seria de usar aqui o princípio da boa-fé, mais do que a função social e económica, enquanto suporte do *venire contra factum proprium*.

⁵² Cfr. José Bronze (2006), pp. 900-901.

responde à questão para que serve determinada lei⁵³. Através da interpretação teleológica de uma norma pretende-se aplicar a uma situação, uma certa norma que não visa no seu teor tal situação, mas para a qual será justificável a sua aplicação.

O abuso de direito vem plasmado no Código Civil – art. 334⁵⁴ - que segundo as palavras de José Bronze (2006), pp. 427-428,

“visa traduzir a ideia (...), de que o titular de um determinado direito subjetivo, com capacidade embora para o exercer, colocar-se-á em situação de abuso do direito que se titula (...) Ou seja (...): a legitimidade, ou ilegitimidade, do exercício de um direito subjetivo é também determinada pelo próprio modo como o respetivo titular o exerça (...).”

Já na perspetiva de Coutinho de Abreu (2006), p. 43, há abuso de direito “quando um comportamento, aparentando ser exercido de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem.” Para o autor apenas se prefigura a existência de abuso de direito quando, através de determinados comportamentos (seja através de uma ação, seja através de uma omissão), se cause sério prejuízo a um terceiro. A aplicação do abuso de direito depende da invocação e prova dos factos que o constituem e, também, de ser formulado pedido. O princípio do *venire contra factum proprium* não é mais que uma forma de concretização do abuso de direito. De acordo com Catarina Serra (2009), p. 119, o princípio *venire contra factum proprium* vai ser a base da verificação do momento em que se deve “ignorar a separação entre a pessoa coletiva ou jurídica e os seus suportes singulares.” Menezes Cordeiro (2000), pp. 251-252, aponta algumas situações em que se proíbe o *venire contra factum proprium*⁵⁵, sendo que uma dessas situações assenta precisamente na boa-fé, trata-se da criação de “uma aparência que suscite a confiança das pessoas.” Na verdade, o que aqui nos importa será o abuso da personalidade jurídica. Aludimos, apesar disso, ao abuso de direito regulado na lei civil, visto que não encontramos qualquer referência expressa ao abuso da personalidade jurídica. Além do mais o art. 334º do CC, que regula o abuso de direito é uma cláusula geral que vem assim proibir o abuso de Direito. Vejamos senão que o art. 334º do CC fala em *Exercício de um direito* e também no facto de o titular de tais direitos exceder *os limites impostos pela boa-fé*, ora

⁵³ Cfr. Oliveira Ascensão (2006), p. 414. Nos termos do autor, o elemento teleológico reponde ao para que serve determinada lei, tanto mais que, enquanto se não conseguir responder a esta questão não se detém a chave da sua interpretação.

⁵⁴ “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”

⁵⁵ Cfr. Menezes Cordeiro (2011), p. 435, onde o autor se refere, de uma forma simples, ao princípio do *venire contra factum proprium*, como sendo caracterizado por “atentar contra a confiança legítima.”

temos dito ao longo do nosso estudo que o abuso da personalidade jurídica não é mais que o exercício de um direito para além dos limites impostos pelo objeto da sociedade⁵⁶. Desta forma parece-nos que não será de todo impertinente fazer referência ao abuso de Direito, concluindo mesmo que o abuso de personalidade jurídica será uma modalidade de abuso de Direito e que, por isso, a tal abuso podemos aplicar a mesma proibição plasmada no Código Civil.

Atendendo às palavras de Boldó Roda (2000), pp. 48-49, percebemos que também na doutrina alemã se desenvolveu um determinado entendimento do significado de abuso de direito. No caso, Serick e, ainda nas palavras da referida autora, entende haver abuso quando se tenta burlar a lei, incumprir obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros. No seu entendimento, a decisão de levantar o véu da personalidade jurídica, ou não, depende de uma análise da realidade e conseqüente constatação da existência de um abuso da personalidade jurídica da pessoa coletiva. Tal não implicaria negar a personalidade, mas tão só nega-la em caso de haver uma certa desadequação da realidade. Chega-se então à conclusão que o que Serick advoga quanto a desconsiderar a personalidade jurídica existia já na jurisprudência anterior quando esta invoca a boa-fé. Coloca-se o problema em muitos ordenamentos jurídicos de encontrar um critério exato para aplicação da doutrina do levantamento do véu societário. Tal dificuldade tem a ver diretamente com a questão da segurança jurídica, daí que tal doutrina deva ser sempre aplicada de forma excecional. Em Espanha entende-se que o abuso de direito está estritamente ligado à fraude da lei. Enquanto no abuso de direito se exercita um direito subjetivo com desvio da sua finalidade e dano para terceiros, na fraude à lei desrespeita-se o direito objetivo, a norma aplicável, procurando a inobservância do ato mediante a aplicação de outra norma distinta⁵⁷ (Boldó Roda, *ob. Cit.*, p. 253).

Seja qual for a definição de qualquer destes princípios o certo é que a principal base do recurso à desconsideração da personalidade jurídica da pessoa coletiva é, sem dúvida, a utilização abusiva de tal personalidade. Pelo que, posto isto, avançamos na análise, vendo, então, quais as situações encontradas e sistematizadas pela doutrina para o recurso ao dito instituto.

⁵⁶ Cfr. Morais Antunes (2004), pp. 13-14.

⁵⁷ Se lermos os que nos diz Boldó Roda (2000), p. 322, atentamente podemos perceber ainda que o ordenamento jurídico espanhol faz igualmente uma distinção entre o abuso institucional e o abuso pessoal. Desta forma encontramos o primeiro quando um determinado direito é exercido dentro dos limites formais fixados no ordenamento jurídico, procurando, no entanto, com tal exercício obter um fim ilegítimo ou ilícito (com a utilização ilegítima do benefício da responsabilidade limitada). Quanto ao abuso pessoal, este consistiria na tentativa de prejudicar um terceiro, através do exercício de um direito com violação do princípio da boa-fé. Não sendo, apesar da distinção, tais abusos mais do que uma forma de abuso da personalidade jurídica.

Na análise feita à doutrina nacional vários são os casos que encontramos que os autores consideram de aplicação do instituto. Unânime parecem ser, no entanto, os casos em que há confusão de patrimónios (ou esferas jurídicas), os casos de subcapitalização material (originária ou superveniente) – sendo que, no caso da subcapitalização autores há que consideram, também, casos de descapitalização provocada (conforme iremos ver adiante). Ao mencionar estes casos em que ocorre a possibilidade de recorrer à desconsideração, não podemos esquecer o caso das sociedades unipessoais em que parece haver uma maior propensão à confusão das esferas jurídicas e patrimoniais (principalmente), bem como, também não poderemos descurar o caso dos grupos societários quando ocorra domínio qualificado de uma sociedade sobre a outra⁵⁸. Podemos perceber pelas palavras de Freitas Gomes (1990), pp. 15-16, que na Alemanha se entende poder haver recurso à “desestimação da pessoa jurídica em dois casos: a) quando é utilizada abusivamente para fins ilícitos; b) para vincular certas normas com a pessoa jurídica.” No que concerne à Itália diz-nos o autor que, de acordo com Verrucoli, deverá haver superação

“na decorrência de: a) directa realização de interesses do Estado (...); b) repressão à fraude; c) também à fraude contratual; d) da realização de interesses de terceiros, quando não milite fraude até ao momento inicial da operação (constituição da sociedade; estipulação do contrato); e) da realização dos interesses dos sócios, *ut singuli*.”

Sendo que havendo repressão à fraude e à fraude contratual teria de se ter em conta o elemento intencional, enquanto no caso da realização de interesses de terceiros basta que se verifique o “elemento objetivo do dano a terceiro”.

Será agora necessário tentarmos proceder a uma análise de cada uma destas situações para que se torne mais eficaz o entendimento da situação concreta e em que medida será possível, caso a caso, aplicar a desconsideração da personalidade jurídica.

⁵⁸ Vejamos o que alguns autores escrevem a este respeito, aqui apenas a título exemplificativo. Iniciemos então por citar Menezes Cordeiro (1989/1990), pp 154-156, para quem Wiedemann merece referência especial quando se trata de enumerar os casos típicos de desconsideração, sendo eles “-a confusão de esferas jurídicas; - a subcapitalização; - o atentado a terceiros; - o abuso do instituto.” Repare-se que este autor inclui ainda o atentado a terceiros que na sua perspectiva inclui a confusão de patrimónios e a subcapitalização, e acrescenta ainda que a situação de confusão das esferas jurídicas é “especialmente clara nas sociedades unipessoais.” Coutinho de Abreu (2010), p. 56, expõe desta forma os casos que tem em consideração “ (...) venho apresentando três (ou quatro) «casos»: mistura de esferas de actividade e de patrimónios; subcapitalização (material); domínio qualificado de uma sociedade sobre outra(s). Acrescento agora outro, que designarei «descapitalização provocada» (...)”. Manuel Triunfante e Lemos Triunfante (2009), p. 135 mencionam também, por sua vez, a subcapitalização e a confusão patrimonial enquanto Fátima Ribeiro (2012), p. 525, defende que o recurso à desconsideração ocorre quando há “ (...) controlo da sociedade por um sócio, subcapitalização material e “mistura de patrimónios”; recentemente defende-se a mesma solução para os casos da chamada “descapitalização” da sociedade (ou atentado à sua existência).” Para rematar façamos ainda referência ao escrito por Salreta Pereira (2011), pp. 31-32, que indica “consoante as sistematizações mais recentes, a subcapitalização material (originária ou superveniente), a mistura de patrimónios, o controlo de sociedades por um sócio e ainda a descapitalização provocada por sócios.”

Vejamos então as situações em que há confusão de patrimónios (ou esferas jurídicas). Esta confusão existe sempre que os sócios desrespeitem a separação patrimonial de tal forma que se torne difícil perceber a que esfera jurídica pertencem os bens – se à da sociedade, se à pessoal do sócio. No entanto, não é suficiente que haja esta confusão, acrescenta Fátima Ribeiro (2012), pp. 540-543, que é ainda necessário que se verifique a impossibilidade de “identificar/individualizar os actos pelos quais não foi respeitada a separação entre esses patrimónios (por outras palavras, “opacidade” contabilística).” Na sua opinião não é possível elencar todos os atos que levam à confusão de patrimónios, tornando-se, desta forma, difícil “determinar com clareza a composição do mesmo – e esta situação é normalmente acompanhada de “opacidade contabilística”.” Se juntarmos esta falta de clareza na contabilidade societária a outros mecanismos, como seja responsabilidade dos gerentes e dos administradores, temos então justificada a utilização da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade a fim de tutelar os interesses dos credores. Assim sendo ficamos com o ónus da prova no campo dos sócios, isto porque caberá a estes o ónus de provar que os comportamentos por eles assumidos que levaram à confusão dos patrimónios se podem individualizar (tal acontece, por os credores não se encontrarem em posição de poder provar os factos relevantes). Não estando os sócios em condições de conseguirem fazer prova de tais factos, poder-se-á afirmar a existência de confusão patrimonial e, assim, torna-se legítimo o recurso à desconsideração. Chegando a tal conclusão questiona-se: ao aplicar a desconsideração em caso de confusão de patrimónios, que sócios serão chamados a responder pelos danos causados, todos ou apenas aqueles que praticaram o ato? Na opinião da autora será justo aplicar, por analogia, o regime da sociedade comercial antes do registo. Noutra obra da sua autoria Fátima Ribeiro (2012), pp. 341-344, reforça esta ideia baseando-a ainda no disposto no art. 40⁵⁹ do CSC, sendo desta forma responsabilizados apenas os sócios que agiram em representação da sociedade e os que tiverem autorizado o negócio, sendo que os que aqueles que nem participaram do negócio, nem mesmo o autorizaram respondem até ao limite do valor das suas entradas acrescido do que tiverem recebido a título de lucros e distribuição de reservas, sendo a sua responsabilidade subsidiária relativamente aos restantes sócios. Para a autora existem, no nosso ordenamento jurídico duas situações em que encontramos sociedades desprovidas de personalidade jurídica, é o caso da sociedade civil e o

⁵⁹ “1 - Pelos negócios realizados em nome de uma sociedade por quotas, anónima ou em comandita por ações, no período compreendido entre a celebração do contrato de sociedade e o seu registo definitivo, respondem ilimitada e solidariamente todos os que no negócio agirem em representação dela, bem como os sócios que tais negócios autorizarem, sendo que os restantes sócios respondem até às importâncias das entradas a que se obrigaram, acrescidas das importâncias que tenham recebido a título de lucros ou de distribuição de reservas.”

caso das sociedades comerciais antes do seu registo definitivo. Interessa-nos aqui o regime das sociedades comerciais antes do registo definitivo. Pereira de Almeida (2011), p. 348, tal como a autora, entende que, de facto, a sociedade apenas adquire personalidade jurídica após o registo, sendo que sociedades desprovidas de tal personalidade serão as sociedades civis e as sociedades comerciais antes do seu registo. Na mesma linha de pensamento encontramos também autores como Coutinho de Abreu (2013), pp.135-136, que chega mesmo a referir que antes do registo (e, porque este tem efeito constitutivo) não pode a personalidade jurídica das sociedades comerciais ser invocada. Já Menezes Cordeiro (2011), pp. 584-586, defende que o registo comercial tem efeito meramente declarativo, sendo que a sociedade antes do seu registo já é dotada de personalidade jurídica, ideia que sobressai nas suas palavras ao escrever “ (...) a pré-sociedade já é uma sociedade, mau grado a falta do registo. Somos, assim, obrigados a rever a ideia de um registo *a priori* constitutivo, no domínio das sociedades.” Enfatiza ainda o autor que ao atribuir efeito constitutivo ao registo estamos a pôr em causa o princípio basilar do nosso direito que diz respeito à eficácia imediata dos contratos e conclui dizendo que o “papel substantivo do registo comercial deriva do competente código e cifra-se no efeito indutor da eficácia.”⁶⁰ Sendo que esta eficácia é meramente declarativa na opinião do autor – “o registo não é constitutivo da personalidade coletiva nem, muito menos, da sociedade: esta já existia anteriormente; a eficácia é, neste ponto, declarativa.” (Menezes Cordeiro, 2011, p. 593).

Refere-se aqui, o autor, ao registo no domínio das sociedades comerciais, embora em direito civil se atribua efeito constitutivo ao registo dos contratos, senão vejamos o caso das hipotecas. O que Menezes Cordeiro⁶¹ entende é que, o código de registo comercial atribui efeito constitutivo ao registo do contrato de constituição da sociedade, no entanto, na sua opinião tal registo deveria ser meramente constitutivo. Isto porque, a sociedade já existe antes do registo do contrato, e os atos praticados em seu nome produzem efeitos,

“No caso dos registos “constitutivos” previstos no código das sociedades comerciais, a conclusão impõe-se: não são verdadeiras hipóteses de registo constitutivo. (...) os atos sujeitos a esse registo produzem efeitos antes e independentemente dele.”

Coloca, ainda Fátima Ribeiro, *ob. Cit.*, pp. 343-344, uma outra questão quanto à qual a doutrina não parece ser consensual. A questão colocada prende-se com saber se, uma vez afastada a personalidade jurídica das sociedades e respondendo os sócios pessoalmente pelas dívidas, se deve ou não o património da sociedade responder também por essas mesmas

⁶⁰ Cfr. Menezes Cordeiro (2011), pp. 587-588.

⁶¹ Cfr. *Idem, ibidem*, p. 588

dívidas. Para a autora, se já houve processo constitutivo da sociedade então houve também a realização das entradas, sejam elas realizadas em dinheiro ou em espécie (ou, pelo menos, de parte dessas entradas). Desta forma existe já um fundo patrimonial que já é e deve continuar a ser tratado com alguma autonomia. Sendo os sócios demandados nos termos previstos no artigo 40º do CSC, significa que há que excutir o património social primeiro, ou seja, o património da sociedade vai responder em primeira linha relativamente às dívidas contraídas pelos sócios com desrespeito da personalidade jurídica da sociedade. Não podemos aqui esquecer ainda a responsabilidade dos sócios que não agiram nem autorizaram tais negócios. Estes respondem até ao limite das suas entradas, acrescidas das importâncias recebidas a título de lucros e reservas.

Sabemos que tendencialmente se tem entendido que o património societário responde igualmente pelas dívidas. Apologista desta solução, como vimos já, é a própria autora que entende aplicável o regime previsto no art. 40º do CSC, afirmando que os sócios “poderão, se demandados, excepcionar com a prévia excussão do património social.” No mesmo sentido encontramos autores como Coutinho de Abreu (2013), pp.130-131, que refere que “*também as sociedades respondem pelos atos em seu nome realizados no período compreendido entre a celebração do ato constituinte e o seu registo definitivo.*”⁶² Coloca aqui, no entanto, o autor, dois limites à responsabilidade patrimonial anterior ao registo – não respondem pelos atos que não podem assumir depois do registo⁶³ e a parte do património correspondente às entradas depositadas em instituição de crédito, não pode ser movimentado para pagar aos credores,

⁶² Chega o autor, *ob. Cit.*, pp. 123-133, após uma série de interrogações às quais vai respondendo. Ou seja, expõe as suas ideias quanto a esta questão fazendo uma série de afirmações e colocando algumas questões às quais vai contrapondo a correspondente contra-argumentação e resposta. Chega assim a conclusões como, a sociedade, antes do registo (pré-sociedade), apesar de não ter personalidade jurídica, já existe enquanto sociedade-ente e tem património próprio (nem que seja os créditos das obrigações de entradas já realizadas (art. 38º a 40º do CSC). Tem capacidade para participar no comércio jurídico. O art. 40º não fala na responsabilidade do património social, mas o silêncio da lei nada significa. Se, nos termos do art. 36º, n.º 2 do CSC, a sociedade responde mesmo antes da celebração do contrato, logicamente deverá também responder depois da celebração do mesmo. À data da celebração do contrato o património pode valer tanto, mais ou menos que o capital, o que não põe em causa as regras de conservação do capital social. O nosso direito não consagra proibição de pre-entendimentação ou oneração do património social. O art. 19º diz que a sociedade assume, com o registo, direitos e obrigações, mas esta assunção não significa transmissão, antes os direitos e obrigações continuam e consolidam-se, o que quer dizer que a sociedade é, após o registo, e em regra, a única responsável pelas obrigações assumidas antes do registo. Seria uma contradição a sociedade ter lucros sem se responsabilizar também pelo passivo. Finalmente, argumenta que, a responsabilidade referida no art. 40º, n.º 1 *in fine*, vai também no sentido do património – caso os credores o exijam, têm os sócios que ainda não realizaram as suas entradas, fazê-lo – fica, assim, a sociedade dotada de mais meios para cumprir as suas obrigações; além disso os negócios realizam-se em nome da sociedade criando, nos terceiros, a convicção de que o património social é o garante dos seus créditos – como não há, ainda, registo pode haver insegurança jurídica daí que a lei exija a responsabilidade dos sócios, responsabilidade esta que deve acrescer à da sociedade.

⁶³ Refere-se aqui às obrigações referidas no art. 19º, n.º 2 do CSC “O direitos e obrigações decorrentes de outros negócios jurídicos realizados em nome da sociedade, antes de registado o contrato, podem ser por ela assumidos mediante decisão da administração, que deve ser comunicada à contraparte nos 90 dias posteriores ao registo.”

exceto quando haja autorização dos sócios⁶⁴. Também Olavo da Cunha (2012), pp. 235-238, parece não duvidar de que o património social responde, nesta fase, pelas dívidas, questiona, apesar disso, se a responsabilidade ilimitada e solidária em que incorrem os sócios é subsidiária à do património social ou se, pelo contrário, será concorrente ou, ainda, se será antes a responsabilidade do património social subsidiária em relação aos sócios. Conclui o autor que devem em primeira mão ser os sócios demandados e só posteriormente o património da sociedade, ou seja, a responsabilidade do património é subsidiária relativamente ao património dos sócios. Pereira de Almeida (2011), p. 349, entende igualmente que o património social responde perante tais dívidas, muito embora o art. 40º do CSC o não mencione expressamente.

