



Diana Patrícia Lopes Simões

Desconsideração da Personalidade Jurídica – Perspetivas de tutela do credor social

Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses
Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientador: Professor Doutor Ricardo Alberto Santos Costa

janeiro/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



DIANA PATRÍCIA LOPES SIMÕES

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA –
PERSPETIVAS DE TUTELA DO CREDOR SOCIAL

*Dissertação apresentada à faculdade de direito da universidade de Coimbra
no âmbito do 2.º Ciclo de estudos em direito (conducente ao grau de mestre),
na Área de especialização em ciências jurídico-forenses.*

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR RICARDO ALBERTO SANTOS
COSTA

COIMBRA
2016

“Não sabemos, verdadeiramente, o que é a vida. Mas não a podemos, por isso, excluir da Ciência. Sabemos, de facto, que a vida existe (...). Assim, construímos um conceito de vida com o qual operamos nas ciências da natureza e nas do espírito”
(VON GIERKE)

Agradecimentos

Aos meus pais, que tanto sacrificaram para que eu pudesse ter uma formação de qualidade e de prestígio.

Ao Rúben, por todas as vezes que dizia: - “Oh mana, já não tens mais exames, podemos brincar? Não tens de estudar mais?”

Ao João, por me acompanhar incondicionalmente ao longo de toda esta jornada.

A toda a família, pelo apoio incondicional e preocupação durante todos estes meses.

Aos meus colegas de curso, pelas partilhas e experiências vivenciadas. Aos meus Amigos mais próximos ao lado de quem vivi, da forma mais intensa e única, estes anos; que ouviram todas as minhas lamúrias e estiveram lá sempre, de mão estendida para apoiar e ainda, por todas as gargalhadas.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra por me ter proporcionado um ensino de excelência.

A alguns Professores, em especial, pela dedicação e disponibilidade que me dedicaram.

Ao meu orientador, Professor Doutor Ricardo Costa, pela ajuda, acompanhamento e conselhos assertivos, fundamentais para a realização desta dissertação.

Finalmente, a Coimbra, simplesmente por ter sido Coimbra.

A todos, um obrigado será pouco para expressar a minha gratidão!

Siglas de revistas e publicações periódicas

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

BOA – Boletim da Ordem dos Advogados, Lisboa (Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados)

CDP – Cadernos de Direito Privado (CEJUR)

CI – Contratto e Imprensa, Padova (CEDAM)

CJ – Coletânea de Jurisprudência, Coimbra (Associação de solidariedade social “Casa do Juiz”)

DSR – Direito das Sociedades em Revista, Coimbra (Almedina)

IDET – Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra (Coimbra Editora)

ROA – Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, (Ordem dos Advogados Portugueses)

Abreviaturas

A – Autor

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac./Acs. – Acórdão/Acórdãos

BGB –Bürgerliches Gesetzbuch (Alemanha)

CC – Código Civil (Portugal)

Cfr. – Confira

CIRE – Código de Insolvência e Recuperação de Empresas

coord. – coordenação, coordenador (a)

CPC – Código do Processo Civil

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DL – Decreto-Lei

ed. – edição

FDUCP – Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto

i.é – isto é

loc. cit – local citado

nt – Nota

n.º – Numero

ob. obra

ob. cit. – obra citada

p. – Página

reimp –reimpressão

ss. – Seguintes

últ. – último (a)

v.g. – *verbi gratia*

Vol. – Volume.

TRC/TRG/TRL/TRP – Tribunal da Relação de Coimbra/Guimarães/Lisboa/Porto

Nota: esta dissertação segue o novo acordo ortográfico, exceto na citação direta de autores, bem como na alusão aos títulos das obras, que ainda mantém o acordo anterior.

Índice

Agradecimentos	3
Siglas de revistas e publicações periódicas.....	4
Abreviaturas.....	4
Índice	6
1. Introdução	7
2. Personalidade Jurídica das Pessoas Coletivas	9
3. Responsabilidade Limitada.....	13
4. Desconsideração da Personalidade Jurídica Coletiva.....	16
4.1. História.....	16
4.2. Contributo de Verrucoli	18
4.3. Fundamento	20
5. Perspetivas de tutela dos credores sociais.....	22
5.1. A desconsideração como expediente de tutela	22
5.2. A distinção entre credores.....	28
6. Dissecação	31
6.1. Grupos de casos	31
6.2. Subcapitalização	34
6.3. Descapitalização	40
6.3.1. Distinção entre subcapitalização e descapitalização provocada.....	47
7. Fundamento legal e dogmático em torno da responsabilização.	48
8. Conclusões.....	57
Bibliografia	62
Webgrafia.....	67
Jurisprudência	68

1. Introdução

A desconsideração, como temática escolhida, aparece interligada com uma ideia de necessidade de tutela dos credores que mantêm relações com as sociedades, *máxime*, com as sociedades por quotas, atendendo às recentes alterações legislativas que poderão ter criado algumas fragilidades para estes (ou, pelo menos, para alguns). Neste sentido, o objetivo primordial é o de perceber qual a reação da nossa Ordem Jurídica, *i.é.* dos tribunais, na presença de comportamentos dos sócios, qualificados como abusadores da personalidade jurídica, causadores de prejuízos para com terceiros (no caso, *sub judice*, credores).