No entanto encontramos, a voz discordante de Nogueira Serens (1997), pp. 27-31, que entende que o património social não responde por negócios constituídos antes do registo da sociedade. Na sua perspetiva apenas os sócios mencionados no art. 40º do CSC respondem perante as dívidas contraídas. Ao contrário do entendimento de Coutinho de Abreu, para Nogueira Serens, *ob. Cit.*, pp. 27-31, o silêncio da lei é significativo. Veja-se que, Coutinho de Abreu entende que, nos termos do art. 36º, n.º 2, do CSC, o património constitutivo da sociedade já responde (ainda antes da celebração do contrato) e, por isso, será lógico que seja responsabilizado, também depois de celebrado o contrato (*vide* nota 62 supra). Já o entendimento de Nogueira Serens a este respeito é diferente. Entende este autor que antes da celebração do contrato (art. 36º, n.º 2 do CSC), existe já um fundo patrimonial dotado de autonomia – nestes termos, caso os sócios venham a ser demandados podem excepcionar com o benefício da excussão prévia, nos termos do, atualmente, art. 14º do CPC). Mas aqui, os interesses em causa são diferentes – a falta de contrato pressupõe a nulidade, sendo que, desta forma, a sociedade não chega sequer a nascer. Pelo regime do art. 52º, a nulidade leva à liquidação da sociedade como se esta tivesse sido regularmente constituída. Com esta ideia se compraz o regime do art. 36º, n.º 2 do CSC, se a pré-sociedade vai deixar de o ser nada impede que o fundo patrimonial seja totalmente consumido por via do cumprimento das obrigações emergentes do exercício da atividade iniciada antes da formalização do contrato. Assim, nestes casos, só quando o património seja insuficiente para satisfazer os interesses de terceiros é que os sócios serão responsáveis, ainda que subsidiariamente. Mas aqui estão em causa as situações em que já há contrato de sociedade e o mesmo não foi, ainda, definitivamente registado. Se há contrato, não se coloca o regime da nulidade (até porque esta

⁶⁴ Ideia decorrente dos artigos 202º, n.º 5, al. b); 277º, n.º 5, al. b) e 478º do CSC.

não existe). Não podemos esquecer que a sociedade já existe (não está, à partida, condenada a morrer), por tanto não podemos descurar as suas expectativas de vida. O que significa que, no caso que estamos a analisar, se efetivamente aplicarmos o regime do artigo 40º do CSC aos atos praticados e dívidas contraídas pelos sócios em seu benefício próprio, então, de acordo com as ideias defendidas por Nogueira Serens, o património social não pode por qualquer forma ser onerado com tal responsabilidade. Diz-nos o autor Nogueira Serens, *ob. Cit.*, p. 29, que “por tais negócios, e nos termos que a norma refere, só respondem – responsabilidade *ex lege* – as pessoas indicadas no art. 40º, n.º 1”, rematando que sendo estes sócios demandados não podem os mesmos vir excepcionar com a excussão prévia do património da sociedade. Isto prende-se com a ideia de não registar um contrato de uma sociedade (que passa a existir plenamente), já descapitalizada (e que, por isso, poderá estar já insolvente).

Na doutrina Espanhola encontramos também a confusão patrimonial como pressuposto da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Não é o conceito de confusão de patrimónios diferente daquele avançado pela doutrina nacional. Conclusão a que chegamos da leitura das palavras de Boldó Roda (2000), p. 320,

“Supone que el patrimonio de los socios no puede distinguirse del de la sociedad. Así, los miembros de una sociedad no pueden alegar la limitación de la responsabilidad basada en el principio de división de los patrimonios cuando ellos mismos no lo respetan.”

Distingue-se, no entanto, entre confusão de patrimónios – quando o património dos sócios não se distingue do património da sociedade -, e confusão de esferas – quando, externamente, não se consegue distinguir a divisão da pessoa jurídica e dos seus membros. Dá-se a confusão sempre que não se respeita o nome, a organização, a imputação patrimonial ou as formalidades societárias, ou seja, sempre que haja situações nas quais surja a dúvida acerca de se o ato praticado o foi pela sociedade ou pelos sócios.

Ora cumpre-nos aqui tecer algumas considerações de escopo absolutamente pessoal. Concordando com o que nos é trazido à luz por Nogueira Serens, parece-nos pertinente questionar um pouco a aplicação do regime previsto no art. 40º do CSC aos atos praticados com abuso de direito. Queremos com isto dizer que, nos parece muito frágil este recurso ao regime plasmado no artigo 40º do CSC, aplicando-o por analogia ao instituto da desconsideração. Bem sabemos e é certo que todo o nosso Direito advoga o recurso, tanto quanto possível, ao regulamentado por lei. Mas então questionamos o seguinte, não estamos nós aqui perante a aplicação no nosso Direito e, mais, nas decisões jurisprudenciais, de um instituto que, apesar de amplamente aceite na doutrina e jurisprudência nacionais, não se

encontra legislado? Sabemos que em tudo aquilo que se desvia do que encontramos na lei se tenta aproximar, dentro do possível, à lei – seja através da aplicação analógica das normas, seja através de uma interpretação extensiva. Isto é, tenta-se sempre procurar na lei normas aplicáveis às diversas questões e até mesmo dificuldades que se nos colocam perante a aplicação de institutos como este que aqui estudamos, cuja única base é a via doutrinal e jurisprudencial. Parece-nos, no entanto, que se poderia aqui afastar a solução daquilo que encontramos plasmado na lei. Ora, é certo que estamos a falar na responsabilidade de sócios, estamos a falar em afastar a personalidade jurídica de um ente, ao qual, esta foi atribuída pela lei, mas estamos a falar de uma responsabilidade que vai resultar de atos ilícitos praticados conscientemente pelos sócios. Além do mais, apesar de se retirar a personalidade à sociedade, isto é, a nosso ver, temporário, não estamos aqui a falar em dissolver a sociedade, o que significa que a mesma continua a existir, e continua a existir plenamente (ou seja, a sociedade permanece dotada de personalidade jurídica com todas as suas implicações). Então vejamos, será que não podemos aqui afastar a responsabilidade do património da sociedade, não respondendo este pelas dívidas aqui em causa? Porque é que vamos excutir primeiramente o património social se estamos a admitir que as dívidas contraídas são do escopo pessoal dos sócios que realizaram o negócio, que apenas utilizaram a sociedade para que o seu património pessoal não fosse atingido? Vamos, assim, permitir que os restantes sócios sejam prejudicados quando não tiveram qualquer participação no negócio e, especialmente, quando declararam expressamente que não o consentiam? Mais do que isso, se dizemos que pressuposto da atribuição de personalidade jurídica às sociedades é a autonomia patrimonial, vamos excutir o património social para responder por dívidas que estão, no fundo, a ser atribuídas pessoal e ilimitadamente aos sócios, esquecendo que a sociedade continua a existir e a ter um património autónomo? Temos aqui que concordar com o que defende Nogueira Serens (1997), p. 29, (é certo que, o autor expõe tais ideias à constituição das sociedades e seu registo, mas não é de todo descabido recorrer a elas), quando este analisa o regime do art. 40º do CSC e conclui que o mesmo não se pode aplicar aos negócios celebrados antes do registo do contrato de sociedade⁶⁵. O autor, tal como nós aqui entendemos, traz à luz a questão de já existir um património autónomo constituído quando se procede ao registo – já foram realizadas entradas, sejam elas em dinheiro ou em espécie, sendo que tais entradas são essenciais ao bom funcionamento da sociedade. É por esta mesma razão, e em sentido

⁶⁵ Refira-se aqui que o autor fala em escritura pública, esta era a forma antes exigida para a formalização da constituição de uma sociedade. No entanto, encontra-se, hoje, este preceito alterado – tendo passado a exigir-se apenas contrato escrito com reconhecimento presencial de assinaturas, nos termos do art. 7º do CSC.

contrário, que Fátima Ribeiro (2012), p. 344, entende que o património da sociedade não só responde pelos créditos como o faz antes do património pessoal dos sócios.

A ideia que pretendemos aqui passar, e em sentido contrário à doutrina maioritária, é a de que, nestes casos, ao aplicar o regime plasmado no artigo 40º do CSC deverá ser ressalvada a responsabilidade do fundo patrimonial da sociedade (que, a aceitar-se que esta venha a ser considerada responsável, seria subsidiariamente). Isto em situações de confusão de patrimónios, já tendo a sociedade personalidade jurídica porque devidamente registada, nas quais seja aplicável, subsidiariamente, a desconsideração da personalidade jurídica da pessoa coletiva. Tendo em conta a interpretação que dela fazem autores como Coutinho de Abreu, isto é, conduzindo à execução do património social antes da execução do património dos sócios. Pelo menos no que respeita à responsabilidade do património da sociedade objeto da desconsideração, pelas dívidas contraídas pelos seus sócios com prejuízo de terceiros. A nossa posição é baseada essencialmente no facto de, entendermos, ser descabido prejudicar aqueles sócios que nada têm a ver com a questão (nos termos já enunciados) e também, o facto de não estarmos perante uma dissolução da sociedade, nem ser esse o objetivo, pelo que não terá cabimento esvaziá-la do seu património essencial à prossecução da sua atividade económica.

Retomemos a questão da confusão de patrimónios no âmbito da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Para Pedro Cordeiro (2008), pp. 70-71, deverá existir uma distinção entre duas situações, “*a mistura de sujeitos de responsabilidade e a mistura de massas patrimoniais*.” Para o autor, a mistura de sujeitos de responsabilidade prende-se com, o facto de existir uma tal mistura de sociedades, seja por se localizarem na mesma morada, partilhando do mesmo número de telefone, fax (principalmente tratando-se de sociedades com ramos de atividade parecidos), seja pela identidade dos gerentes e administradores de diferentes sociedades, que se torna difícil perceber quem são de facto os sujeitos de responsabilidade. Já no que toca à mistura de massas patrimoniais, prefigura esta a confusão apresentada entre o património pertencente à sociedade e o património pertencente ao sócio. Tal confusão poderá configurar-se na mistura de “escrituração, notas bancárias e valores patrimoniais”⁶⁶.

⁶⁶ Neste sentido encontramos também a formulação de Salreta Pereira (2011), pp. 37-38. Também Ricardo Costa (2004), pp. 11-12, faz referência a diversas situações em que se prefigura a confusão de patrimónios. Situações em que o(s) sócio(s) dispõem do património social como se fosse seu, “se pagam débitos sociais por meio de contas bancárias pessoais, se recorrem sistematicamente à tesouraria da sociedade para extinguir as suas obrigações pessoais e familiares (...) se exercem em nome da sociedade, ou na veste de sócio, actos e negócios jurídicos respeitantes a bens da titularidade individual (...) se não separam da sua vida pessoal ou do

A outra situação em que se considera aplicável a desconsideração da personalidade jurídica é a subcapitalização. Iniciemos esta nossa análise, ainda que de forma sumária, pela definição do que é o capital social. Para Catarina Serra (2009), pp. 162-165, o capital social pode ser entendido em três aceções diferentes, o património global, o património ilíquido ou bruto e o património líquido. Sendo que quando nos queremos referir ao património social estamos a falar do património líquido, que na legislação é também referido como “capital próprio”⁶⁷. O Capital representa um valor abstrato “tendencialmente fixo”, uma vez que corresponde à soma dos valores das entradas dos sócios aquando da constituição da sociedade, e é também ele um valor de referência, afinal é através desse valor que se afere da situação económica da sociedade⁶⁸. Seja qual for a situação o capital social não “limita a responsabilidade da sociedade”. O capital é referência que nos permite perceber qual é a situação económica da sociedade, sendo ao mesmo tempo a garantia dos credores sociais. António Pita (1992), pp. 125-127, esclarece que a função de garantia do capital social, além de indireta, assenta no facto de os órgãos sociais e os sócios terem a obrigação de realizar esse capital e, ao mesmo tempo, de não retirarem da sociedade os bens necessários para cobrir o capital social. Sendo que “tal função realiza-se através de certos princípios: o princípio da realidade, o princípio da intangibilidade e o princípio da conservação.” Explica, o autor de seguida, o significado destes princípios – o da realidade seria aquele em que devem entrar na sociedade bens de valor, no mínimo, igual ao valor do capital social; o da intangibilidade prevê que os sócios não podem, após a constituição da sociedade e de se terem obrigado a determinadas entradas, pedir a devolução “das quantias que a título de realização do capital” entregaram à sociedade; o da conservação é aquele que, segundo o autor, explica o art. 35º do CSC⁶⁹ que refere a dissolução da sociedade, a redução do capital ou a realização de novas entradas, caso se verifique a perda de metade do capital social⁷⁰. Conclui ainda que o capital, nos termos

funcionamento de outras sociedades que controlam os locais de trabalho e sedes, as linhas de comunicações, os assalariados (...).”

⁶⁷ Encontramos esta aceção de capital em normas como os art. 32º, n.ºs 1 e 2, 35º, n.ºs 2 e 3, al. b), e 171º, n.º2 todos do CSC.

⁶⁸ Art. 9º, n.º 1, al. f) e art. 14º do CSC.

⁶⁹ “1 – Resultando das contas de exercício ou de contas intercalares, tal como elaboradas pelo órgão de administração, que metade do capital social se encontra perdido, ou havendo em qualquer momento fundadas razões para admitir que essa perda se verifica, devem os gerentes convocar de imediato a assembleia geral ou os administradores requerer prontamente a convocação da mesma, a fim de nela se informar os sócios da situação e de estes tomarem as medidas julgadas convenientes.

3 – Do aviso convocatório da assembleia geral constarão, pelo menos, os seguintes assuntos para deliberação pelos sócios: a) A dissolução da sociedade; b) A redução do capital social para montante não inferior ao capital próprio da sociedade, com respeito, se for o caso, do disposto no n.º 1 do artigo 96º; c) A realização pelos sócios de entradas para reforço da cobertura do capital.”

⁷⁰ Cfr. Tarso Domingues (2009), p. 352. A aplicação do regime previsto no artigo 35º do CSC parece ter aplicação lógica às sociedades de responsabilidade limitada, como sejam as SQ e SA, poderá, no entanto, não

definidos, prefigura uma forma de garantia para os credores sociais, nomeadamente, no que concerne à capacidade destes se sub-rogarem à sociedade quanto ao exercício de direitos quanto a entradas não realizadas⁷¹.

Numa análise mais profunda (no sentido de falar no capital social enquanto garantia, que se afigura importante mencionar, mas não constitui, como se compreende, o estudo do capital em si, o objeto da nossa dissertação) da medida em que podemos considerar o capital social como garantia ou tutela dos credores sociais encontramos Alexandre Mota Pinto (2007), p. 837-843, que esclarece que nas sociedades “por quotas” e “anónimas”, a responsabilidade dos sócios é limitada respondendo, desta forma, apenas o património social perante os credores da sociedade (não obstante a exceção prevista no art. 198º do CSC, em que, relativamente às SQ, se permite que os sócios estabeleçam uma responsabilidade superior ao valor das suas entradas mediante os requisitos aí mencionados). Ficam, assim, os sócios com a possibilidade de exercer uma atividade comercial sem com isso terem de assumir responsabilidade pessoal pelas “consequências dessa actividade, que serão totalmente absorvidas pelo património social.” São os sócios, neste caso, responsáveis apenas pelos montantes das entradas (ou do montante, pela lógica do art. 198º) a que se obrigam. Daí a exigência do legislador da efetiva realização das entradas (ou seja, realização do capital social), e da conservação do capital⁷². A noção avançada por grande parte dos autores inclusive Tarso Domingues (2007), pp. 173-176, do que é, afinal, o capital social traduz a ideia de se tratar de uma cifra (uma realidade abstrata) que “resulta da soma do valor das entradas dos sócios.” O que para o autor está longe de configurar uma definição correta até porque, conforme sublinha, o capital social não se pode considerar uma cifra fixa, uma vez que o mesmo, pode variar seja para mais seja para menos. Desta forma prefere o autor definir o capital social como sendo

“o elemento do pacto que se consubstancia numa cifra tendencialmente estável, representativa da soma dos valores nominais das participações sociais que não correspondam a entradas em serviços, necessariamente expressa em moeda com curso

parecer ser tão lógica a sua aplicação às sociedades de responsabilidade ilimitada. Na realidade, fácil será perceber o porquê da sua aplicação a estas últimas se tivermos em conta que o capital social, além da sua função de garantia, desempenha igualmente uma função de produção, bem como pelo facto de este visar não apenas a tutela de terceiros, mas também acautelar os interesses dos próprios sócios – na medida em que alerta para a situação económica da sociedade e para os riscos inerentes.

⁷¹ Regra que encontramos no n.º 1 do art. 30º do CSC.

⁷² Por forma a acautelar a desmedida transferência da assunção do risco dos sócios para os credores que investem na sociedade e, no que à obrigação de realizar as entradas diz respeito, previu, o legislador, algumas normas – como, a da proibição de remição total ou parcial, prevista no art. 27º, n.º 1 do CSC, a da exclusão do sócio remisso – art. 204º e 285º do CSC -, e, também, através do impedimento de sobrevalorização das entradas em espécie – art. 28º e 29º do CSC. No que toca à conservação do capital temos no art. 32º do CSC o impedimento de distribuir aos sócios os bens da sociedade que sejam necessários à conservação do capital social e das reservas estatutárias e legais.

legal em Portugal, e que – inscrita no lado direito do balanço – determina o valor em que o activo há-de superar o passivo”

O capital não deixa de ser relevante para os credores, antes pelo contrário desempenha uma função importante, visto que permite perceber quais são os lucros e as perdas da sociedade a que se refere. Isto é, através do capital social, temos a perceção de qual é a situação económica da sociedade em determinado momento. Sendo que a função primordial do capital social é, sem réstia de dúvida, a de garantia, ou seja, a tutela dos interesses dos credores⁷³. Por o capital social desempenhar esta função de garantia, sendo a mesma primordial, as alterações legislativas verificadas ao longo do tempo vão no sentido de “assegurar a entrada, conservação e existência efectivas no património líquido da sociedade de bens cujo valor seja, pelo menos, idêntico à cifra do capital social.” (Tarso Domingues, 2009, p. 126). O capital não serve, no entanto, apenas de garantia ou tutela dos credores, este desempenha igualmente outras funções como sejam as de organização⁷⁴ (por se considerar essencial à determinação e proteção da posição dos sócios), e de produção ou financiamento (é necessário reunir os meios adequados ao desenvolvimento das atividades económicas que a sociedade se propõe exercer, assim constituem os bens que os sócios colocam à disposição da sociedade para cobrir o capital, constituem uma forma de financiamento, uma vez que se destinam à prossecução da atividade societária)⁷⁵. Olavo Cunha (2012), p. 253, fornece uma perspetiva idêntica de capital social e ao mesmo tempo resumida, diz-nos o autor que,

“O capital social tem importância **fundacional**, porque tem de constar obrigatoriamente do contrato de sociedade (...) -, e importância **funcional**, determinando internamente a posição dos sócios, em razão do montante das suas participações e representando externamente a garantia dos credores (sociais), na medida em que só poderão ser distribuídas aos sócios quantias a título de lucros ou dividendos (...).”

Sendo o capital social uma parte integrante e importante da sociedade e, até mesmo, do pacto social (enquanto menção obrigatória no mesmo), então quando e em que medida podemos falar em subcapitalização – que será aqui o cerne do nosso estudo? Não podemos esquecer que hoje não existe já a exigência de constituir uma sociedade com um capital mínimo⁷⁶ – as alterações introduzidas ao Código das Sociedades Comerciais resultaram numa nova redação

⁷³Cfr. Tarso Domingues (2007), pp. 194-196

⁷⁴ Cfr. Tarso Domingues (2009), pp. 128-129, a função organizatória que atribui ao capital deve-se ao seu papel de determinação e tutela dos direitos dos sócios.

⁷⁵ Cfr. Tarso Domingues (2009), pp. 129-130.

⁷⁶ No entanto, a questão do capital livre, aplica-se apenas em relação às SQ e às SQU, não são aplicáveis às SA. Esclarece o legislador no preambulo do Decreto-Lei n.º 33/2011 que a fixação do Capital Livre promove a transparência das contas da sociedade. Este DL veio também prever a entrega das entradas até ao final do primeiro exercício económico da sociedade e redefiniu o valor mínimo das quotas.

dada ao art. 201º do CSC, trazendo à luz uma ideia de capital livre (mantendo sempre em mente o facto de, apesar de o legislador nos vir falar em capital livre, este capital não ser inteiramente livre, até mesmo porque, o art. 219º, n.º 3, do CSC, refere que o sócio deve realizar a respetiva entrada com um mínimo de um euro). A imposição de um capital mínimo constituiria uma espécie de contrapartida à limitação da responsabilidade dos sócios, aos quais se exige que providenciem um fundo patrimonial mínimo para garantia dos credores societários. No entanto a conclusão a que se chega é que esta imposição não fará grande sentido visto que não garante de forma eficaz e satisfatória os credores. Mas argumenta-se, no entanto, que tal exigência poderá configurar um obstáculo à entrada no tráfego jurídico-económico de agentes economicamente mais débeis, uma vez que obsta à constituição precipitada de sociedades de capitais. Não deixa, porém, este de ser um argumento fraco, visto que o mínimo exigido não era demasiado elevado⁷⁷. Retomando, no entanto, a questão da subcapitalização e tendo em conta esta questão da não exigência de um capital mínimo para a constituição de uma sociedade, torna-se premente colocar a seguinte questão: a de saber se não estaremos, desta forma a permitir a constituição de sociedades subcapitalizadas logo à nascença? Vamos tentar perceber, antes de mais, o que entendemos por subcapitalização e em que medida esta poderá ser um caminho para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, para posteriormente explorarmos esta questão.

Note-se, antes de avançar, que a subcapitalização encontra na lei das sociedades comerciais uma solução, que será aquela plasmada no art. 35º do CSC. Diz-se que o regime previsto no referido artigo é uma forma de prevenir a subcapitalização societária porquanto prevê e regula a perda grave do capital social nas sociedades. Há aqui que ter em conta as duas dimensões a que se refere o art. 35º do CSC quando refere capital social. Isto é, ao mencionar o capital social refere-se o dito artigo ao capital enquanto cifra que consta do pacto social e capital enquanto massa concreta de bens, o fundo patrimonial. Enquanto a cifra do capital social se encontra inscrita no lado direito do balanço, do lado esquerdo do mesmo consta o valor dos bens cujo valor há-de cobrir ou igualar, pelo menos, aquela mesma cifra. O referido artigo protege o regime jurídico da tutela do capital social, pelo que se visa, desta forma, evitar situações como o sobreendividamento da sociedade. Quer isto dizer que, sendo uma das funções do capital a de tutela dos credores sociais e, justificando-se os cuidados em relação à perda grave de capital, também, pela tutela dos credores, então também o regime do art. 35º do CSC vem reforçar tal tutela. Esta tutela verifica-se, precisamente, na tentativa de evitar o

⁷⁷ Cfr. Maria Miguel Carvalho (2011), pp. 13-17.

sobreendividamento da sociedade com as suas consequências negativas e também, porque o capital serve de referência quanto à situação financeira da sociedade. Caso não adotem, os sócios, qualquer uma das medidas previstas no artigo 35º do CSC em caso de se verificar perda grave de capital (redução do capital social, reintegração do capital ou qualquer medida que vise manter em, pelo menos dois terços, a cobertura do capital), então poder-se-á estar perante uma possível dissolução da sociedade *ope legis*, caso a perda se continue a verificar no final do ano de exercício posterior àquele em que ocorreu a perda⁷⁸.

Desde logo, podemos perceber que há subcapitalização sempre que o ativo da sociedade (não apenas o capital mas também os bens que fazem parte do seu património), não seja suficiente para prosseguir o objeto a que esta se encontra afeta. Olavo Cunha (2012), p. 262, justifica a subcapitalização inicial pela “deficiente avaliação dos custos que o arranque da sociedade implicaria”. De acordo com o autor grande parte das sociedades constituem-se com insuficiência de capital, sendo que tal insuficiência é consciente, vindo as mesmas a necessitar de recorrer a empréstimos dos próprios sócios para o desenvolvimento da sua atividade. Quanto à subcapitalização inicial parece ser este o entendimento geral, Fátima Ribeiro (2012), p. 189, fala igualmente na subcapitalização superveniente tratando-se da situação em que se verifica a insuficiência de capital numa fase posterior à constituição – tal pode dever-se, por exemplo, a uma “alteração do respectivo objecto social.” Certo é que à perda de capital deverá corresponder uma determinada resolução da questão ou poderá a sociedade vir a ser dissolvida. Fátima Ribeiro, *ob. Cit.*, p. 194-206, refere diversos modelos passíveis de serem adotados para ultrapassar a perda grave de capital⁷⁹ de uma sociedade. Assim, temos o “modelo francês” ou “repressivo”, pelo qual os sócios devem recorrer às medidas que entendam necessárias para que seja repostos o equilíbrio entre o capital social e o património (sendo que a decisão cabe aqui aos próprios sócios); o “modelo alemão” ou “preventivo” pretende que, perante a situação de perda de capital, a administração da sociedade a dê a

⁷⁸ Cfr. Tarso Domingues (2004), pp. 22-45. Tendo ainda em conta que quando referimos o facto de o regime do art. 35º do CSC tutelar os interesses dos credores, também se poderá entender que, ao admitir a redução do capital se está principalmente, a tutelar os interesses dos próprios sócios. Isto acontece na medida em que, o capital social é o elemento essencial na determinação dos lucros distribuíveis. Isto é, se vamos admitir que haja redução do capital podemos distribuir aos sócios (mediante as regras plasmadas no CSC) os excedentes que a sociedade gerar, caso contrário tais excedentes manter-se-iam no património social por estarem vinculados a cobrir eventuais perdas. Não se pode, no entanto, olvidar que tornando-se o capital real gravemente inferior ao capital nominal, o que cabe ao art. 35º do CSC é prevenir aquelas situações em que tais perdas resultam da exploração societária e não de uma distribuição indevida de lucros aos sócios. Desta forma, pretende-se com art. 35º do CSC “acautelar as expectativas de terceiros que confiam na existência, na sociedade, de um património líquido pelo menos de valor idêntico (ou, no mínimo, de valor igual a metade) do seu capital social.

⁷⁹ Esclarece, no entanto, a autora, *ob. Cit.*, pp. 190-193, que a questão das perdas graves de capital são um problema diferente da subcapitalização, mas que tem igualmente a ver com a questão da tutela dos interesses dos credores sociais.

conhecer aos sócios para que estes possam tomar as medidas que entendam necessárias, no entanto e, ao contrário do modelo anteriormente referido, a decisão aqui não recai sobre os sócios mas antes sobre a administração/gestão da sociedade. Ambos os modelos ressalvam, no entanto, a importância de publicitar o montante do capital social e também a ideia de que, por regra, o capital deverá “encontrar uma correspondência mínima no património da sociedade”. Esta ideia leva-nos novamente ao encontro da questão da subcapitalização inicial como estando, de alguma forma, ligada à questão atrás colocada da não exigência de um capital mínimo para a constituição da sociedade. De acordo com a autora a exigência de um capital mínimo para a constituição das sociedades não constitui propriamente uma “garantia satisfatória para terceiros”, apresentando-se antes como uma “contrapartida do benefício da limitação da responsabilidade dos sócios”. A exigência do capital mínimo na constituição não só não tem em conta o objeto que vai ser prosseguido pela sociedade (que varia conforme a sociedade), como apenas significa que não existe, inicialmente, uma tão grande transferência do risco (da atividade económica que os sócios se propõem exercer) para a esfera de terceiros. Com esta subcapitalização com que os sócios pretendem iniciar uma determinada atividade económica (com a plena consciência da insuficiência do capital para prosseguir tal atividade), esperam os sócios vir a obter crédito que lhes permita suprir essa falta⁸⁰.

Tanto Fátima Ribeiro, *ob. Cit.*, pp. 206-207, como Salreta Pereira (2011), p. 34, defendem que a solução para esta questão da subcapitalização inicial passa pela aplicação do modelo alemão da responsabilidade *Durchgriff*. Afigura-se aqui, então, uma questão de consciência dos sócios, isto é, estes deverão ter em conta a atividade que se propõem exercer e, providenciar um capital suficiente para a prossecução de tal atividade. Sendo que, não havendo, por parte dos sócios, tal preocupação, então deverá considerar-se haver abuso do benefício da responsabilidade limitada, sendo passível de desconsideração de tal responsabilidade. Salreta Pereira, *Ob. Cit.*, p. 35, refere ainda uma outra questão que configura uma alternativa à solução anteriormente descrita, e de acordo com a qual, depois de constituída a sociedade, devem os sócios “respeitar um dever de diligência e cuidado, orientando a vida da sociedade de acordo com os meios que esta tem ao seu dispor.” Assim sendo, não dispondo a sociedade de um património adequado à prossecução da sua atividade temos um problema, ainda nas palavras da autora, de “responsabilidade orgânica, responsabilidade esta que é interna.” Fátima Ribeiro, *ob. Cit.*, pp. 216-217, diz mesmo que

⁸⁰ Salreta Pereira (2011), p. 33 refere que se põe, hoje, em causa o “papel de protecção dos interesses dos credores sociais atribuído ao capital social e à imposição de um montante mínimo, reconhecendo-se apenas a sua função de impedir a criação de sociedades precipitadamente.”

esta solução proposta tem “o mérito de trazer para o plano interno a eventual responsabilização dos sócios”, primeiro porque a lesão dos interesses dos credores resulta da atuação dos sócios a nível interno e segundo, porque tal via é a “única que se afigura compatível com a ausência de uma obrigação legal expressa de adequação material do capital social ao objecto que a sociedade se propõe prosseguir (...)”.

Chegados aqui, parece-nos que o que as autoras, Fátima Ribeiro e Salreta Pereira, entendem é que será “indiferente” a exigência ou não de um capital mínimo para a constituição de uma sociedade de responsabilidade limitada. Desde logo, porque a exigência de um capital mínimo é um valor fixo que não vai variar de acordo com o objeto da sociedade. Tendo em conta que as diversas áreas de negócio têm exigências diferentes, o capital mínimo que se possa exigir para a sua constituição não irá de encontro às necessidades de todos. Assim, não fará grande sentido tal exigência, antes deverá advir da consciência dos próprios sócios providenciar um capital adequado à prossecução da atividade a que se propõem (passando tal consciencialização pelos deveres de cuidado e diligência a que se encontram adstritos). Posta esta questão refere, ainda, Fátima Ribeiro (2012), pp. 208-210, a solução encontrada pela doutrina alemã e espanhola com o entendimento de que, a passar pela desconsideração, esta seria apenas relativa à responsabilidade limitada, de tal modo que a personalidade jurídica da sociedade em si não seria atingida. Passando a responsabilidade dos sócios por uma responsabilidade que será subsidiária em relação ao património societário. Sendo que, para que se recorra “a uma verdadeira solução *Durchgriff*”, fica sujeita à verificação da existência de culpa dos sócios na descapitalização material da sociedade. Ainda assim, as doutrinas espanhola e alemã são relutantes quanto à aplicação da desconsideração considerando a sua aplicação excessiva. Em nosso entender, responsabilizar os sócios diretamente aplicando-lhes a responsabilidade ilimitada, não será fácil sem desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, uma vez que (entendemos) uma é indissociável da outra – queremos com isto dizer que a haver desconsideração terá necessariamente de ser da personalidade jurídica da sociedade para que possamos ultrapassar precisamente a questão do benefício da responsabilidade limitada (pressuposto da atribuição de personalidade às sociedades). Maria Miguel Carvalho (2011), pp. 22-26, refere que a disposição do art. 201º do CSC (montante do capital social é livremente fixado no contrato de sociedade), poderá ser lida como “a consagração do princípio da adequação ou da congruência do capital ao objecto da sociedade (...)”, não obstante quaisquer dificuldades que daí poderão advir, nomeadamente quanto à livre iniciativa económica conforme refere a autora. A questão do capital livre passa um

pouco pelo livre financiamento por parte dos sócios, financiamento esse que terá de ser ordenado ficando os sócios adstritos à responsabilidade perante a sociedade perante os efeitos do financiamento em caso de manifesta subcapitalização. Conclui então, a autora, que apesar de a ideia ser a de os sócios dotarem, em consciência, a sociedade dos meios necessários à prossecução do objeto a que se propõe, o certo é que tal poderá não acontecer. Por esta razão torna-se então necessário acautelar “os riscos dos credores dessas sociedades.”. Nomeadamente, poderá passar a solução pela responsabilização de sócios e gerentes ou mesmo pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade subcapitalizada.

Desta forma, colocou-se antes, igualmente, a questão de os sócios ao constituírem uma sociedade não o fazerem com um capital suficiente para assumir os riscos inerentes à atividade que se propõem prosseguir, pretenderem obtê-lo através de empréstimos. Quanto a esta questão encontramos a sistematização proposta por Pedro Cordeiro (2008), pp. 67-70, que nos fala em subcapitalização material e subcapitalização nominal. Na primeira os sócios não fornecem os meios financeiros necessários para o início da atividade enquanto, na segunda o fazem, mas ao invés de o fazerem através do capital social, garantem-nos através de “empréstimos”. Para o autor a subcapitalização material significa que os sócios, apesar de terem autonomia para fornecer capital suficiente ou não à sociedade, não podem transferir unilateralmente o risco do negócio para os credores não informados. Quer isto dizer que, apenas por lhes ser garantida esta autonomia no financiamento da sociedade, não significa que possam transferir unilateralmente o risco dos negócios para credores não informados. Encontra, desta forma, a autonomia garantida aos sócios, um limite para que os credores não venham a ser confrontados com resultados previsivelmente negativos, por motivos de insuficiência de capital. Já na subcapitalização nominal, assumem os sócios um duplo papel de sócios e credores da sociedade, papel este que lhes garante a participação no “êxito da empresa”, mas também lhes fornece uma “visão mais clara da situação financeira da sociedade e uma influência decisiva na sua evolução económica.” Pelo exposto, não seria admissível a subcapitalização como abuso do instituto, visto que os credores ao contratarem com a sociedade estariam conscientes (ou seja, corretamente informados) da situação financeira da mesma. No entanto, o autor vem contestar esta ideia, dizendo que tal assunção não é correta. Isto porque, na sua perspetiva, situações há em que os credores não dispõem de tempo nem possibilidade “de se informarem constantemente, sobre a situação patrimonial da

sociedade e ponderar, assim, as suas decisões consoante as circunstâncias.” Cabendo, desta forma, ao ordenamento jurídico providenciar e garantir a proteção dos credores sociais⁸¹.

Desta forma parece que podemos concluir quanto a esta questão da subcapitalização que, encontrando-se os credores informados e conscientes do risco que assumem ao contratarem com uma determinada sociedade, não se poderá votar esta questão à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade para atingir a responsabilidade limitada dos sócios, ficando a questão para resolver através dos institutos da responsabilidade civil. No entanto, não havendo uma devida informação dos credores acerca da situação financeira em que a sociedade se encontra, poderemos aplicar o instituto da desconsideração. Colocamos então a seguinte questão neste âmbito: como provar que os credores não foram devidamente informados do risco que assumem? Devemos votar esta questão apenas àquelas situações em que os sócios, agindo de forma abusiva, não cumprem o seu dever de publicitar a real situação financeira da sociedade? Mas então, não é obrigação dos credores requerer a consulta dos documentos necessários à verificação da situação económica da sociedade, para que assumam os riscos de uma forma consciente? Concordamos que em direito as questões que vamos colocando não são tão lineares como aparentemente parecem ser. Enquanto Fátima Ribeiro não coloca a questão dos credores poderem não estar totalmente informados acerca da situação financeira da sociedade, para Pedro Cordeiro esta parece ser uma questão possível. Obtemos desta forma duas soluções diferenciadas para a mesma questão, embora nos pareça que os credores devem assumir riscos conscientes e que será de se aplicar o instituto da desconsideração às questões de subcapitalização material provada que seja a culpa (ou utilização abusiva do benefício da responsabilidade limitada), dos sócios, seja tal subcapitalização originária ou superveniente.

António Pita (2011), pp. 274-275, coloca ainda a questão da subcapitalização inicial numa perspetiva diferente – em situações nas quais a sociedade, mais tarde, entra em situação de insolvência. Entende, assim, o autor que a dificuldade com que nos deparamos em encontrar uma adequada sanção para as situações de subcapitalização inicial é um vício estrutural que muitas vezes se revela apenas passados alguns anos, principalmente quando a sociedade entra em situação de insolvência. Assim, seria premente encontrar-se um nexo de causalidade entre a subcapitalização inicial e a situação de insolvência, sendo que a proposta acaba por recair sobre a presunção de tal nexo quando seja provada a subcapitalização. Em tais situações

⁸¹ Assim encontramos no CSC algumas normas que regulam, nomeadamente, os empréstimos concedidos pelos próprios sócios à sociedade através de suprimentos (para que estes não sejam eternamente credores privilegiados da sociedade. Os art. 243º a 245º do CSC regulam os suprimentos.

prefigura-se razoável entender que há abuso da personalidade coletiva aplicando, nestes casos, o instituto da desconsideração. No entanto, repare-se que, o que o autor transmite quanto à aplicação da desconsideração é o seguinte: Porque a sociedade assume negócios anteriores ao seu registo definitivo, poder-se-á verificar uma situação de subcapitalização originária. Desta forma, verificando-se tal situação seguida de uma insolvência precoce da sociedade, então podemos partir do pressuposto que houve abuso da personalidade coletiva.

No ordenamento jurídico espanhol encontramos, igualmente, a questão da subcapitalização. Situações em que os sócios não dotam a sociedade de recursos patrimoniais que se configurem necessários para prosseguir o objeto social. Nas palavras de Boldó Roda (2000), p. 321, seria de aplicar a desconsideração da personalidade coletiva provando-se a situação de subcapitalização inicial. No entanto, o estudo levado a cabo pela doutrina espanhola quanto a esta questão levou à necessidade de distinguir entre insuficiência nominal e insuficiência material. Sendo que tal distinção acaba por ir ao encontro da distinção já feita e referida de Pedro Cordeiro – ou seja, há insuficiência nominal quando são os próprios sócios que, através de empréstimos, a vêm suprir; há insuficiência material quando faltam recursos tanto próprios como externos, caso em que se estende a responsabilidade sempre que não haja outras normas às quais se possa recorrer.

Boldó Roda, *ob. Cit.*, pp. 426-431, desenvolve esta questão começando pela subcapitalização material. Havendo subcapitalização material a sanção deverá recair sobre os próprios sócios seja com a perda do benefício da responsabilidade limitada (através da desconsideração da personalidade coletiva), seja pela aplicação da responsabilidade extracontratual por danos e prejuízos causados pela subcapitalização (previsto no art. 1902 do CCEsp.). Sendo que, na perspetiva defendida pela autora, teria mais lógica a perda do benefício da responsabilidade limitada como consequência da subcapitalização, pelo menos quanto aos credores extracontratuais e pequenos credores (credores comerciais e trabalhadores) que carecem de possibilidades de se protegerem contra os riscos da subcapitalização. Em todo o caso aplicar-se-ia esta sanção por via excepcional “del levantamiento del velo”, em favorecimento dos credores extracontratuais e dos “llamados «ignorantes».” No caso da subcapitalização nominal estão em causa aquelas situações em que os sócios, ao invés de optarem por realizar aumentos de capital, recorrem a empréstimos à sociedade concedidos por eles mesmos para, desta forma, poderem beneficiar da condição de credores da sociedade em caso de suspensão dos pagamentos. Podem, assim, fazer valer os seus direitos sobre o património social (devedor) em concurso com os demais credores. Certo é que, tais empréstimos constituem um

pilar de uma construção imprópria regida por princípios juridicamente incompatíveis - maximizam o benefício e reduzem o risco. Coloca-se então a questão de como combater tais práticas que, por um lado, retiram sentido à função de garantia do capital social e, por outro lado, desincentivam os aumentos de capital. Refere a autora que a doutrina e a jurisprudência alemã e norte americana, ao estudarem a questão, chegam a uma mesma conclusão – tratar os empréstimos feitos pelos próprios sócios como sendo entradas sociais, o que permite aplicar, por analogia, as normas que regem o capital social. O problema da subcapitalização nominal coloca-se ao mesmo nível que se coloca a subcapitalização material, ou seja, relativamente aos pequenos credores que se vêm obrigados a confiar na imagem externa da sociedade por falta de meios para se informarem, evitando assim o risco. A postergação de créditos visa a proteção desta confiança através da responsabilização dos sócios numa situação de crise. Tais sanções propugnadas pelo direito comparado serão de aplicação jurisprudencial da técnica “del desconocimiento o levantamiento del velo de la persona jurídica.”