O tema assume especial importância no âmbito das sociedades por quotas¹, tipicamente denominadas de sociedades de responsabilidade limitada em que, regra geral, os sócios não respondem pelas dívidas da sociedade para além do valor das entradas. É nestas que as grandes debilidades do sistema se têm feito sentir, no que concerne à tutela dos credores sociais. Não obstante, porque também apresentam problemas similares à sociedade por quotas, algumas das conclusões a que chegarmos poderão, de igual formal, ser aplicadas às sociedades anónimas.

Neste sentido, para dar início a esta “viagem”, é importante começar com o que consideramos o “alfa e o ómega” da questão, uma vez que é o ponto de partida e o ponto de sustento, tendo em conta que, se falhar esta base, todas as considerações tecidas em seu torno, desaparecerão. A este respeito, fala-se da aquisição de personalidade jurídica coletiva, que tem como consequência a atribuição, aos sócios, do “benefício” da responsabilidade limitada, traduzido na autonomia patrimonial entre o seu património e o da Sociedade.

Contudo, se, por um lado, este “benefício” tem a vantagem de minimizar o risco dos sócios, por outro lado, não pode exonerá-los de qualquer risco, ou, mais especificamente, transferir a totalidade ou a maioria dos riscos para os credores sociais, funcionando como

¹ Estas viram o seu aparecimento na Alemanha, por criação do legislador do *Reich* Alemão, em 1892. Em Portugal, (primeiro país a seguir o exemplo alemão), foram introduzidas com a lei de 11 de Abril de 1901, com a epígrafe de “sociedade por quotas de responsabilidade limitada” Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*. Vol. II. *Das Sociedades*, 4ª ed, Almedina, Coimbra 2014, p. 83-84

“arma de arremesso” contra os credores, mediante a instrumentalização da figura societária, obtendo resultados ilícitos.

Para evitar injustiças, será analisada a admissibilidade do recurso à desconsideração da personalidade jurídica, também conhecida por “*Disregard Doctrine*”, sempre que esta seja a única solução que permita a tutela dos direitos do credor contra comportamentos ilícitos, em fraude à lei, desrespeitadores da boa-fé, que originam graves prejuízos para os credores.

Com a alteração ao art.º 201 do Código das Sociedades Comerciais², imposta pelo Decreto-Lei³ n.º 33/2011, de 07 de março, relativo ao capital social mínimo, algumas questões começaram a ecoar e carecem de resposta. Uma delas era a de saber como admitir a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica num ordenamento que, atualmente, não exige um capital mínimo para a constituição da sociedade por quotas. A par desta, manteve-se a interrogação no sentido de perceber se a mera insuficiência de capitais de uma sociedade poderá ser motivo para lançar mão deste mecanismo por si só ou se, pelo contrário, será preciso mais do que a mera insuficiência, nos casos de subcapitalização.

Para tanto, invoca-se a necessidade de aprofundar os comportamentos que mais problemas revelam nos dias de hoje, particularmente, os casos de subcapitalização, distintos porém, dos casos de descapitalização (ainda que possam levar a consequências idênticas). Trata-se de perceber se é possível, ou não, concluir pela quebra da autonomia privada, fazendo os sócios responder perante os credores (responsabilidade externa), oferecendo a estes uma tutela mediante um instituto que, apesar do seu não reconhecimento *ope legis*, é reclamado pela ordem jurídica, numa ótica de atribuição de um verdadeiro sentido de justiça.

Teremos contudo de desmistificar equívocos e preconizar o que significa, em termos práticos, admitir a desconsideração da personalidade jurídica, para efeitos de responsabilidade, dando aos credores uma hipótese de trajeto a percorrer, tendo em conta o caso concreto, não olvidando o carácter excecional deste instituto.

² Doravante, CSC.

³ Doravante, DL.