No caso alemão refere Lamartine de Oliveira (1979), pp. 412-413, que se distinguiu, dentro da subcapitalização originária, entre intencional e não intencional. Encontramos aqui, também, o tratamento dos empréstimos realizados pelos sócios à sociedade como partes sociais sempre que esteja em causa uma sociedade “intencionalmente dotada de capital inferior às suas necessidades”. Quando a subcapitalização não é intencional então deverá reservar-se ao sócio a possibilidade de se ilibar de culpa – quer isto dizer que, para haver responsabilização dos sócios face à subcapitalização seria necessário que os sócios tivessem conhecimento que a sociedade se encontrava em situação de subcapitalização criando perigo de prejuízo para os credores.

Entre nós e, como foi já referido inicialmente, fala-se ainda em subcapitalização provocada, situação em que “os sócios são directamente responsabilizados perante os credores sociais, devido aos seus actos que atentem à existência da sociedade” (Salreta Pereira, 2011, p. 48). Estamos aqui perante os casos em que os sócios de uma sociedade que se encontra em dificuldade, começam a deslocar os bens dessa sociedade para outra de que também são sócios. A primeira sociedade cessa a sua atividade e deixa de poder cumprir as suas obrigações legais⁸². Coutinho de Abreu (2010), p. 57 defende que, nestes casos, deverá aplicar-se a desconsideração da personalidade jurídica da primeira sociedade, não se observando a regra da separação patrimonial e, desta forma, fazendo o património pessoal dos sócios responder face aos credores prejudicados (ainda que estes respondam, na sua opinião,

⁸² Cfr. Salreta Perira, 2011, p. 48 e Coutinho de Abreu (2010), pp. 56-57.

subsidiariamente). Lembra o autor que, a lei atribui aos sócios o benefício da responsabilidade limitada, não lhes dá, no entanto, livre-trânsito para que usem a sociedade como meio de contornar as regras estabelecidas e com isso prejudicarem os credores sociais. Perante uma situação de crise da sociedade (falta de liquidez) têm os sócios a possibilidade de dissolver a sociedade e de a apresentarem à insolvência. Pressupostos da derrogação da separação patrimonial será o ilícito (que se verifica quando há abuso de direito), a culpa dos sócios, o dano que resulta para os credores e o nexo de causalidade entre o dano provocado e o comportamento ilícito e culposo. Há que ter em conta, conforme frisa Fátima Ribeiro (2012), p. 309, que estamos aqui perante uma descapitalização provocada voluntariamente pelos sócios. Nos casos em que se verifica esta questão da transferência dos bens da sociedade (que se encontra em dificuldade) para outra sociedade constituída pelos mesmos sócios, ou até mesmo para o escopo pessoal dos sócios ou de “pessoas especialmente relacionadas com estes”, utiliza-se o instituto da desconsideração em relação à sociedade descapitalizada de forma a responsabilizar os sócios pessoalmente.

Não podemos pois deixar de fazer referência, também neste âmbito, às sociedades unipessoais, nas quais se poderão verificar alguns abusos. Ricardo Costa (2002), p. 677, refere que também o sócio único detentor das participações sociais de uma sociedade tem de respeitar as regras das sociedades, tendo o legislador feito algum esforço no sentido de “obviar aos perigos de abuso da unipessoalidade”. Esforços que, na opinião do autor, não foram suficientes por ter havido excesso de confiança “na regulação experimentada do tipo quotista”. Desde logo articulado no art. 270º-F do CSC, temos uma mudança de responsabilidade do sócio mediante a realização de negócios que a lei considera nulos. Significa isto que a lei, na sua pretensão de evidenciar os perigos de abuso nos casos das sociedades unipessoais, consagrou, no referido artigo, a exigência de uma autorização escrita no documento que formaliza a constituição ou nos estatutos da sociedade, para a realização de negócios entre o sócio único e a própria sociedade para que haja transparência nas relações contratuais⁸³. Pretendeu, o legislador, evitar, desta forma, a confusão do património social

⁸³ Fátima Ribeiro, 2012, pp. 376-391, tenta analisar a utilização do art. 270º-F do CSC à luz da realização de negócio consigo mesmo, consagrado no art. 261º do CC. O negócio consigo mesmo é nulo, a não ser que o representado tenha expressamente consentido no mesmo ou se o próprio negócio excluir o conflito de interesses. Tentar ler o art 270º-F do CSC à luz de uma proibição do negócio consigo mesmo passa pela análise de dois pressupostos: 1 – que nestes negócios o sócio age simultaneamente por si e em representação da sociedade (o que, formalmente, nem sempre se verifica); 2 – existência de conflito entre o interesse do sócio único e o interesse da sociedade. Quanto ao primeiro, só se pode fazer tal afirmação quando o sócio único seja também único gerente. No entanto pode afirmar-se que, não sendo ele gerente, poderá condicionar a atuação do gerente para que esta sirva os seus interesses pessoais. Quanto ao segundo, só podemos afirmar que a atuação do representante está a submeter os interesses da sociedade aos interesses do sócio único, se admitirmos que esses

com o património pessoal do sócio⁸⁴. Atentando as palavras de Ricardo Costa (2002), p. 686, este artigo é uma tentativa de proteger a própria SUQ e os credores “relativamente a possíveis prevaricações do sócio único.” Uma tal norma com a pretensão de proteger terceiros contra uma possível lesão provocada pelo sócio, deve ser vista como a intenção que o direito pretende cumprir. Quer isto dizer que, esta norma deve ser objeto de uma interpretação teleológica e aplicada a situações idênticas não expressamente mencionadas, abarcando todas aquelas situações em que se possa admitir a derrogação do princípio da separação patrimonial⁸⁵ e também casos de subcapitalização da sociedade, nos termos já analisados⁸⁶. Ricardo Costa, *ob. Cit.*, p. 693, chega mesmo à conclusão de que examinada a *ratio* do art. 270º-F, n.º 4, do CSC será legítimo elevar a norma “a norma central de uma *disciplina geral dos abusos do sócio único* em sede de SQU, na perspectiva de um preceito atributivo de responsabilidade pessoal e ilimitada.”⁸⁷. Também a subcapitalização poderá ser um fenómeno observado, ainda com maior evidência e frequência, nas SUQ. Quer-se com isto dizer que, sendo o sócio o único detentor das participações sociais e sendo ou não ele próprio o gerente da sociedade (mesmo que o não seja a ele cabe a nomeação do gerente e sua destituição), havendo um certo prolongamento do seu património ao património da sociedade, então verificar-se-á mais facilmente uma subfaturação na sociedade unipessoal. Se o sócio recorrer a um empréstimo seu pessoal à sociedade para suprir as dificuldades de liquidez verificadas,

interesses não são coincidentes. A *ratio* da norma exclui a “identidade entre o interesse da sociedade e o interesse do sócio único”. Não podemos esquecer que o objetivo do sócio é obter o máximo lucro possível através da pessoa coletiva – lucro que só é distribuível, deduzidas que sejam as dívidas do exercício e compensadas as perdas. Pode também o sócio ter interesses pessoais que entrem em conflito com os seus interesses enquanto sócio. Chega-se, assim, à conclusão que não se pode aqui configurar uma proibição do negócio consigo mesmo, até porque os negócios entre o sócio único e a SUQ estão autorizados verificados que sejam determinados requisitos, tendo como consequência do incumprimento a nulidade do negócio.

⁸⁴ Cfr. Ricardo Costa (2002), pp. 678-686.

⁸⁵ A este respeito veja-se o que diz Menezes Cordeiro (2011), p. 786, “Na sociedade unipessoal por quotas o legislador criou um regime especial de apertado controlo e transparência que visa permitir aos credores sociais a verificação do respeito pelo princípio da separação de patrimónios e precaver possíveis abusos ou favorecimento do sócio único em detrimento da sociedade, sancionando a sua violação com a responsabilidade ilimitada do sócio. O risco que se pretende acautelar é o de confusão do património pessoal do sócio com o património da sociedade (...).”

⁸⁶ Cfr. Ricardo Costa, *Ob. Cit.*, pp. 689-690.

⁸⁷ Quanto à confusão de patrimónios Ricardo Costa, *ob. Cit.*, pp. 697-698 refere o tratamento dado pela doutrina Italiana com referência a uma decisão do Tribunal de Ferrara. Decisão esta que não foi tomada no âmbito das sociedades unipessoais, uma vez que a sociedade em causa era de responsabilidade limitada mas não unipessoal, no entanto a decisão do tribunal “recorre ao espírito da normatividade da SQU.” *Apud Tribunal de Ferrara, de 7 de Março de 1994*, em que foi decretada a responsabilidade ilimitada do sócio gerente que, apesar de deter 50% do capital, detinha o domínio absoluto da gestão social, agindo como se a sociedade fosse sua. Efetuando pagamentos de débitos da sociedade com dinheiro próprio e ficando com dinheiro pertencente à sociedade. “Pelo que a descrita situação de despotismo do sócio justificou, porquanto não duvidou o tribunal da utilização da sociedade como máscara para a actividade empresarial *substancialmente* individual, indicada fundamentalmente pela absoluta fusão entre o património do sócio e o património da sociedade, a ruptura *in casu* da fruição da limitação da responsabilidade, submetendo o sócio de responsabilidade limitada à regra da lei falimentar prevista para os sócios de responsabilidade ilimitada.” Desta forma, decidiu o tribunal aplicar a desconsideração da personalidade jurídica societária e atingir diretamente o sujeito que a utilizou abusivamente.

certo é que este tem pleno poder para decidir quando e de que forma esse montante lhe será restituído ainda que isso afete ou agrave a situação financeira da sociedade. Torna-se desta forma mais aliciante recorrer ao empréstimo pessoal ou a suprimentos em detrimento dos aumentos de capital que seria o caminho correto a percorrer⁸⁸. Conclui a este respeito, o autor, *ob. Cit.*, pp. 708-709, que tanto na hipótese de subcapitalização formal como na material se exige o respeito pela vantagem da limitação da responsabilidade e pela separação patrimonial devendo sempre o sócio providenciar para a SUQ um património adequado e suficientemente consistente. Parece que a existência de uma alargada discricionariedade nas decisões acerca do modo de financiamento da sociedade, dada ao sócio único pode levar a uma

“notória e abusiva subcapitalização da SQU (...) julgamos que esse será sempre um indício que deve ser inserido (ou acompanhado) por outras circunstâncias que qualifiquem uma débil situação económico-financeira da sociedade provocada por (outros) comportamentos que violem, em particular, a ratio das normas respeitantes à conservação do capital social. Se assim for, haverá razão para reivindicar a superação do abrigo societário.”

No ordenamento jurídico Espanhol, a lei das sociedades anónimas de 1951⁸⁹ não só não admite a constituição de sociedades anónimas unipessoais *ab initio* como também revela muitas reservas relativamente à sua constituição superveniente. Sendo que considera tal situação como irregular e transitória e admissível apenas enquanto existir a possibilidade de reposição da pluralidade de sócios. Completa-se esta situação de suspeita e transitoriedade (da sociedade anónima unipessoal superveniente) no que à responsabilidade do sócio único por dívidas da sociedade diz respeito. Quer isto dizer que se pretende evitar que através da utilização abusiva da sociedade unipessoal em prejuízo de terceiros haja uma rutura dos princípios da boa-fé e da verdade jurídica. Desta forma, a doutrina divide-se e, por um lado, há quem entenda que a concentração das ações num único sócio origina automaticamente a sua responsabilidade ilimitada (por entenderem que desta forma se transforma em empresário em nome individual, não podendo usufruir do benefício da responsabilidade limitada); por outro lado, há quem entenda que o domínio efetivo da sociedade não produz a necessária separação entre propriedade e risco, que seria o fundamento da limitação da responsabilidade⁹⁰. A determinação da responsabilidade por dívidas da sociedade do sócio único permaneceu na dependência das decisões jurisprudenciais através da aplicação da doutrina do levantamento do véu societário. Diz-nos aliás Boldó Roda (2000), p. 363, que “se

⁸⁸ Cfr. *Idem, ibidem*, pp. 704-705.

⁸⁹ Hoje no texto refundido do Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de Julio; disponível em: <http://noticias.juridicas.com>. Último acesso a 30-01-2014.

⁹⁰ Cfr. Boldó Roda (2000), pp. 361-362

llega a considerar una de las expresiones más típicas de levantamiento del velo de la sociedad de un solo socio, por cuanto en ella es patente la coincidencia de intereses entre sociedad y sustrato personal de la misma.”

Também de importância se configura a questão dos grupos de sociedades em que a sociedade-mãe detém 100% do capital da sociedade-filha, ou seja, onde existe um domínio total da primeira sobre a última. Refere Rita Terrível (2012), p. 936, que é no domínio dos grupos societários que se coloca a questão do levantamento da personalidade jurídica com maior “acuidade”. E coloca-se naqueles casos em que

“a sociedade-mãe se aproveita da sociedade-filha para realizar, em nome desta, negócios com elevado risco empresarial, transpondo assim, totalmente, o risco para os credores sociais da sociedade-filha, devido ao princípio da responsabilidade limitada.”

Vamos limitar o nosso estudo, no que toca aos grupos societários, aos grupos que se encontram em situação de domínio total. Isto porque se trata da situação que mais concretamente poderá levar a situações de abuso em que se torne necessário o recurso ao instituto objeto do nosso estudo. Situações há em que, numa relação de domínio, a sociedade dominante não respeita o princípio da separação patrimonial entre ela e as sociedades por si dominadas, caso em que, veremos, poderá ser necessário recorrer à desconsideração da personalidade jurídica (não podemos, no entanto, olvidar a aplicação do regime legal previsto para as sociedades em relação de domínio e que o legislador teve o cuidado de prever através de normas plasmadas do CSC, como já vimos).

De facto, e como já tivemos oportunidade de referir, o legislador não descurou a proteção das sociedades que se encontram em relação de domínio – fê-lo, nomeadamente, através de normas como o art. 501º do CSC. Sendo que através deste artigo o legislador consagrou a responsabilidade pessoal e ilimitada da sociedade-mãe. Nas palavras de Rita Terrível (2012), pp. 959-961, tal responsabilidade é ilimitada “num triplo sentido.” Primeiramente porque não se discrimina que dívidas são estas, pelo que parece que a sociedade-mãe deverá assumir a responsabilidade de quaisquer dívidas da sociedade dominada, seja qual for a sua natureza jurídica. Segundo e, de acordo com o estatuído no nr.º 1 do predito artigo, a responsabilidade da sociedade-mãe abrange tanto dívidas contraídas antes como depois da celebração do contrato de subordinação. Depois também e, na opinião da autora, porque poderá a sociedade-mãe ser responsabilizada, “quer pelas dívidas sociais das suas filhas, quer pelas das suas netas, desde que estejam preenchidos os requisitos do artigo 501º.” Tratando-se de uma norma que pretende proteger os credores e não a própria sociedade, ressalta daqui que o crédito será

integralmente cumprido pela sociedade-mãe, em todas as suas vertentes (prestação principal e todas as suas consequências legais e contratuais). Para que haja a aplicação do instituto, tal como acontece entre a sociedade e os seus sócios, também, nas sociedades em relação de domínio total, terá de existir uma impossibilidade de distinguir entre o património da sociedade-mãe e o da sociedade-filha. Rita Terrível, *ob. Cit.*, p. 983, define o abuso de personalidade coletiva como aquelas situações em que

“um sócio ou uma sociedade tem o exercício inadmissível da posição jurídica em que se encontra, tentando as pessoas físicas prejudicar a sociedade ou terceiros através da atuação sob a veste da pessoa coletiva ou uma sociedade prejudicar outra ou terceiros.”

Ora para que se torne legítimo recorrer à desconsideração da personalidade jurídica é necessário que se verifique a ocorrência de um dano. Ora, o que se pretende com tal afirmação será tão-somente dizer que não basta que se verifique a utilização abusiva da personalidade coletiva, será imprescindível que com tal utilização se provoque um dano. Entre o dano que se causa e o ato praticado deverá ainda existir um nexo de causalidade. No caso teria de existir um nexo de causalidade entre as perdas da sociedade-filha e o controlo praticado pela sociedade-mãe⁹¹. Coloca-se, desta forma aqui, a questão de quando é que vamos poder aplicar a desconsideração no caso das sociedades em relação de domínio. Considerando as palavras de Rita Terrível (2012), pp. 993-999, podemos perceber que, no entendimento da autora, só poderá aplicar-se o instituto em causa quando haja abuso da autonomia pessoal ou quando haja abuso da autonomia patrimonial. Sendo que há abuso da autonomia pessoal quando se torna complicado discernir quem será a autora dos atos praticados. Passa a resolução pela imputação da responsabilidade à sociedade dominante “por via da instrumentalização da sociedade dependente.” Já no que ao abuso da autonomia patrimonial e do princípio da responsabilidade limitada diz respeito a autora identifica casos de subcapitalização material originária, abuso da personalidade coletiva e abuso de terceiros e, por último, a confusão de esferas jurídicas. Há subcapitalização material originária quando a sociedade dependente é constituída com “capital insuficiente para a atividade que se destina a executar.” Pretende-se com tal situação a “desproporção entre o risco e os lucros a obter: os lucros conseguem-se correndo o risco empresarial por conta dos credores sociais e não por conta do património social (...).” No entanto é relativamente aos credores involuntários (aqueles que não tiveram oportunidade de antever os riscos da relação creditícia) que se coloca afincadamente a hipótese de responsabilizar a sociedade dominante por colocar o risco

⁹¹ Cfr. Rita Terrível (2012), p. 984

do lado de tais credores, pretendendo com isso obter vantagens. O abuso da personalidade coletiva e de terceiros está patente em situações em que a sociedade dominante abusa da posição que detém relativamente à sua dependente. Esta forma de abuso passa pela mesma forma que o abuso de personalidade coletiva perpetrado pelas pessoas singulares enquanto sócios de uma determinada sociedade, sendo que no caso das sociedades em relação de domínio se transfere a responsabilização, não para os sócios, mas antes para a sociedade dominante que abusa, desta forma, da sua posição jurídica com prejuízo da sociedade dominada ou de terceiros. Reconhece-se a situação de confusão de esferas jurídicas quando a sociedade dominante, em claro desrespeito pelo princípio da separação patrimonial, confunde o seu património com o da sociedade dominada. No fundo e, conforme vimos, o que acontece neste campo de atuação é nada mais do que uma transposição dos abusos e suas consequências analisadas relativamente aos sócios de uma sociedade de responsabilidade limitada e aqui aplicados à sociedade dominante.

Expostas que foram, até aqui, as questões mais ou menos consensuais e tratadas tanto pela doutrina como pela jurisprudência, coloca-se um outro problema, consideravelmente menos abordado, mas com alguma implicância no âmbito do nosso estudo. Há já autores que questionam o uso dos acordos parassociais e a possibilidade de se aplicar, no seu escopo, a desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se de uma questão ainda pouco explorada que gostaríamos de não deixar passar sem referência neste nosso estudo, embora de uma forma deveras resumida.

Os acordos parassociais nada mais são do que contratos celebrados pelos sócios entre si (entre todos os sócios ou apenas entre alguns sócios). O CSC admite a celebração de tais acordos pese embora com algumas limitações. Ora não será de estranhar que existam tais limitações, uma vez que não poderia o legislador admitir alterações profundas ao pacto social (aquele que é conhecido de quem contrata com a sociedade, quanto mais não seja, através do registo). No caso alemão, por exemplo, são admissíveis os acordos parassociais, muito embora a nível de direito de voto, mas com alguns limites impostos pelo legislador (que proíbe a compra de votos), sendo que não podem os acordos, relativos ao direito de voto, ser contrários aos deveres de lealdade entre os acionistas⁹². Tais acordos não são oponíveis à própria sociedade por se tratar de acordos de âmbito obrigacional que apenas obrigam quem os celebra – pese embora que, caso o estabelecido no acordo, não seja cumprido não se admite execução

⁹² A este respeito Cfr. Menezes Cordeiro (2011), pp. 693-695

específica⁹³ do mesmo nem é este motivo para uma ação de anulação da deliberação social (daí que muitas vezes os próprios acordos contenham cláusulas penais para o caso de incumprimento⁹⁴). Ademais refere Olavo Cunha (2012), p. 173, que estes acordos se justificam pela vontade dos sócios de regularem determinadas matérias que não pretendem que venham a ser do conhecimento geral. Não podem, no entanto, as cláusulas constantes dos acordos parassociais violar normas legais imperativas⁹⁵.

A questão de enfoque no nosso estudo relativamente a esta matéria dos acordos parassociais foi a proposta feita por Carneiro da Frada⁹⁶ – apenas no que diz respeito aos acordos omnilaterais (i.e. celebrados por todos os sócios) -, e que se refere ao facto de podermos ou não considerar que estamos perante uma nova situação em que se pode aplicar a desconsideração da personalidade jurídica. Carneiro da Frada (2011), p. 138, entende que não pondo o acordo parassocial omnilateral (portanto celebrado por todos os sócios de uma determinada sociedade), em causa os direitos dos sócios minoritários nem de terceiros que se relacionam ou possam vir a relacionar com a sociedade, fica desprovida de sentido a imposição das normas jus-societárias aos subscritores do acordo. O autor, *ob. Cit.*, p. 158, entende que há desconsideração da personalidade jurídica, quando se trate de um acordo parassocial omnilateral que não coloque em causa os interesses de terceiros, sempre que haja conflito entre as cláusulas contratuais e as normas jus-societárias. Sendo que, neste sentido, os sócios que celebrem o acordo não podem posteriormente usar a personalidade jurídica da sociedade para justificar o incumprimento do mesmo. O que o autor, *ob. Cit.*, pp. 160-161, nos vem propor será que, sendo os acordos subscritos por todos os sócios, sobrepondo-se as cláusulas neles constantes às regras jus-societárias e, não havendo outros interesses que se possam sobrepor aos dos sócios, vamos poder aplicar a desconsideração aos acordos sempre que os sócios os não cumpram.

Na nossa opinião, não deixa esta de ser uma questão deveras interessante. Apesar disso necessita de uma análise mais aprofundada para que se possa perceber se será, de facto,

⁹³ Pese embora que Pereira de Almeida (2011), p. 344 defende a possibilidade de haver execução específica dos acordos parassociais – uma vez que, na sua opinião, o art. 17º apenas prevê a inoponibilidade dos acordos à sociedade que não o subscreveu, tornando assim possível a “realização coactiva da prestação, nos termos gerais (...)” Em contraponto com a opinião de Menezes Cordeiro (2011), p. 702, que entende que, contrariamente ao que acontece no direito alemão, a execução específica dos acordos parassociais não é possível.

⁹⁴ Até mesmo porque, conforme refere Pereira de Almeida (2011), p. 343, em caso de incumprimento do acordo torna-se difícil provar que advém do seu incumprimento. Denota-se, aliás, esta dificuldade pelo facto de a nossa jurisprudência votar a sanção do incumprimento aos institutos civis da responsabilidade, i.e., a indemnização por prejuízos causados.

⁹⁵ Sendo que, caso se verifique tal situação, aplicar-se-á o regime da invalidade dos negócios jurídicos regulado no CC – art. 294º. A este respeito veja-se Olavo Cunha (2012), p. 175.

⁹⁶ Cfr. Carneiro da Frada (2011), pp. 121-161

admissível que as regras parassociais, nos termos enunciados, se possam sobrepor às regras jus-societárias. Para quem entenda que sim, então fará sentido que, tal como entende Carneiro da Frada, se possa aplicar a desconsideração sempre que os sócios não cumpram as cláusulas entre si acordadas através dos acordos parassociais omnilaterais.

Em jeito de conclusão relembremos as palavras de Ricardo Costa (2002), p. 672, que entende que com a formulação de um tal instituto, admite-se ser possível encontrar os sujeitos que foram os reais autores do ato abusivo e que subverteram o “esquema societário”. Ressalta, o autor, a ideia de que não existe um princípio geral “que possa servir de guia ordinário” para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Retira-se, no entanto, que sempre que se desrespeitem “as condições de utilização da sociedade comercial”, não se conformando a atuação social com uma atuação legítima quanto à existência de uma pessoa jurídica independente e distinta dos seus sócios, então torna-se necessário penetrar o substrato da pessoa coletiva afastando a sua personalidade e atingindo diretamente os seus sócios, tornando-os ilimitadamente responsáveis pelas dívidas contraídas.

4.2 A Jurisprudência

Temos, ao longo deste estudo, referido que a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais se reconduz aos estudos doutrinários e à aplicação jurisprudencial. Vimos, até aqui, o que entende a este respeito a nossa doutrina e quando se considera que o referido instituto deverá ser aplicável. Resta-nos então, agora, verificar, apenas a título exemplificativo, algumas aplicações feitas pela jurisprudência, não apenas nacional mas também noutros ordenamentos jurídicos⁹⁷. Relativamente àquelas situações em que há um claro abuso da personalidade jurídica da pessoa coletiva, temos o acórdão do **Tribunal da Relação do Porto** de 13 de maio de 1993, pp. 199-201. Neste acórdão temos um trespasse de estabelecimento comercial feita por dois dos réus aos outros dois réus em prejuízo dos autores. Os dois réus são pais dos outros dois réus e dos autores da ação – criaram a sociedade com o fim de realizar o trespasse do estabelecimento sem que para

⁹⁷ Veja-se ainda as referências feitas por alguns autores relativamente à aplicação do instituto na jurisprudência nacional – Catarina Serra (2009), pp. 120-121; Salreta Pereira (2011), pp. 69-77.

isso os autores (também seus filhos) dessem o consentimento⁹⁸. Recorrendo às palavras de Paulo Chaveau, refere-se no acórdão que há suscetibilidade de se recorrer à desconsideração da personalidade jurídica “sempre que uma das partes interpõe, contra ela e o seu antagonista, a ficção da personalidade para deter o curso normal e o jogo regular de uma disposição legislativa.” O que aqui acontece é que se fez uso da sociedade para “mascarar uma situação; ela serve de véu para encobrir uma realidade.” Neste caso o que os réus pretenderam com a criação da sociedade foi realizar um negócio jurídico que, não sendo realizado através da sociedade, seria anulável por falta de consentimento⁹⁹. Assim entendeu o tribunal que se justifica o desconhecimento da personalidade jurídica da sociedade, considerando-se o trespasse feito aos réus (filhos), sendo o mesmo, conseqüentemente, anulado. Também no **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça** de 19 de fevereiro de 2013 (relator: Pinto Hespanhol), se prefigura a utilização abusiva da personalidade coletiva de várias sociedades com o intuito de celebrar sucessivos contratos de trabalho a termo certo com o mesmo trabalhador sem que os ditos contratos se transformassem em contratos por tempo indeterminado¹⁰⁰.

A questão de descapitalização provocada com constituição de uma outra sociedade com intenção de prejudicar os credores da sociedade inicial, pode ser vista, por exemplo, no **Acórdão do TR de Évora** de 21 de maio de 1998, pp. 258-262, em que os réus constituíram uma sociedade, contraíram dívidas em nome dessa mesma sociedade e posteriormente constituíram uma segunda sociedade com objeto idêntico, a funcionar no mesmo local e para a qual transferiram o património da primeira. Diz-nos o julgador que, sendo a sociedade dotada de personalidade jurídica cabe aos seus sócios e gerentes/administradores agir com diligência de um gestor criterioso no interesse da sociedade em cumprimento do disposto no art. 64º do CSC. Prossegue com a ideia de que “a utilização da personalidade jurídica societária para subtrair o património à garantia geral e comum dos credores configura abuso de direito previsto no art. 334º do C. Civil.” Concluindo que o comportamento dos sócios em causa, ao descapitalizarem a sociedade de modo a esta ficar impossibilitada de prosseguir o seu objeto social e constituírem, posteriormente, nova sociedade com objeto idêntico e para a qual transferiram a património da primeira, constitui abuso de direito gerando,

⁹⁸ Como sabemos, nos termos previstos pelo art. 877º do CC, a venda de pais a filhos carece do consentimento dos restantes filhos. A utilização da pessoa coletiva é uma forma de ultrapassar esta exigência, uma vez que, desta forma, a venda ou mesmo o trespasse, é feito à sociedade e não aos filhos.

⁹⁹ Por força do art. 877º do CC e também do art. 939º do CC

¹⁰⁰ A sucessão de contratos de trabalho a termo certo é, como sabemos, permitida pela legislação laboral com determinados limites – Cfr. Art. 143º do CT

consequentemente, o direito dos credores a serem indemnizados. Neste sentido, também o **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto** de 15 de outubro de 2001, pp. 215-218, nos dá conta de um caso em que os sócios de uma sociedade constituíram uma segunda sociedade a funcionar no mesmo local que a primeira, com objeto idêntico e operando com os mesmos funcionários, incumprindo o dever de apresentar a primeira à insolvência e com isso prejudicando os credores desta. Entende aqui o julgador que a atuação dos sócios gerentes da primeira sociedade, ao criarem a segunda nos termos que o fizeram, atuaram com abuso do direito da personalidade coletiva, sendo, neste sentido, legítimo “derrogar o princípio da separação entre o ente societário e as pessoas que em nome e representação dela actuam.” Em conclusão pode decretar-se o arresto dos bens dos sócios para pagamento das dívidas da sociedade após a aplicação a esta da desconsideração da personalidade coletiva. No caso da subcapitalização superveniente encontramos um outro caso analisado à luz do instituto da desconsideração da personalidade coletiva. Trata-se do **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa** de 29 de março de 2012, pp. 107-112. Os sócios da sociedade ré delapidaram e transferiram todo o património da sociedade para outras sociedades em prejuízo dos credores. Foi o caso analisado, como foi já referido, colocando a questão de se poder ou não usar a desconsideração da personalidade jurídica responsabilizando, desta forma, o património dos próprios sócios para satisfação do crédito da autora da ação.

No domínio abusivo de uma sociedade sobre outra que leva à confusão de patrimónios entre ambas as sociedades e, também, à descapitalização da sociedade dominada temos o **Acórdão da Relação de Lisboa**, de 3 de março de 2005 (Relator: Gil Roque). Neste caso, temos uma sociedade (3ª Ré) que de forma oculta administra a sociedade descapitalizada (1ª Ré), com “manifesto abuso institucional da responsabilidade limitada das referidas sociedades, e em especial da 1ª Ré, resultando daí dano para a Autora (...)”. Desta forma, julgou aplicável a desconsideração da personalidade da 1ª Ré quanto à limitação da sua responsabilidade e, assim, condena-se a 3ª Ré à responsabilidade subsidiária pela dívida.

Na questão da confusão de patrimónios com prejuízo grave para os credores da sociedade temos o **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa**, de 31 de maio de 2011, pp. 102-109 – várias sociedades em que os réus detinham o poder de administração e decisão (em todas), todas elas utilizam de forma indistinta o mesmo número de telefone, fax e os mesmo empregados, funcionam inclusive nas mesmas instalações como uma unidade económica – o que, conclui o julgador, “levará a que as fronteiras da autonomia patrimonial de cada uma das sociedades se tornem fluidas.” No caso em apreço, a confusão de patrimónios entre as várias

sociedades é tal que a sociedade que adquiria as matérias-primas não era a mesma que recebia o produto final fornecido às grandes superfícies. Conclui o julgador pela desconsideração da personalidade coletiva de todas as sociedades e responsabilização direta dos seus sócios e gerentes. Exemplo de casos em que se verifica a confusão de esferas jurídicas é igualmente o **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa** de 11 de maio de 2006 (Relator: Manuela Gomes). Com a confusão de patrimónios aqui prefigurada a Ré, “procura iludir os seus próprios credores.” Confusão que, nos termos do acórdão, “entra em conflito com a boa-fé, traduzindo um *venire contra factum proprium* (...).” Assim, é possível analisar este caso á luz da desconsideração da personalidade jurídica da pessoa coletiva, condenando o sócio-gerente da Ré a pagar solidariamente com esta a dívida à autora.

No caso francês temos, por exemplo, a decisão do Supremo Tribunal no caso *Katranis C. Construction Canalex Inc.* (2010 QCCS 4464)¹⁰¹. Caso este em que os autores demandam da ré o pagamento de uma determinada quantia para compensação de danos diversos causados pela incompleta e deficiente conclusão de um contrato de renovação e construção. Para além da ré principal demandam igualmente o acionista único e duas outras sociedades de que este detém total controlo. O Julgador equaciona a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, clarificando que a utilização de diversos entes jurídicos para atingir os mesmos objetivos pode justificar a utilização do instituto. No processo invocam mesmo os autores que a sociedade é usada como uma espécie de *alter-ego*, uma vez que é com o acionista único que os clientes contratam “l’on entend que la compagnie liée à son actionnaire qu’elle n’en este n réalité que le reflet, le conduit de celui-ci.” Tendo o réu – acionista único – confessado recorrer a outras sociedades para pagar aos seus advogados e provada, assim a confusão de patrimónios existente bem como a utilização abusiva da personalidade jurídica, conclui o julgador pela desconsideração:

“Analysant la preuve présentée devant elle, la juge en vient à la conclusion que divers personnes morales sont ici utilisées de manière interchangeable et qu’il est approprié de lever le voile corporatif”

Exemplo da aplicação e até mesmo do estabelecimento das bases da doutrina do levantamento do véu societário no ordenamento espanhol é a sentença de 28 de maio de 1984 do 1º Tribunal

¹⁰¹ Retirado do artigo 2010 - *La partie qui utilise des compagnies de manières interchangeables donne ouverture à la levée du voile corporatif*. Disponível em: <http://www.blogueducl.com>, último acesso a 24-01-2014.

Supremo¹⁰². E é de novo este Tribunal que aplica a referida doutrina noutra sentença de 3 de janeiro de 2013 “(ponente, D. Ignacio Sancho Gargallo) – a sentença, por um lado explicita em que consiste a doutrina do levantamento do véu da sociedade comercial e, por outro lado, releva o conteúdo da questão que dá azo à aplicação da doutrina. No caso que mencionamos, a sociedade devedora realizou uma cisão parcial, transferindo o seu património para a nova sociedade (com prejuízo de terceiros e utilizando a personalidade jurídica da sociedade abusivamente). Posteriormente a sociedade devedora e cindida mudou o seu nome para adquirir ações de uma terceira sociedade, fazendo nova cisão parcial. O tribunal decidiu aqui pelo levantamento do véu societário justificando a decisão no facto de se tratar de um esquema societário com o intuito de prejudicar terceiros e condenando as sociedades a responderem solidariamente pela dívida reclamada¹⁰³. Numa outra sentença encontramos exemplo da aplicação da doutrina a um caso em que uma sociedade descapitalizada age como se fosse a contratante sendo que, na verdade, a contratante é outra sociedade – que efetivamente realiza a obra, incumprindo os prazos e cumprindo defeituosamente a obra. Nesta sentença de recurso o tribunal limita-se a reafirmar o levantamento do véu societário já declarado na sentença recorrida¹⁰⁴.

¹⁰² Cfr. José Miguel Embid Irujo (2013 – La Persistencia del levantamiento del Velo). Disponível em: http://commenda.es/actualidad_interior/134/LA-PERSISTENCIA-DEL-LEVANTAMIENTO-DEL-VELO, último acesso a: 24-01-2014.

¹⁰³ Cfr. *Idem, ibidem*.

¹⁰⁴ Cfr. Sentença do Tribunal Supremo – Madrid, STS 4096/2013; ponente: Xavier O’Callaghan Muñoz

5 Mecanismos de Proteção dos Credores

A análise feita ao longo de todo o nosso estudo abarca já as situações não plasmadas na lei mas das quais os credores podem lançar mão para que não sejam prejudicados pelas ações dos sócios. A nossa lei não é, no entanto, totalmente omissa quanto à proteção de terceiros que possam ser lesados pela ação dos sócios, dos gerentes e dos administradores das sociedades. Desta forma resta agora referir as normas que podemos encontrar no CSC que prefiguram de certa forma a desconsideração da personalidade das sociedades assim como outras normas que pretendem proteger terceiros da ação lesiva dos sócios.

Pese embora o nosso estudo se foque essencialmente nas sociedades de responsabilidade limitada, o certo é que sociedades há em que os sócios assumem uma responsabilidade ilimitada, como será o caso das sociedades em nome coletivo¹⁰⁵ e o caso dos sócios comanditados, nas sociedades em comandita. Já nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas há uma limitação da responsabilidade dos sócios relativamente à sociedade, sendo que a garantia dos credores sociais se restringe ao património social, exceção feita aos casos em que os sócios avalizem as dívidas da sociedade ou que, nas SQ, assumam responsabilidade direta nos termos do art. 198º do CSC. Tanto assim é que, se invertermos a situação obtemos o mesmo resultado. Isto é, se falarmos na situação dos credores particulares dos sócios e questionarmos se estes podem recorrer ao património social para pagamento da dívida, chegamos à conclusão que o direito destes relativamente à sociedade é limitado. Resulta da atribuição de personalidade jurídica às sociedades que o património social (sendo autónomo) não responde perante os credores dos sócios. O mesmo acontece relativamente às sociedades civis – se atendermos às normas do CC verificamos que o art. 999º¹⁰⁶ sublinha o facto de o credor ser obrigado a executar primeiro o património do sócio (que será o devedor) e só depois poder executar o direito dele aos lucros e à quota de liquidação. Não pode ainda assim, o credor socorrer-se dos bens societários o que pode fazer é pedir a liquidação da quota do devedor – parece haver aqui uma certa proteção da sociedade relativamente aos credores particulares dos sócios. Ora prevendo-se este regime para as sociedades civis, nada mais

¹⁰⁵ Art. 175º do CSC, a responsabilidade dos sócios é subsidiária em relação à sociedade e solidária em relação aos outros sócios.

¹⁰⁶ Art. 999º do CC “1 – Enquanto se não dissolver a sociedade, e sendo suficiente outros bens do devedor, o credor particular do sócio apenas pode executar o direito deste aos lucros e à quota de liquidação. 2 – Se os outros bens do devedor forem insuficientes, o credor pode exigir a liquidação da quota do devedor nos termos do artigo 1021º.”

lógico do que as sociedades comerciais funcionarem da mesma forma. Podemos antever tal regime na própria atribuição de personalidade jurídica às sociedades (art. 5º do CSC) que as torna entes autónomos de deveres e obrigações¹⁰⁷. Refere ainda Menezes Cordeiro (2011), p. 87, quais as consequências desta atribuição, nas quais encontramos também esta questão,

“(...) d) os credores individuais do sócio não podem responsabilizar os bens da sociedade: só a participação social; e) o sócio não pode dispor dos bens da sociedade: só da sua participação social; (...)”.

Fruto da atribuição de personalidade jurídica às sociedades é, como já vimos, a limitação da responsabilidade dos sócios perante dívidas sociais – questão esta que pode, apesar disso, ser ultrapassada dentro de determinados limites. Isto coloca-se no regime das sociedades por quotas que permite que os sócios se responsabilizem por dívidas da sociedade desde que o façam por escrito no próprio contrato da sociedade e definam o montante até ao qual se responsabilizam e se a responsabilidade é solidária ou subsidiária com a sociedade¹⁰⁸. Pode, igualmente, a limitação da responsabilidade ser ultrapassada convencionalmente através de garantias pessoais dos sócios à sociedade. Vamos no entanto ver a questão da responsabilidade dos sócios e dos gerentes e administradores de seguida mais pormenorizadamente, passando antes pelas normas de proteção de terceiros que podemos encontrar no CSC.