2. Personalidade Jurídica das Pessoas Coletivas

Personalidade jurídica define-se como sendo a suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações e é reconhecida pelo Direito a toda a pessoa humana, sendo por isso designada por personalidade singular⁴. Não obstante, são também suscetíveis de personalidade jurídica as organizações de pessoas e/ou bens, sendo *in casu*, intitulada por personalidade coletiva. Desta forma, subentende-se que nos referimos à personalidade jurídica das pessoas coletivas quando falamos de personalidade coletiva. Nos primórdios entende-se que esta apareceu, no direito privado, no seio das sociedades anónimas, por causa do comércio com as Índias Orientais e Ocidentais e tinha como finalidade a justificação do benefício da responsabilidade limitada, concedida aos sócios⁵.

A hipótese do tratamento como pessoa de algo que não respira, que não vive⁶, impõe-nos, ainda hoje, um grande esforço para compreender os motivos que estiveram na sua génese. Compreensão essa que consideramos de maior relevância, pois, como afirma LAMARTINE CORRÊA: “o reconhecimento da importante influência da História do Direito sobre as formulações teóricas não nos dispensa a tarefa teórica. Mas a História do Direito serve de contraprova da correção da fórmula teórica”^{7/8}. Este reconhecimento das pessoas coletivas traduz a satisfação das necessidades que transcendem o interesse do ser humano, individualmente considerado.⁹ Considere-se, para tanto, a frase de ULPIANO¹⁰: “*Si quid universitati debetur singulis no debetur, nec quod debet universitas, singuli debent*”.

Foi a conceção de SAVIGNY, “tal como se depreenderia do *System*” que se tornou como referência indispensável no “estudo sobre a dogmática da personalidade colectiva”, o

⁴ Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 201.

⁵ Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 77, nt. 15.

⁶ “A personalidade coletiva é uma criação do Direito, mas não uma criação arbitrária. Menos ainda uma ficção [...]”. Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, 10ª ed. (Reimpressão), Coimbra Editora, 2001, p. 187.

⁷ Cfr. *A dupla crise da Pessoa Jurídica*, Edição Saraiva, São Paulo, 1979, pág. 7.

⁸ A referência a pessoas coletivas surge na edição *Das Instituições*, em 1907, por Guilherme Alves Moreira. Cfr. GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições de Direito Civil Português – Vol. I, Parte Geral*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1907, p. 153ss.

⁹ Cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I, Parte Geral*, (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos), 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008 p.151.

¹⁰ *Apud* A. SANTOS JUSTO. Traduzindo: “o que é devido a uma corporação não é devido aos seus membros; nem o que a corporação deve, devem os seus membros”, Cfr. *Ult. Ob. Cit.* p. 153, nt. 701.

que se perpetuou até à modernidade. De salientar que as suas obras têm servido de inspiração a variadas “leituras”¹¹. É notável o pensamento deste A. que só no séc. XIX¹² ganhou o seu lugar na ciência do direito como categoria genérica da Parte Geral do Direito Civil. Não obstante, foi posta em causa por FLUME¹³.

A teorização em torno da personalidade coletiva dividiu a Doutrina, fundamentalmente, em duas grandes correntes: os negativistas da personalidade coletiva, como RUDOLF JHERING¹⁴; e os seus defensores, nomeadamente, VON GIERKE¹⁵, postulando que a personalidade jurídica da pessoa coletiva produz efeitos, pelo que estamos perante uma pessoa “composta”, que não se confunde com as pessoas singulares que a compõem, pese embora este Autor considerasse que a pessoa coletiva apresentava semelhanças com as pessoas jurídicas singulares¹⁶.

Desta forma, no seio da corrente doutrinária que perfilha, à existência de personalidade jurídica coletiva (*i.e.*, que admitiu a “personificação” da sociedade enquanto pessoa), apontam-se duas teorias, uma, inicialmente imputada a SAVIGNY¹⁷, como sendo a teoria da ficção e a outra, atribuída a VON GIERKE¹⁸, como sendo a teoria da realidade jurídica.

Atualmente, na doutrina, é dominante a compreensão técnico-jurídica da pessoa coletiva. “Produto da técnica jurídica, abstraindo de considerações éticas, sociais e político-gerais, não baseando nos substratos meta-jurídicos o seu específico modo de ser, a

¹¹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *O Levantamento da Personalidade Coletiva, No Direito Civil e Comercial*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 40. Do mesmo A. cfr. *Manual de Direito das Sociedades I*, I volume, *Das Sociedades Geral*, 2ª ed., (atualizada e aumentada), Almedina, Coimbra, 2007 p. 305.

¹² Apesar disso, há quem considere que já no séc. XIII, por forma a resolver os problemas do foro eclesiástico que surgiam, os canonistas notaram a existência de entes representativos de interesses e grupos de pessoas que não se confundiam com os seus membros – as “*universitates*”. Cfr. *Ult. Ob. Cit.* p. 153.