5.1 Normas Legais para Proteção de Terceiros Lesados

Apesar de escassas, o certo é que encontramos no código normas legais que protegem terceiros lesados, ou seja, normas que permitem responsabilizar ilimitadamente os sócios que agiram lesivamente, aplicando desta forma o recurso à desconsideração da personalidade jurídica da pessoa coletiva diretamente. É certo que encontramos norma idêntica também no CIRE (no âmbito da insolvência das sociedades), no entanto, não vamos aqui deter na análise de tal norma, ficando apenas pelas normas plasmadas no CSC.

¹⁰⁷ Cfr. Ferrer Correia (1992), pp. 550-554.

¹⁰⁸ Cfr. Art. 198º do CSC.

No domínio das sociedades unipessoais encontramos, por exemplo, o artigo 84º do CSC¹⁰⁹ que é, no fundo, uma concretização da aplicação da desconsideração. Prevê o legislador, neste preceito, a responsabilidade ilimitada do sócio único que tenha agido ilícita e culposamente para a declaração de insolvência da sociedade em causa. Parecem emergir do preceito supramencionado três requisitos para que possa ser aplicado, são eles: a unipessoalidade, que parece aqui ter de ser superveniente; o não cumprimento, por parte do sócio único, do princípio da separação patrimonial e; a declaração de insolvência da sociedade¹¹⁰. Quanto à unipessoalidade, o artigo 84º do CSC parece prever que seja superveniente, embora o n.º 2 do artigo 7º *in fine* do CSC, admita que a unipessoalidade possa ser originária. O principal efeito da aplicação do preceito será o facto de resultar no afastamento do importante princípio da responsabilidade limitada do sócio. Pretende-se com isto que, alguém que se torna único sócio de uma determinada sociedade, não aja como se ele próprio e a sociedade fossem uma única entidade, misturando desta forma, as esferas jurídicas. Não pode o sócio, em tais circunstâncias, pretender unicamente beneficiar do princípio basilar da responsabilidade limitada para seu proveito próprio. A principal ideia que aqui sobressai é a de que se pretende com este artigo penalizar¹¹¹ aquele que, concentrando em si todas as quotas ou ações de uma sociedade, sempre que este aja com dolo na realização dos negócios, frustrando assim as normais expectativas e os direitos dos credores¹¹². Atendendo às palavras de Ricardo Costa (2010), p. 970, trata-se de uma norma verdadeiramente desconsiderante da personalidade jurídica¹¹³ “enquanto norma que derroga a autonomia jurídico-subjectiva e patrimonial da sociedade em face do sócio único remanescente com o efeito de o responsabilizar pelas dívidas da sociedade”.

Não é, no entanto, suficiente a unipessoalidade superveniente para aplicação da norma. Será igualmente necessário atender à conduta abusiva do sócio na utilização do património social. Significa isto que dever-se-á verificar uma utilização do património da sociedade como se

¹⁰⁹ Cfr. Artigo 84º do CSC “1 - Sem prejuízo da aplicação do disposto no artigo anterior e também do disposto quanto a sociedades coligadas, se for declarada falida uma sociedade reduzida a um único sócio, este responde ilimitadamente pelas obrigações sociais contraídas no período posterior à concentração das quotas ou das ações, contanto que se prove que nesse período não foram observados os preceitos da lei que estabelecem a afetação do património da sociedade ao cumprimento das respectivas obrigações. 2 - O disposto no número anterior é aplicável ao período de duração da referida concentração, caso a falência ocorra depois de ter sido reconstituída a pluralidade de sócios.

¹¹⁰ Cfr. A este respeito veja-se Catarina Serra (2009), p. 187; *idem*, (2009), p. 122.

¹¹¹ Cfr. *Idem, ibidem*, p. 122.

¹¹² Cfr. Ricardo Costa (2010), pp. 967-972.

¹¹³ Já Catarina Serra (2009), p.p. 122-123, considera que não se trata propriamente de desconsiderar a personalidade jurídica da pessoa coletiva, mas antes derrogar o benefício da responsabilidade limitada dos sócios. Pretende-se, com esta norma, apenas “afastar as características específicas que a convertem em certa pessoa colectiva ou jurídica – de afastar, em suma, aquela concreta pessoa colectiva ou jurídica.”.

fosse património seu pessoal¹¹⁴. A confusão deverá ser tal que deixa de ser possível distinguir o “sócio” da própria sociedade e, conseqüentemente deixa o património social, de ser suficiente para garantir os interesses dos credores. É aliás essencial que o património se torne insuficiente, por exigência do próprio artigo.

Para além da sociedade plural se tornar unipessoal e de haver confusão de património pelo sócio único, tem ainda de se verificar a declaração de insolvência da sociedade¹¹⁵. Declarada a sociedade insolvente, entra a mesma em liquidação – aqui terão os credores de ser pagos, verificando-se a insuficiência do património para efetuar tais pagamentos, demandar-se-á a responsabilidade do sócio, nos termos do CIRE.

Esta responsabilidade do sócio será uma responsabilidade pessoal e ilimitada (daí haver, com a aplicação do art. 84º, uma derrogação do princípio da responsabilidade limitada). O que não é, entre os vários autores, consensual é se esta responsabilidade deverá ser considerada solidária ou apenas subsidiária, até porque tal não é explícito no preceito legal. Na opinião de Catarina Serra, (2009), p. 187, a responsabilidade do sócio para com a sociedade será subsidiária; em sentido contrário entende Coutinho de Abreu (2013), p. 56, que a responsabilidade do sócio que se gera com a insuficiência culposa de património à data da declaração de insolvência, será solidária e não subsidiária; o mesmo entendimento nos dá Cassiano dos Santos (2009), p. 53 “(...) responsabilidade própria e solidária do sócio (...)”. Na nossa opinião a responsabilidade que se gera à declaração de insolvência da sociedade e provada a insuficiência culposa de património para pagamento das dívidas sociais, será solidária. Senão vejamos, o sócio que concentrou em si todas as quotas ou ações de uma sociedade, transformando-a em unipessoal, passa a usá-la com abuso da sua personalidade no intuito de beneficiar da responsabilidade limitada que a personalidade atribuída à sociedade lhe proporciona. O património da sociedade torna-se insuficiente para o pagamento das dívidas sociais contraídas pelo sócio em seu nome, sendo, desta forma, declarada a insolvência da sociedade. Provado que seja que a insuficiência do património foi culposamente provocada pelo sócio único, parece-nos lógico que o mesmo venha a responder

¹¹⁴ Cfr. Ricardo Costa (2010), p. 973. O autor dá-nos alguns exemplos da existência de confusão de patrimónios como, a “utilização dos imóveis e móveis da sociedade para satisfação de necessidades pessoais e familiares e vice-versa (nomeadamente quando a confusão se dá em relação à sede social/domicílio, locais de trabalho/locais da vida pessoal e familiar, trabalhadores da sociedade, linhas telefónicas e de fax, endereços eletrónicos); (...) apropriação-desvio de somas pecuniárias e ativos que pertencem à sociedade (...)”, entre outros.

¹¹⁵ Cfr. Catarina Serra (2009), p. 187, que diz parecer haver uma “presunção da contribuição do sócio, com o seu comportamento ilícito, para a insolvência da sociedade.”

solidariamente com a sociedade pelas dívidas (porquê excutir primeiramente o património social em vez de recorrer de imediato ao património pessoal do sócio?).

No que respeita às sociedades em relação de grupo encontramos também no código norma semelhante à preceituada no art. 84º. Falamos aqui do art. 501º do CSC, relativa às sociedades em relação de domínio total, aplicável por remissão do art. 491º do CSC¹¹⁶. Esta norma preceitua a responsabilidade da sociedade dominante para com as obrigações contraídas pela sociedade dominada. Também este artigo constitui uma derrogação do princípio da responsabilidade limitada, não sendo, no entanto, aplicada com base nos mesmos pressupostos do art. 84º do CSC. De acordo com Catarina Serra (2009), p. 124, a aplicabilidade desta norma “não depende do desrespeito pelas regras da afectação e separação patrimonial nem da insolvência.” A norma é sempre aplicável no intuito de proteger os credores da sociedade dominada e é desencadeada “pela simples ocorrência daquela situação de domínio e à margem do estado patrimonial da sociedade”. No caso concreto a própria lei admite que a sociedade dominante exerça sobre a sociedade dominada um poder de direção que pode, eventualmente, ser prejudicial a esta última. Desta forma tornou-se necessário “acautelar os interesses da sociedade subordinada, o interesse dos seus sócios e dos seus credores” Salreta Pereira, (2011), p. 63. A *ratio* de tal preceito tem a ver com o facto de a sociedade dominante poder, de certa forma, vincular a sociedade dominada em decisões que a prejudiquem e também os seus credores, daí que aquela deva ser considerada responsável pelos danos que sejam causados. Atendendo às palavras de Menezes Cordeiro (2011), p. 1295, a norma ressalta a ideia de que a sociedade totalmente dominante é responsável pelas dívidas da sociedade por ela dominada, sendo que tal responsabilidade é pessoal e ilimitada. O objetivo visado por esta norma é a proteção dos credores da sociedade que sendo subordinada é gerida de acordo com os interesses prosseguidos pela sociedade mãe. A título de interpretação teleológica da norma, conclui o autor com a ideia de que é reconhecido pelo legislador que de alguma forma cessa a existência dos

“valores que implicam a total separação de patrimónios. Embora não se ponha em crise a personalidade jurídica autónoma das duas sociedades, procede-se ao levantamento da personalidade colectiva para o limitado, mas importante, aspecto da responsabilidade por dívidas.”

A responsabilidade que é aqui assumida pela sociedade mãe, por força da aplicação das normas constantes do CSC, ocorre independentemente do exercício do poder de direção, ou

¹¹⁶ Cfr. O art. 501º, n.º 1 do CSC que diz “1 - A sociedade diretora é responsável pelas obrigações da sociedade subordinada, constituídas antes ou depois da celebração do contrato de subordinação, até ao termo deste.”

seja, totalmente independente da existência de culpa ou ilicitude no que toca ao contrair das dívidas¹¹⁷.

Uma outra norma desconsiderante que encontramos plasmada no CSC é a preceituada no art. 270º-F¹¹⁸, que estabelece a nulidade dos negócios jurídicos responsabilizando ilimitadamente, como consequência, o sócio (uma vez mais no domínio das sociedades unipessoais). Parece claro, da leitura do art. 5º do CSC, que a atribuição de personalidade jurídica às sociedades comerciais, com o registo, abrange todos os tipos societários incluindo as sociedades unipessoais. Quer isto dizer que também aqui se aplica o princípio da separação patrimonial e da responsabilidade limitada do sócio. O que acontece no caso das sociedades unipessoais é que a “unipessoalidade como que restringe o círculo ou âmbito da personalidade e, dentro deste, enfraquece-a e torna-a mais vulnerável, aditando situações de desconsideração em relação ao que sucede com a personalidade jurídica em geral.” Cassiano dos Santos, (2009), p. 52. Isto não implica, no entanto, que se aplique a desconsideração de forma diferente das restantes sociedades. Continuamos aqui no âmbito de sociedades de responsabilidade limitada, simplesmente reduzida a um único sócio. Significa isto que continua a ter que se verificar a atuação abusiva por parte do sócio para que seja possível haver desconsideração da personalidade jurídica da pessoa coletiva. No que a estas sociedades diz respeito vem o preceito fixar a imputação de responsabilidade diretamente ao sócio por negócios realizados e as respetivas obrigações daí emergentes. Para Cassiano dos Santos, (2009), p. 55, parece claro que a responsabilidade que aqui emerge é subsidiária “(...) pois que ele (credor) só actuará nesse sentido (e só terá efetivo interesse) caso o património da sociedade se revele insuficiente.” Também o pensamento de Catarina Serra (2009), p. 189, parece ir no mesmo sentido (acrescentando mesmo que a doutrina será consensual neste ponto) de que a responsabilidade emergente da violação das “regras que regulam o contrato do sócio com a SUQ” é subsidiária e a sua inobservância implica a derrogação do princípio da responsabilidade limitada; também para Ricardo Costa, (2012), p. 343, a responsabilidade do sócio é subsidiária – “ (...) o sócio único será responsável ilimitadamente (e, a meu ver, subsidiariamente) pelos débitos contraídos a partir de então pela SQU (...)”. A violação dos requisitos de validade implica a nulidade do negócio, pelo que a responsabilidade¹¹⁹ aqui

¹¹⁷ Cfr. Menezes Cordeiro (2011), p. 1296.

¹¹⁸ Cfr. O n.º 4 do Art. 270º-F do CSC “A violação do disposto nos números anteriores implica a nulidade dos negócios jurídicos celebrados e responsabiliza ilimitadamente o sócio.”

¹¹⁹ Fátima Ribeiro (2012), p. 391-392 questiona se esta responsabilidade ilimitada a que o sócio fica sujeito é apenas relativa ao negócio em causa (que é nulo) e seus efeitos ou se a partir daqui o sócio se torna ilimitadamente responsável perante todos os credores sociais por quaisquer obrigações da sociedade. Na sua opinião, em nosso entender, correta, o sócio será apenas responsável pelas obrigações emergentes do negócio

referida abrange “as obrigações assumidas a partir daí pela sociedade.” Fazemos aqui referência ao negócio e às regras que o regem, cuja violação implica a imputação das consequências ao próprio sócio. Mas então que regras são estas que regem os negócios celebrados entre a sociedade e o sócio único? São as impostas pelo próprio artigo que logo no n.º 1 refere que tais negócios devem “servir a prossecução do objeto da sociedade” – ou seja, trata-se aqui de um requisito material (o negócio deverá estar de acordo e ater-se ao indicado como objeto social); o n.º 2 do preceito dá-nos o requisito formal ao referir que os negócios “obedecem à forma legalmente prescrita” – refere Ricardo Costa, (2012), p. 339 “ao contrário da liberdade de forma estatuída pelo art. 219º do Código Civil¹²⁰, o *respeito da solenidade mínima corresponde ao documento escrito (...)*”. O n.º 3 do art. 270º-F dá-nos o terceiro e último requisito que deve ser respeitado na celebração de negócios entre o sócio único e a sociedade, o requisito da publicidade – “devem ser patenteados conjuntamente com o relatório de gestão e os documentos de prestação de contas; qualquer interessado pode, a todo o tempo, consultá-los na sede da sociedade.”

Pretende-se com esta norma proteger os credores de eventuais violações das regras essenciais perpetradas pelo sócio único (até porque, não podemos esquecer que o facto de uma única pessoa concentrar em si todas as quotas de uma sociedade facilita a prevaricação). Mas porque se entende que tal situação torna a personalidade jurídica da sociedade mais vulnerável, não visa a norma apenas proteger os credores da sociedade mas também a própria SUQ. De acordo com Ricardo Costa (2002), 683-684, para além disto tal regime tem em atenção, principalmente, aquelas sociedades em que o sócio único é também gerente único “de forma a fiscalizar com acuidade a legalidade dos contratos outorgados pelo sócio na *dupla veste* de pessoa singular e administrador e representante legal da SQU.”

Encontramos ainda uma outra norma no CSC que pretende proteger os credores de comportamentos abusivos por parte dos gerentes e administradores (de direito e de facto) das sociedades por quotas e anónimas. Referimo-nos aqui ao art. 78º do CSC que refere no n.º 1,

“os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos.”

concreto celebrado em violação dos requisitos de validade. Até porque, acrescenta, a *ratio* da norma será “promover a reparação dos danos causados ao património social no âmbito da prática desse ato”.

¹²⁰ Cfr. Art. 219º do CC “A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir.”

Pretende assim este artigo responsabilizar os gerentes e os administradores das sociedades perante os credores sociais, sempre que estes ajam com desrespeito pelas normas legais ou mesmo pelo próprio contrato¹²¹ sempre que tais disposições sejam de proteção dos credores. Coutinho de Abreu (2012), pp. 149-150, entende que, para aplicação da norma, deverá haver um nexo de causalidade – provocar “*uma diminuição do património social* (dano direto da sociedade)”, que venha a fazer com que tal património seja “*insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos* (dano indireto dos credores)”. Refere ainda o autor que para haver tal responsabilização perante os credores terá de se verificar o pressuposto da culpa – cujo ónus da prova reverte para o credor. No caso do preceito em apreço a culpa a que se refere não é presumida, daí que o ónus da prova reverta para os credores¹²². Não deixa, apesar disso, de ser necessário provar-se que o comportamento gravoso dos gerentes/ administradores causou a insuficiência do património, havendo desta forma um dano para a sociedade. Atentas as palavras de Coutinho de Abreu e de Elisabete Ramos (2010), p. 896 não será qualquer dano que irá gerar a responsabilidades dos gerentes e administradores, será sim o dano que “consistir em uma diminuição do património social em montante tal que ele fica sem forças para cabal satisfação dos direitos dos credores.” Acrescentam, no entanto, os autores que tal insuficiência não será ainda suficiente para que a sociedade se encontre em situação de insolvência, simplesmente se verifica um passivo superior ao ativo da sociedade.

Verifique-se que o não respeito por normas legais que pretendem proteger interesses de terceiros gera, em princípio, responsabilidade aquiliana, nos precisos termos do art. 483º do CC¹²³. Desta forma não é de admirar que o legislador tenha votado à mesma tutela a responsabilidade aqui mencionada. Não foi ainda assim alargada, pelo legislador, tal responsabilidade aos sócios, gerentes ou não, (falamos aqui, como é certo, da responsabilidade estabelecida no preceito em análise)¹²⁴. Fátima Ribeiro (2012), pp. 462-464, refere um exemplo de legislação Italiana em que se responsabilizam os sócios não gerentes das sociedades de responsabilidade limitada, sempre que estes realizem ou autorizem atos que causem dano à sociedade “nos mesmos termos em que respondem os próprios gerentes”;

¹²¹ Parece que ao falar em “contrato” o artigo referir-se-á às normas estatutárias. Pelo menos assim entende Coutinho de Abreu (2010), p. 72, ao referir “As disposições “contratuais” são, parece, disposições “estatutárias” fálava, aliás, o art. 23º, 1, do DL 49 381.”; Encontramos ainda este entendimento em Coutinho de Abreu e Elisabete Ramos (2010), p. 894 e Fátima Ribeiro (2012), pp. 457-459, quando esta refere que a norma estabelece “a responsabilidade do gerente para com os credores da sociedade por quotas quando o património social se torne insuficiente para a satisfação dos créditos destes, em virtude da inobservância culposa, por parte do gerente, das disposições legais ou contratuais (estatutárias) destinadas à proteção dos credores sociais.”

¹²² Cfr. Coutinho de Abreu e Elisabete Ramos (2010), p. 897.

¹²³ “1- Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”

¹²⁴ Cfr. Fátima Ribeiro (2012), pp. 460-462.

também a legislação espanhola consagrou a responsabilidade do “administrador de facto perante a sociedade, os acionistas e os credores sociais pelos danos causados (...) sem o cumprimento dos deveres que a LSA impõe aos administradores de direito”¹²⁵.

Falávamos do não alargamento da responsabilidade preceituado no art. 78º do CSC, aos sócios, não devemos no entanto ignorar que sempre que um sócio influencie a gestão da sociedade poderá este ser considerado administrador/ gerente de facto. Desta forma poder-se-á ainda recorrer ao art. 80º do CSC¹²⁶, para responsabilizar quem, apesar de não constar como gerente/administrador, conduza de facto a gerência/administração da sociedade. No entanto a utilização de tal preceito neste âmbito de responsabilização de vimos falando, depende, em larga escala, da interpretação do art. 80º do CSC. Poderemos sempre questionar se esta confiança de que fala o artigo poderá ser interpretada como a confiança dos gerentes/administradores de facto ou se apenas se irá aplicar a quem tenha sido legitimamente (ou seja, por escrito) incumbido de tal tarefa¹²⁷.