¹³ *Apud* MENEZES CORDEIRO, *O Levantamento...cit.*, p. 41.

¹⁴ *Apud* MENEZES CORDEIRO, *O Levantamento...cit.*, p. 47-48. Este autor questionou se a personalidade coletiva não seria um mero recurso técnico para atingir determinados objetivos. Cfr. RUDOLF VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3º Vol., p. 338 e ss.

¹⁵ *Apud* MENEZES CORDEIRO, *O Levantamento...cit.*, p. 53.

¹⁶ Cfr. *Deutsches Privatrecht, Vol I – Allgemeiner Teil und Personentecht*, 1895, p. 470-472, *apud* MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 54.

¹⁷ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I*, Parte Geral, Tomo III, *Pessoas*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 527e ss.

¹⁸ Não obstante este Autor defender que nos encontramos perante uma “pessoa” que não se confunde com as pessoas singulares que a compõem, o mesmo considera que a pessoa coletiva apresenta semelhanças com as pessoas singulares. Cfr. OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht...cit.*, p. 603, *apud* MENEZES CORDEIRO, *O levantamento...cit.*, p. 53

personalidade coletiva é expediente utilizável por uma série de diferenciadas organizações, pelo qual a ordem jurídica atribui às mesmas a qualidade de sujeitos de direito, de autónomos centros de imputação de efeitos jurídicos”¹⁹. Tal circunstância conduziu ORLANDO DE CARVALHO a considerar que estamos perante uma: “teoria da personalidade idêntica à personalidade jurídica do Homem”²⁰.

Em nosso entender concordamos em não parecer admissível a negação da personalidade jurídica às pessoas coletivas. Apesar disso, não poderemos olvidar os argumentos da Doutrina²¹ que defendeu tal posição, porque apenas esta postura nos permitirá optar por uma solução que não seja redutora. Note-se que, sem o reconhecimento de todas as possibilidades na resolução do problema, ninguém pode formar juízos exatos. O afastamento das teorias negativistas é para nós uma realidade inquestionável²², desde logo pelo facto de a personalidade jurídica ser reconhecida *ope legis*, no ordenamento jurídico Português²³. Na verdade, estas pessoas são realidade, não são fictícias, numa criação muito recente do direito²⁴.

A personalidade jurídica desempenha uma função normativa e uma função ideológica. Relativamente à primeira, esta, ainda que fraca, traduz-se na atribuição, pela lei, da “autonomia patrimonial perfeita das sociedades por quotas e anónimas”²⁵. A função ideológica tem que ver com o benefício da responsabilidade limitada dos sócios. Faz sentido que a sociedade tenha as suas dívidas e os sócios também as suas (porque são sujeitos diferentes), pelo que, não devem os sócios responder pelas dívidas da sociedade. Contudo, há sociedades nas quais os sócios respondem, a par da sociedade, pelas dívidas sociais. Ainda assim, a função ideológica refere-se à separação de dívidas²⁶.

¹⁹ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade. (As empresas no Direito)*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 198 e ss.

²⁰ Cfr. *Teoria Geral do Direito Civil, Relatório sobre o Programa. Conteúdo e Métodos de Ensino*, ed. Datilografada, Coimbra, 1976, p. 45.

²¹ Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores ...cit.*, p.112, nt. 88.

²² No âmbito desta investigação, a questão não assume importância de maior. Porém, a posição sustentada resulta de um estudo das diversas posições dos diversos autores, postulada na obra de FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores ...cit.*, p. 87 e ss.

²³ Art.º 5 do Código das Sociedades Comerciais, doravante, CSC.

²⁴ “[...] ele não pode ter a posição dum feitiço (*fétiche*)” Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso de Direito. Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*. Almedina, Coimbra, 1983 (reimp. 2006), p. 102.

²⁵ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *art.º 201...cit.*, p.98

²⁶ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial...cit.*, p.171-172.

Não obstante, somos concordantes em que esta não deve ser absolutizada²⁷ porque, mesmo antes de a sociedade adquirir personalidade, já tem uma característica muito importante, que COUTINHO DE ABREU denomina por “*subjetividade jurídica*”²⁸. O Autor introduz este patamar de sujeito de direito que ainda não tem personalidade jurídica, mas já tem subjetividade jurídica e há certas normas que a consideram já como centro de imputação de algumas relações jurídicas. Logo, não devemos considerar esta personalidade jurídica como absoluto porquanto, mesmo sem ela, já existem sujeitos de direito.