Sendo que o art. 78º, n.º 1, responsabiliza os gerentes e os administradores e não os sócios em concreto, surge a questão de saber se devemos ou não recorrer à desconsideração da personalidade jurídica. Na opinião de Coutinho de Abreu e de Elisabete Ramos (2010), p. 899, se em causa estiverem comportamentos de gerentes, sejam eles sócios ou não, estes respondem pelo prejuízo causado aos credores no exercício da gerência não enquanto sócios. Enquanto pela desconsideração apenas os sócios (enquanto tal) serão responsabilizados. Na opinião dos autores, de que partilhamos, sempre que quem cause o dano seja gerente ou administrador da sociedade (sócio ou não) deverão os credores recorrer ao preceito mencionado, visto ser objetivo de tal preceito a sua proteção. Tratando-se de atos praticados por sócios (que não sejam gerentes/administradores), então poderão, caso não haja qualquer outra norma que os proteja), recorrer à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

Subjacente a todas as normas plasmadas no CSC para proteção dos credores ou até mesmo da própria sociedade, encontramos a ideia de que é essencial o respeito pela personalidade jurídica atribuída à pessoa coletiva com o seu registo, bem como o respeito pelo princípio da responsabilidade limitada. Havendo confusão de patrimónios, mistura das esferas jurídicas

¹²⁵ Hoje no texto refundido do Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com>.

¹²⁶ “As disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes ou administradores aplicam-se a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração.”

¹²⁷ A este propósito veja-se o que escreve Fátima Ribeiro (2012), pp. 468-469.

levadas a cabo pela má conduta dos sócios ou sócio (pela sua atuação abusiva), terá necessariamente de se ultrapassar o princípio da responsabilidade limitada para, desta forma, atingir os responsáveis pessoal e ilimitadamente. Quanto a esta questão da derrogação da responsabilidade limitada dos sócios, também a ela encontramos referência explícita na legislação Italiana, nomeadamente nos artigos 2362¹²⁸ e 2497¹²⁹ do CCIt, ainda no âmbito da insolvência e quanto a sócios únicos¹³⁰.

5.2 Outras Formas de proteção dos Credores Sociais

Constituída uma sociedade de responsabilidade limitada vêm-se os sócios a usufruir de determinados benefícios derivados da limitação da responsabilidade, tais como a imputação à sociedade dos atos praticados pelos representantes da sociedade, ainda que tais atos sejam ilícitos, e a limitação da responsabilidade por dívidas ao património social¹³¹. Certo é que, não poderia o legislador e nem mesmo a doutrina e a jurisprudência compactuar com tal situação, colocando, desta forma, ao dispor dos credores sociais disposições e ações de que podem fazer uso. Vimos já algumas das disposições que podemos encontrar no CSC, vimos também como o instituto da desconsideração pode funcionar em favor e como mecanismo de proteção dos credores sociais. Resta-nos agora procurar outras formas de proteção dos credores, que advém também elas de normas previstas no CSC – normas estas que não implicam em si mesmas uma forma de desconsideração da personalidade jurídica, mas que são antes mecanismos suscetíveis de serem utilizados pelos credores sociais.

Desde logo nos confrontamos com a situação prevista no art. 72º do CSC relativamente à responsabilidade dos membros de administração perante os credores. Neste contexto falamos,

¹²⁸ Refere o referido artigo “ In caso d’insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni risultano essere appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamente” (Sub. nosso). Disponível em: <http://www.jus.unitn.it>, último acesso a 30-01-2014.

¹²⁹ Art. 2497 CCIt “In caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le quote sono appartenute ad un solo socio, questi risponde illimitatamente” (Sub. nosso). Disponível em: <http://www.jus.unitn.it>, último acesso a 30-01-2014.

¹³⁰ Cfr. Ricardo Costa (2002), p. 654.

¹³¹ Cfr. Ricardo Costa, 2004, p. 10.

por exemplo, na *culpa in contrahendo*¹³² que, de acordo com Fátima Ribeiro (2012), pp. 336-337, poderá incluir-se nas formas de tutelar os interesses dos credores sociais. Quer isto dizer que, tendo os sócios participado em negociações através das quais possam ter influenciado significativamente o seu decurso e desfecho com a consequência de causar danos, vamos poder inclui-los na responsabilidade prevista no art. 227º do CC (por violação dos deveres de informação). Sendo que, nesta posição (de participar nas negociações entre a sociedade e terceiros) quem, por norma, se encontra são os gerentes e administradores, sendo esta situação suscetível de se enquadrar na responsabilidade prevista nos artigos 72º e ss do CSC. Não colocando de lado a hipótese de serem os próprios sócios a participar nas ditas negociações, quando tal aconteça (sendo de forma sistemática), será de considerar esses sócios como administradores de facto e assim responsabilizá-los perante a sociedade e/ou os credores sociais¹³³. Incorrem os administradores em responsabilidade obrigacional, sendo a prova da sua culpa no ato danoso um elemento essencial. Torna-se, desta forma o art. 72º, n.º 1, do CSC, como que uma concretização dos artigos 798º e 799º do CC¹³⁴. O art. 72º do CSC prefigura a inclusão do *business judgement rule*¹³⁵ no nosso ordenamento jurídico. Significa isto que, o n.º 1 do referido artigo estipula a base da responsabilidade obrigacional dos administradores, sendo que no n.º 2 do mesmo artigo se acrescenta a possibilidade de ilidir a presunção de culpa – desde que qualquer das pessoas mencionadas no n.º 1 provem que agiram de forma informada e segundo critérios de racionalidade empresarial¹³⁶.

Também a ação sub-rogatória é um meio ao dispor dos credores para sua própria proteção. Quer isto dizer o seguinte, de acordo com o princípio da responsabilidade limitada não

¹³² Na perspetiva de Pedro Cordeiro, 2008, p. 91 a *culpa in contrahendo* poderá ser um meio de combater o abuso sempre que os próprios sócios ajam enquanto “negociadores em nome da sociedade e violem um dever de esclarecimento especial acerca da má situação da sociedade.” Cfr. Menezes Cordeiro, 2012, pp. 560-568, que explica o que é afinal a *culpa in contrahendo* – Com base na jurisprudência alemã poder-se-á afirmar que há *culpa in contrahendo* quando as partes, ainda que na fase preparatória de um contrato, atuem em desconformidade com determinados deveres que sobre elas impendem, como sejam, os deveres de proteção, informação e lealdade. Tal instituto tem a sua base num outro conceito, ainda que indeterminado, que será o da boa-fé, lembrando assim, que a autonomia privada tem também certos limites. A responsabilidade de quem incorre em *culpa in contrahendo* é obrigacional, uma vez que coloca em causa deveres de base legal. Desta forma, a culpa presume-se “sempre que ocorra uma inobservância (objetiva) da boa-fé.” Pressupondo-se a existência de culpa há que ter, igualmente, em linha de conta a ilicitude e a causalidade. “ (...) Embora a tutela do contraente débil seja matéria de Direito civil, ela é também compartilhada pelo Direito comercial: a unidade do sistema assim o exige.”

¹³³ Cfr. Fátima Ribeiro, *ob. Cit.*, pp. 336-337.

¹³⁴ Cfr. Menezes Cordeiro, 2011, pp.980-982.

¹³⁵ Cfr. Neves Serafim, 2011, pp. 546-554, que nos diz que esta figura nasce na jurisprudência norte-americana e poderá ser entendida, nomeadamente, como um padrão de ilicitude indiciador de determinados comportamentos que deverão ser respeitados pelos administradores. Entre nós e, sendo tido como um pressuposto da licitude dos atos praticados pelos administradores, rompe “com o tradicional tratamento que é dado ao instituto da responsabilidade civil” além de que evita, igualmente, grande parte da litigiosidade judicial uma vez que o lesado pode ilidir a presunção de licitude do comportamento do administrador.

¹³⁶ Cfr. Coutinho de Abreu, 2012, p. 140 e Menezes Cordeiro, 2011, pp. 982-983.

respondem os sócios diretamente perante os credores sociais, podem, no entanto, ser demandados pelo valor das suas entradas. Sendo que é perante a sociedade que os sócios respondem pelas entradas a que se obrigaram aquando da sua entrada na sociedade, podendo assim os credores demanda-los por via sub-rogatória¹³⁷.

Não é apenas no nosso ordenamento jurídico que tal ação se encontra consagrada, também no ordenamento jurídico espanhol encontramos a sua regulação. Prevê a ação sub-rogatória através da qual os credores podem garantir a integridade do património social para satisfação dos seus créditos. O ordenamento jurídico Italiano não existe uma legitimação específica dos credores sociais para exercerem a ação sub-rogatória para efeitos de conservação do património enquanto garantia, no entanto, tal ação encontra-se genericamente prevista, o que faz com que a doutrina Italiana admita que tal possa acontecer. No ordenamento jurídico francês a situação é idêntica à do Italiano. Já no ordenamento Alemão verificam-se diferenças relativas a esta matéria, não existindo neste ordenamento uma regulação genérica do instituto da ação sub-rogatória, existe sim uma regulação específica do direito dos credores de exercerem os seus direitos (através da ação de sub-rogação), feita casuisticamente e, nomeadamente quanto a esta questão do dever de indemnizar¹³⁸. Entende-se tal situação tendo em linha de conta a ideia de que o objetivo último de uma sociedade comercial é a obtenção de lucro. Lucro esse que será distribuível pelos sócios e que corresponderá a um aumento do património da sociedade. Ora, sendo que é este património que responde pelos créditos assumidos pela sociedade (não podendo, aliás, a distribuição do lucro por em causa o cumprimento das dívidas), não será de estranhar que qualquer incremento desse património sirva os interesses dos credores e que para tal lhes sejam facultados meios para que possam garantir a proteção de tais interesses (perante a inércia dos sócios e da própria sociedade)¹³⁹. A ação de sub-rogação atrás mencionada pressupõe um dano direto para a sociedade e indireto para os credores, visto que a responsabilidade dos administradores é para com a sociedade. No entanto, situações há em que os administradores são diretamente responsáveis

¹³⁷ Cfr. Fátima Ribeiro, 2012, p. 544. Coutinho de Abreu, 2012, p. 147, esclarece que sempre que seja devida indemnização à sociedade e os sócios e a sociedade a não exijam aos administradores, podem os credores levar tal tarefa a cabo sub-rogando-se à sociedade – isto porque, a indemnização devida à sociedade pressupõe um aumento do património social que poderá ser essencial à satisfação dos créditos sociais. Nos termos do art. 78º, n.º 2 do CSC, condenando o tribunal no pagamento da indemnização, esta ingressa no património da sociedade. Menezes Coreiro, 2011, p. 289, “Quando a sociedade ou os sócios o não façam, podem os credores, por via dos 606º a 609º do CC, exercer o direito de indemnização de que a sociedade seja titular (78º /2). Trata-se de uma hipótese que sempre resultaria da lei civil e que, de facto, concretiza as ações sociais.”

¹³⁸ Cfr. Fátima Ribeiro, 2012, pp. 584-594.

¹³⁹ Cfr. *Idem, ibidem*, pp. 610-619.

perante os credores, tratando-se nestes casos de uma responsabilidade delitual ou aquiliana¹⁴⁰. Assim temos, por exemplo, as normas que preveem a conservação do capital social, o que sucede quando as mesmas proibem a distribuição de bens da sociedade aos sócios sem que antes haja deliberação e sempre que o património líquido seja ou se tornasse, em consequência, inferior à soma do capital e das reservas legais e estatutárias¹⁴¹; também na previsão de ilicitude ao amortizar quotas ou ações e com isso a situação líquida não seja inferior a soma do capital e da reserva legal¹⁴²; previsão da ilicitude de aquisição de quotas e ações próprias¹⁴³. As normas de constituição e utilização da reserva legal, constituem também elas uma forma de tutela dos interesses dos credores¹⁴⁴, a violação do dever de relatar a gestão e apresentar as contas de exercício¹⁴⁵, bem como a apresentação de contas irregulares suscetíveis de causar falsa aparência da situação financeira da sociedade¹⁴⁶. É certo que para que seja considerada a ilicitude das normas mencionadas enquanto forma de tutela dos interesses dos credores é necessário que se verifique uma tal diminuição no património social que torne insuficiente para a satisfação dos créditos destes, e neste caso, a responsabilidade recai sobre os administradores. No entanto, note-se que o dano dos credores é indireto e implica em primeira linha um dano para a sociedade, assim sendo não poderão estes exigir indemnização superior ao dano provocado no património societário. Não esquecendo, igualmente, que deverá existir culpa no dano provocado, da qual se retira a existência de dolo ou a negligência ou mera culpa, sendo que aqui a culpa não se presume, ficando, consequentemente, os credores com o ónus de provar a existência de culpa¹⁴⁷.

O que é certo é que existe no nosso ordenamento jurídico um princípio que relativamente aos credores sociais vai ceder – o princípio do *par condicio creditorum*. Entende-se que este

¹⁴⁰ Cfr. Pereira de Almeida, 2011, pp. 296-298.

¹⁴¹ Cfr. Art. 31º a 34º do CSC.

¹⁴² Cfr. Art. 236º e 346º do CSC, para quotas e ações, respetivamente; Nas amortizações de quotas e ações previstas nos referidos artigos tem de haver sempre a ressalva do capital social. I.e., no caso de quotas, sempre que a amortização seja gratuita tem de haver sempre esta ressalva o mesmo nas onerosas, quando, depois do pagamento da contrapartida, a situação líquida não se torne inferior à soma do capital e da reserva legal (caso contrário, a amortização tem de ser simultânea com a deliberação de redução do capital. A não observação desta ressalva torna a deliberação nula. No caso das ações passa-se basicamente o mesmo, i.e., a amortização não implica necessariamente a redução do capital nem tem de estar autorizada nos estatutos, mas depende sempre de deliberação. O reembolso das ações amortizadas deverá ser feito à custa dos lucros distribuíveis e nunca do capital social, por conta do princípio da intangibilidade do capital – sendo a consequência da sua inobservância a nulidade da deliberação. Cfr. Menezes Cordeiro, 2011, pp. 689-691 e pp. 920-925; Carolina Cunha, 2012, pp. 741-749.

¹⁴³ Cfr. Art. 220º e 317º do CSC, para quotas e ações, respetivamente.

¹⁴⁴ Regulado nos art. 218º, 295º e 296º do CSC; Cfr. Coutinho de Abreu, 2010, p. 73.

¹⁴⁵ Regulado nos art. 65º e ss. do CSC.

¹⁴⁶ Cfr. Pereira de Almeida, 2011, p. 298.

¹⁴⁷ Rege-se aqui o ónus da prova pela falta de remissão do art. 78º, n.º 5 para o n.º 1 do art. 72º, ambos de CSC e pelo art. 487º, n.º 1 do CC. Cfr. Coutinho de Abreu, 2010, pp. 73-77.

princípio cede pelo simples facto de existirem credores com maior poder de exigir a restituição de alguns bens sociais ou mesmo de se fazerem pagar pelo valor de tais bens, ou até mesmo de se fazerem pagar pelos próprios sócios diretamente (em situações em que se derroga o princípio da responsabilidade limitada). Até mesmo porque é possível que, ao concederem os créditos às sociedades, os credores exigem como garantir uma avaliação ou fiança dos sócios. Tal situação verifica-se precisamente porque existem credores fortes e credores fracos. Esta distinção advém do facto de haver credores (os chamados fortes – bancos, fornecedores) que estarão em melhores condições de se informarem acerca da situação financeira de uma empresa e de exigirem garantias, ao passo que os denominados credores fracos (trabalhadores, pequenos prestadores de serviços), não dispõem de tais possibilidades¹⁴⁸.

Vimos até aqui algumas situações em que se dá aos credores a possibilidade de recorrer à lei para verem satisfeitos os seus direitos de crédito, em casos específicos. Assim resta-nos apenas mencionar, de forma breve, a existência da proibição de concorrência regulada no código como forma de proteger a sociedade de eventuais perdas – referimo-nos aos artigos 180º e 254º do CSC, quanto a sócios e gerentes, respetivamente. Em caso de concorrência estaria o sócio, ao exercer atividade concorrente com a da sociedade, a canalizar para si as oportunidades de negócio que caberiam eventualmente à sociedade. Assim incorrem os sócios que não respeitem este princípio em indemnização pelos danos causados, ou, em substituição da indemnização, pode a sociedade exigir “que os negócios efectuados pelo sócio, de conta própria, sejam considerados como efectuados por conta da sociedade e que o sócio lhe entregue os proventos próprios resultantes dos negócios efectuados por ele” – art. 180º, n.º 2 do CSC. Em relação aos gerentes, não só não podem concorrer com a sociedade por conta própria como não podem assumir a gerência de outra sociedade que seja concorrente com aquela que administra. A concorrência pelo gerente configura justa causa de destituição e pode levar a que este tenha de indemnizar a sociedade¹⁴⁹.

Assim, podemos dizer que o legislador se preocupou em prever não apenas normas que permitem aos credores agir contra atos lesivos dos sócios, mas também normas que protegem a integralidade do património social contra perdas desnecessárias.

¹⁴⁸ Cfr. Mota Pinto, 2007, pp. 839-840.

¹⁴⁹ Cfr. Menezes Cordeiro, 2011, pp. 586-587 e pp. 739-742

6 Conclusão

Foi o Direito especial das Sociedades Comerciais que ocupou o nosso estudo ao longo destas páginas. Sendo que, neste âmbito, o centro da nossa atenção foi, mais concretamente, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais. Necessário será saber, então, se de facto conseguimos alcançar o nosso primordial objetivo o de saber se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica é ou não a única e/ou a principal forma de que dispomos no que toca à proteção dos credores sociais.

Antes de mais note-se que se tornou necessário estudar a atribuição da personalidade jurídica a estas entidades. Assim, de forma sumária, recorde-se que, no Direito comum, por assim dizer, no Direito Civil, a personalidade jurídica é uma qualidade inata ao ser humano, que nasce com ele, verificado que seja o nascimento completo e com vida. Nesta sede, ainda que de forma sintética e lateral, abordámos o momento jurídico do corte do cordão umbilical. Sem sucesso, porém, pois a doutrina diverge abundantemente neste campo.

À personalidade jurídica inerente ao ser humano acresce, ainda, a capacidade jurídica que se subdivide em capacidade de gozo e capacidade de exercício. Enquanto a personalidade jurídica não é suscetível de ser limitada, a capacidade sim, pode sofrer limitações no seu âmbito (sem esquecer os casos em que há incapacidades e, por isso, necessidade de representação). Além de se desdobrar em capacidade de gozo e capacidade de exercício, a personalidade jurídica é, ainda, irrenunciável.

Quanto às sociedades comerciais, pináculo do nosso estudo, atribui-se igualmente, personalidade jurídica. Sendo que, diferentemente da pessoa humana a quem a personalidade é inerente (nasce com ela), às sociedades esta personalidade tem de ser atribuída por lei. Desta forma, de acordo com o regulado no CSC, as sociedades adquirem personalidade jurídica após o registo do respetivo contrato na Conservatória do Registo Comercial.

Após um longo percurso, em que os autores entendiam que apenas se deveria atribuir personalidade jurídica às sociedades anónimas, tornou-se hoje consensual que a todos os tipos societários se atribui personalidade jurídica. Esta atribuição torna, sempre que o tipo societário eleito assim o defina, a responsabilidade dos sócios numa responsabilidade

limitada. Assim não sucederá, portanto, nas sociedades em nome coletivo e, quanto aos sócios comanditados, nas sociedades em comandita simples e por ações, no entanto, mesmo nestes casos, a responsabilidade dos sócios (apesar de ilimitada) é subsidiária em relação à da sociedade.

A personalidade de que gozam as sociedades não se confunde, no entanto, com a personalidade dos seus sócios e é independente desta. A partir do momento em que a sociedade adquire personalidade jurídica torna-se um ente independente com um património próprio e autónomo do património pessoal dos sócios.

Ainda que assim seja, admite-se que as sociedades possam adquirir bens antes do registo definitivo do contrato o que, de acordo com alguns entendimentos, faz com que estas adquiram desde logo personalidade jurídica (antes mesmo do seu registo). Isto acontecerá no momento em que se formaliza o contrato de sociedade, pese embora a sua autonomia apenas se verifique na sua perfeição com o registo desse contrato.

É relevante o facto de, após a atribuição da personalidade jurídica às sociedades, estas passem a ser titulares de um património autónomo relativamente aos dos seus sócios. Isto porque, passam os credores sociais a apenas poder exigir, enquanto garantia das dívidas sociais, o património que faça parte do ativo da sociedade em causa, não podendo recorrer ao património pessoal dos sócios. E bem assim, não podem também os credores pessoais dos sócios recorrer ao património social para pagamento das dívidas destes.

Consequência da atribuição de personalidade jurídica às sociedades, será o facto de também estas gozarem de capacidade jurídica, pese embora não faça sentido falar aqui em capacidade de exercício, uma vez que as sociedades não estão feridas de incapacidades nem de menoridade. Podemos, no entanto, falar em capacidade de gozo, o que será levado a cabo pelos seus órgãos de representação – porquanto não se trata aqui de um ser físico, logo terá de ser representado por forma a poder agir. O mesmo se passa no caso das sociedades unipessoais – adquirem personalidade da mesma forma e com as mesmas consequências, e gozam também elas de autonomia e património próprio.

Atribuída que seja a personalidade jurídica às pessoas coletivas, ficam estas sujeitas à possibilidade de se lhes aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Esta situação ficará dependente dos negócios realizados pelos sócios-gerentes ou sócios administradores e o modo como tais negócios são conduzidos, em determinadas situações.

A este instituto fez referência, entre nós, António Ferrer Correia em 1948 e, terá sido esta a primeira referência que dele se fez em Portugal, sendo que em 1973 (publicado em 1979), surgiu um parecer de Galvão Telles, que menciona a possibilidade de aplicação do instituto.

É no ordenamento jurídico norte-americano que, primeiramente, surge a teorização da desconsideração, onde foi denominado de *disregard of legal entity* ou *piercing the corporate veil*. Estudado com maior profundidade pelo ordenamento alemão onde se denominou *Durchgriff bei juristischen Personen*, e, que sendo um país da *civil law*, serviu de base ao seu surgimento nos ordenamentos europeus como França, Itália, Espanha e Portugal.

Ao longo dos tempos, muitas foram as teorias surgidas acerca da desconsideração da personalidade jurídica e que a tentam explicar. Certo é que se chega à ideia comum de que se trata de um instituto que pretende, essencialmente, penalizar quem age com abuso da personalidade coletiva (que pretendem atingir fins ilícitos com prejuízo de terceiros).

Desta forma, desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade será, nada menos do que, afastar a personalidade que lhe foi atribuída pelo registo, assim derogando o princípio da responsabilidade limitada e afastando a sua autonomia, ainda que momentaneamente.

Legitimando-se o recurso à desconsideração da personalidade jurídica através de operadores jurídicos como a interpretação teleológica das normas, o princípio do *venire contra factum proprium*, que prefiguram abuso de direito, procurou a doutrina sistematizar aquelas em que se poderá aplicar este instituto. Verifica-se nos vários ordenamentos jurídicos que se recorre ao instituto, fundamentalmente, quando há uso abusivo da personalidade jurídica das pessoas coletivas. Estamos perante um instituto absolutamente excepcional de aplicar apenas quando na lei não haja norma adequada à situação concreta.

Temos, assim o caso da confusão de patrimónios e de esferas jurídicas, sempre que os sócios desrespeitem o princípio da separação patrimonial. Aqui levantam-se algumas questões nem sempre consensuais na nossa doutrina. Nomeadamente a questão de saber que sócios e em que medida vão ser chamados a responder. Entende a doutrina maioritária que se deve aplicar o regime plasmado no art. 40º do CSC, assim sendo responsáveis todos os sócios que agiram bem como os que autorizaram, sendo que os restantes respondem até ao limite das suas entradas acrescido de lucros e reservas distribuíveis (sendo a sua responsabilidade subsidiária em relação aos restantes sócios). Outra questão prende-se com a de saber se o património social deve aqui também ser chamado à responsabilidade. Ora também neste ponto, não é a doutrina consensual, sendo que há quem entenda que não só responde como o faz em primeira linha de resposta. Outros há que entendem que a responsabilidade da sociedade é subsidiária e outros ainda, que o património societário não deve responder por qualquer forma.

Neste caso concluímos, numa opinião absolutamente pessoal, que sendo os atos praticados pelos sócios com desrespeito pela separação patrimonial e de forma consciente e não sendo o objetivo da desconsideração dissolver ou fazer extinguir a sociedade, pelo contrário, pretende

simplesmente um afastamento temporário da sua personalidade, então, não deve o património responder em primeira linha. Na verdade, entendemos que, se não se pretende dissolver a sociedade não lhe vamos excutir o património com prejuízo daqueles sócios que não participaram no negócio e, principalmente, daqueles que, expressamente, não autorizaram o dito negócio. Devem então responder, em primeira instância, os sócios que agiram e autorizaram, de forma solidária entre si, e de forma ilimitada.

Aqui se pode antever a necessidade de regulação de um regime tão específico como o da desconsideração – o dar azo a várias interpretações acaba por configurar uma insegurança para os credores que ficam sem saber se contam com o património social como garantia dos créditos ou se apenas vão poder contar com o património pessoal dos sócios, em casos que possam extrapolar a lei. Isto porque, será importante que, ao concederem o crédito o façam conscientes de todas as possíveis consequências que se poderão verificar.

De entre as várias causas para a desconsideração, analisamos o caso da subcapitalização que pode ser originária ou superveniente e também provocada, será superveniente sempre que se verifique uma insuficiência de capital em fase posterior à da constituição da sociedade – caso não se encontre solução para esta perda de capital, poderá a sociedade vir a ser dissolvida. Neste âmbito há ainda quem distinga entre a subcapitalização material – quando os sócios não fornecem à sociedade meios financeiros necessários ao início de atividade -, e subcapitalização nominal – aquela em que os sócios, em vez de garantirem a subsistência da sociedade através de aumentos de capital, fazem-no através de empréstimos seus à sociedade, tornando-se assim sócios e ao mesmo tempo credores da sociedade. A subcapitalização inicial é, para alguns, uma questão de consciência dos próprios sócios, que ao não dotarem a sociedade com o capital necessário à prossecução do objeto social (conscientemente), então haverá abuso do benefício da responsabilidade limitada. A subcapitalização provocada prefigura então aquelas situações em que, encontrando-se a sociedade com problemas de liquidez, a solução perpetrada pelos sócios é a transferência do património societário para uma nova sociedade por eles constituída. Após o que, a primeira sociedade cessa a sua atividade e deixa de cumprir as suas obrigações legais por impossibilidade.

Também nas sociedades unipessoais se verificam tais abusos, pelo que, também nestas se deverá aplicar a desconsideração da personalidade jurídica. Nos grupos de sociedades em relação de domínio total, pode verifica-se, igualmente, a confusão de patrimónios entre a sociedade-mãe e a(s) sociedade(s)-filha(s), e a subcapitalização. Nestes casos temos abuso da personalidade coletiva sempre que a sociedade dominante abusa da posição que tem em relação à sociedade dominada.

Do nosso estudo resultou, de forma clara e consensual, que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais é de aplicação meramente excepcional. Na verdade, a lei comporta normas que, pretendem proteger diretamente os credores das sociedades evitando situações de abuso por parte dos sócios. Serão, naturalmente, estas as normas que devem ser chamadas, em primeiro lugar, a proteger os credores. Note-se que, por vezes, tais normas, configuram, por si só, uma derrogação do princípio da responsabilidade limitada dos sócios.

Posto isto, podemos concluir que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica das pessoas coletivas é algo complexo, não só porque não encontra regulação na lei, mas também porque nem sempre o regime por que se deve reger é consensual. Conforme vimos, prende-se a discordância da doutrina com as situações em que tal instituto poderá ser aplicável. Nomeadamente na confusão de patrimónios quanto à responsabilidade solidária ou subsidiária do património social (quando se entenda que este deve ser responsabilizado) e quanto a quem deve ser chamado à responsabilidade – ou seja, quanto à aplicação ou não do regime plasmado no artigo 40º do CSC.

Seja como for, concluímos relembrando a natureza verdadeiramente excepcional da aplicação deste instituto que, desta forma, apenas deverá ser chamado à colação quando ao aplicador da lei não for possível lançar mão de outras normas ou institutos, cujos regimes jurídicos se achem plasmados expressamente no ordenamento jurídico.

Referências Bibliográficas

Abreu, Jorge M. Coutinho de, (2013). *Curso de Direito Comercial*, Volume II, Das Sociedades, 4ª Edição, Coimbra: Almedina.

Abreu, J. M. Coutinho de (2012 – Responsabilidade Civil de gerentes e administradores em Portugal). In: *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra: Almedina.

Abreu, J. M. Coutinho de (2010 – Personalidade e Capacidade). In: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I (artigos 1º a 84º), Coimbra: Almedina.

Abreu, J. M. Coutinho de, e Ramos, Maria Elisabete (2010 – Responsabilidade Civil pela Constituição, Administração e Fiscalização da Sociedade). In: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I (artigos 1º a 84º), Coimbra: Almedina.

Abreu, Jorge M. Coutinho de (2010 – Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica). In: *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 2, Vol. 3, Coimbra: Almedina.

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (2010). *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina.

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (2006). *Do Abuso de Direito. Ensaio de um critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, Coimbra: Almedina.

Abreu, José Manuel Coutinho de (1996). *Da Empresarialidade (As Empresas no Direito)*, Coimbra: Almedina.

Almeida, António Pereira de (2011). *Sociedades Comerciais, valores mobiliários e mercados*, 6ª Edição, Lisboa: Coimbra Editora.

Ascensão, José de Oliveira (2006). *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição, Lisboa: Almedina.

Bronze, Fernando José (2006). *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora.

Carvalho, Maria Miguel (2011 – O novo regime jurídico do capital social das sociedades por quotas). In: *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, Porto: Almedina.

Carvalho, Orlando de (2012). *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição Porto: Coimbra Editora.

Cordeiro, António Menezes (2012). *Direito Comercial*, 3ª Edição, Lisboa: Almedina.

Cordeiro, António Menezes *et al.* (2011). *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2ª Edição, Lisboa: Almedina.

Cordeiro, António Menezes (2011). *Direito das Sociedades*, I parte Geral, 3ª Edição, Lisboa: Almedina.

Cordeiro, António Menezes (2007). *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte geral, Tomo III, 2ª Edição, Lisboa: Almedina.

Cordeiro, António Menezes (2000). *Tratado de Direito Civil Português*,

Cordeiro, António Menezes (1989/1990 – Do levantamento da personalidade coletiva). In: *Direito e Justiça*, Vol. IV, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica

Portuguesa.

Cordeiro, Pedro (2008). *A desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, 3ª Edição, Lisboa: Universidade Lusíada Editora.

Correia, António Ferrer (1994). *Lições de Direito Comercial*, Coimbra: Lex.

Correia, António Ferrer (1992). *Estudos Vários de Direito*, por ordem da Universidade de Coimbra.

Correia, António Ferrer (1968). *Lições de Direito Comercial*, volume II, Universidade de Coimbra.

Correia, Francisco Mendes (2009). *Transformação de Sociedades Comerciais. Delimitação do âmbito de aplicação no Direito Privado Português*, Lisboa: Almedina.

Correia, Miguel J. A. Pupo (2009). *Direito Comercial, Direito da Empresa*, 11ª Edição, Lisboa: Ediforum, Edições Jurídicas, Lda.

Costa, Ricardo (2012 – Artigo 270º-F – Contrato do Sócio com a Sociedade Unipessoal). In: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume IV (Artigos 246º a 270º-G), Coimbra: Almedina

Costa, Ricardo (2010 – Artigo 84º - Responsabilidade do sócio único). In: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Volume I (Artigos 1º a 84º), Coimbra: Almedina.

Costa, Ricardo (Janeiro/Fevereiro 2004 – Desconsiderar ou não Desconsiderar: Eis a Questão). In: *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 30. Lisboa: Selegrafe.

Costa, Ricardo Alberto Santos (2002). *A sociedade por Quotas Unipessoal no Direito*

Português, Coimbra: Almedina.

Cunha, Carolina (2012 – Amortização de Acções). In: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Volume V (Artigos 271º a 372º-B), Coimbra: Almedina.

Cunha, Paulo Olavo (2012). *Direito das Sociedades Comerciais*, 5ª Edição, Lisboa: Almedina.

Domingues, Paulo de Tarso (2009). *Variações sobre o Capital Social*, Porto: Almedina.

Domingues, Paulo de Tarso (2007 – Capital e Património Sociais, Lucros e Reservas). In: *Estudos de Direito das Sociedades*, 8ª Edição, Coimbra: Almedina.

Domingues, Paulo de Tarso (2004 – A subcapitalização Societária e o Regime do Artigo 35º CSC). In: *Revista do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, n.º 24-25, Porto.

Duarte, Rui Pinto (2008). *Escritos sobre Direito das sociedades*, Coimbra: Coimbra Editora.

Fernandes, Luís A. Carvalho (2001). *Teoria Geral do Direito Civil I, Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*, 3ª Edição, Lisboa: Universidade Católica Editora.

Frada, Manuel Carneiro da (2011 – Acordos Parassociais «Omnilaterais» - um novo caso de «Desconsideração» da Personalidade Jurídica?). In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. IV, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa: Almedina

Furtado, Jorge Henrique da Cruz Pinto (2009). *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Artigos 1º a 19º*, Coimbra: Almedina.

Gomes, Luiz Roldão de Freitas (1990 – Desconsideração da Pessoa Jurídica). In: *O Direito*, Ano 122º I (Janeiro-Março), Lisboa: Tipografia Guerra.

Gonçalves, Carlos Reis, “Algumas Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica”. Disponível em: <http://www.vgassociados.com>.

González, José Alberto Rodríguez Lorenzo (2011). *Código Civil Anotado (artigos 1º a 396º)*, Volume I, Parte Geral, Lisboa: Quid Juris.

Hörster, Heinrich Ewald (1992). A parte geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra: Almedina.

Irujo, José Miguel Embid (2013 – La Persistencia del Levantamiento del Velo). Disponível em: http://commenda.es/actualidad_interior.

Marques, J. Dias (1977). Noções Elementares de Direito Civil, 6ª Edição, Lisboa.

Martins, Alexandre Soveral (2007 – Da personalidade e Capacidade Jurídicas das Sociedades Comerciais). In: *Estudos de Direito das Sociedades*, 8ª Edição, Coimbra: Almedina.

Martins, Alexandre Soveral (2002 – Capacidade e Representação das Sociedades Comerciais). In: *Problemas do direito das sociedades – IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, Coimbra: Almedina.

Martins, João Pedro Vargas Carinhas de Oliveira (2011 – Os Suprimentos no Financiamento Societário). In: *Temas de Direito das Sociedades*, 1ª Edição, Lisboa: Coimbra Editora.

Martins, José Pedro Fazenda (1994). Os Efeitos do Registo e das Publicações Obrigatórias na Constituição das Sociedades Comerciais, Lisboa: Lex.

Moncada, Luís Cabral de (1995). *Lições de Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra: Livraria Almedina.

Moreira, Guilherme Alves (1908 – Da personalidade colectiva). In: *RLJ*, ano 41º.

Oliveira, J. Lamartine Corrêa de (1979). *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo: Edição Saraiva.

Pereira, Ana José Gonçalves Salreta (2011). *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais: Um estudo de Direito Comparado*, Dissertação de mestrado em direito dos contratos e das empresas, universidade do Minho.

Pinto, Alexandre Mota (2007 – Capital Social e Tutela dos Credores para acabar de vez com o Capital Social mínimo nas Sociedades por Quotas). In: *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume I, Congresso de Empresas e Sociedades, Coimbra: Coimbra Editora.

Pinto, Carlos Alberto da Mota (2005). *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora.

Pita, Manuel António (2011 – Os Efeitos do Registo Comercial e a Integridade do Capital Social). In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. IV, Lisboa: Almedina.

Pita, Manuel António (1992). *Direito Comercial*, 2ª Edição, Lisboa: Fisco.

Ribeiro, Maria de Fátima (2012 – Desconsideração da Personalidade Jurídica e “Descapitalização” de Sociedade). In: *Direito Comercial e das Sociedades. Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendim*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

Ribeiro, Maria de Fátima (2012 – Desconsideração da Personalidade Jurídica e Tutela de Credores). In: *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra: Almedina.

Ribeiro, Maria de Fátima (2012). *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Coimbra: Almedina.

Roda, Carmen Boldó (2000). *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 3ª Edição, Castellón: Aranzadi.

Santos, Filipe Cassiano dos (2009). *A Sociedade Unipessoal por Quotas. Comentários e anotações aos artigos 270º-A a 270º-G do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Coimbra Editora.

Serafim, Sónia das Neves (2011 – Os Deveres Fundamentais dos Administradores: o dever de cuidado, a *business judgement rule* e o dever de lealdade). In: *Temas de Direito das Sociedades*, Lisboa: Coimbra Editora.

Serens, Manuel Nogueira (1997). *Notas sobre a Sociedade Anónima*, 2ª Edição, Studia Iuridica 14, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Coimbra Editora.

Serra, Catarina (2009). *Direito Comercial Noções Fundamentais*, Braga: Coimbra Editora.

Serra, Catarina (2009 – Desdramatizando o Afastamento da Personalidade Jurídica (e da Autonomia Patrimonial)). In: *Julgar*, n.º 9, Coimbra: Coimbra Editora.

Sousa, Rabindranath Capelo de (2003). *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora.

Telles, Inocêncio Galvão (1979 – Venda a Descendentes e o Problema da Superação da Personalidade Jurídica das Sociedades). In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 39, Lisboa.

Terrível, Rita (2012 – O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades). In: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV, Número 4, Lisboa: Almedina.

Thomason, Michael A. (2011 – Piercing the corporate veil). Disponível em: <http://www.nala.org/Upload/file/PDF-Files/FactsFindings/thomason.pdf>.

Triunfante, Armando Manuel e Triunfante, Luís de Lemos (2009 – Desconsideração da Personalidade Jurídica – Sinopse Doutrinária a Jurisprudencial). In: *Julgar*, n.º 9, Coimbra: Coimbra Editora.

Yagüez, Ricardo de Angel (1993). *Una Teoria del Derecho (Introduccion al estudio del Derecho)*, 6ª Edição, Madrid: Editorial Civitas, S.A..

2010 – *La partie qui utilise des compagnies de manières interchangeable donne ouverture à la levée du voile corporatif*. Blogue du CRL, disponível em: <http://www.blogueducrl.com/2010/10/la-partie-qui-utilise-des-compagnies-de.html>.

Jurisprudência*

Acórdão do Tribunal Supremo. Sala de lo Civil – Madrid; STS 4096/2013; Ponente: Xavier O’Callaghan Muñoz. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es>.

Acórdão do STJ de 19 de fevereiro de 2013, relator: Pinto Hespanhol, processo número 73/08.8TTBGC.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do TR de Lisboa de 29 de Março de 2012, in: *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXXVII, Tomo II – 2012, Palácio da Justiça, Coimbra.

Acórdão do TR de Lisboa de 31 de maio de 2011, in: *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXXVI, Tomo III – 2011, Palácio da Justiça, Coimbra.

Acórdão do TR de Lisboa de 11 de maio de 2006, relator: Manuela Gomes, processo número 7541/2005-6, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do TR de Lisboa de 3 de março de 2005, relator: Gil Roque, processo número 1119/2005-6, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do TR do Porto de 15 de outubro de 2001, in: *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXVI, Tomo IV – 2001, Palácio da Justiça, Coimbra.

Acórdão do TR de Évora de 21 de maio de 1998, in: *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXIII, Tomo III – 1998, Palácio da Justiça, Coimbra.

Acórdão do TR do Porto de 13 de maio de 1993, in: *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XVIII, Tomo III – 1993, Palácio da Justiça, Coimbra.

*Apenas a Jurisprudência Citada