A este propósito questiona-se: qual a necessidade da personalidade jurídica? A resposta recai no facto de se reconhecer às sociedades, enquanto unitários sujeitos de direitos e deveres, a possibilidade de terem um nome, uma sede e mesmo património autónomo. Observa-se também nestas entidades capacidade de gozo (através de órgãos) e de exercício de direitos. Dizendo de outra forma, “as pessoas colectivas são organizações juridicamente autónomas: organizações com aparelho orgânico para agirem, organizações que respondem pelos seus atos, dotadas de entidade jurídica própria”²⁹.

Nota importante é a que serve para perceber o significado prático da atribuição da personalidade jurídica às sociedades. Assim, tal atribuição impõe um reconhecimento do “carácter autónomo do respetivo património”, ou seja, quando se afirma constituir o património social, um património social autónomo, quer-se transmitir exatamente que este pertence à sociedade e não o oposto³⁰.

Não é necessário que essa autonomia patrimonial seja perfeita. Parafraseando FERRER CORREIA, “[...] o que o referido conceito pressupõe é unicamente [...] a insensibilidade da massa dos bens separados às dívidas contraídas por outro sujeito económico e jurídico no prosseguimento dos seus fins pessoais”³¹. Poder-se-á afirmar que a personalidade jurídica é um meio de exoneração de responsabilidade, por quem pretender

²⁷ Neste sentido, cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial...cit.*, p.176; PEDRO CORDEIRO, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, AFFDL 2ª ed., Universidade Lusíada Editora, 2005, p. 297 e CATARINA SERRA, “Desdramatizando o afastamento da personalidade jurídica (e da autonomia patrimonial)”, *Julgar*, n.º9, 2009, p. 112.

²⁸ Cfr. “Art.º 5” in *Código das Sociedades Em comentário*, coord.: J. M Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Códigos, n.º1, IDET, Almedina, Coimbra, 2010, p. 98.

²⁹ Cfr. Ob. Cit. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade...cit.*, p. 199 e ss.

³⁰ Cfr. SOVERAL MARTINS, “Da personalidade e capacidade jurídica das sociedades comerciais”, in, *Estudos de Direito das Sociedades*, coord.: Jorge Coutinho de Abreu, 11ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p.88.

³¹ Cfr. *Lições de Direito Comercial II*, João Abrantes, Coimbra, 1968, p. 62 e ss.

seguir determinado objeto, através da constituição de uma sociedade comercial. Destarte, desde que respeitem o que resulta expressamente no nº3 do art.º 197 do CSC, no que concerne às sociedades por quotas, não serão as dívidas da sociedade imputadas ao seu património pessoal.

Reclama-se, neste sentido, o encontro de um ponto de equilíbrio entre, por um lado, o mínimo de segurança que a personalidade jurídica requer e, por outro, a repressão de utilizações abusivas da Sociedade. Admitimos que, ao fazer os sócios responder por dívidas sociais que, inicialmente não seriam suas, - estando estes confiantes quanto ao “meio de realizar a actividade empresarial” contemplado *ex lege*, - poderá tornar-se num “factor gerador de insegurança e, até, refreador da iniciativa empresarial”³².

Sublinhamos, desta forma, que a personalidade coletiva é um elemento fundamental, pois permite a separação da esfera patrimonial entre a pessoa coletiva e seus sócios. Não se pode confundir a pessoa coletiva com a figura dos sócios³³. Ainda assim, a vontade jurídica da sociedade depende, unicamente, da vontade dos sócios, vivendo em função do escopo ou fim dela, *ex vi* do art.º 980 do Código Civil³⁴, *rectius*, é um elemento essencial da sua constituição e exprime-se na obtenção de lucros e respetiva repartição pelos sócios.

3. Responsabilidade Limitada

O regime-regra das sociedades de capitais é o da responsabilidade limitada, de tal modo que, na Doutrina são mormente, designadas por sociedades de responsabilidade limitada, considerando a responsabilidade dos sócios pelas dívidas societárias³⁵. Não obstante, somos alertados para o facto de que poderá não ser esta denominação a mais correta, tendo em conta que, não é a sociedade que tem responsabilidade limitada, mas sim os sócios³⁶.

³² Cfr. ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do contrato de Suprimento. O Financiamento entre capital próprio e capital alheio*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 123.

³³ Esta é a posição assumida por HANS KELSEN. Cfr. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, Tradução: João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo-Martins Fontes, 1984, p. 215.

³⁴ Daqui em diante, CC.

³⁵ Neste sentido, TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 38.

³⁶ Idem.

Historicamente, a limitação da responsabilidade surge no séc. XVI como incentivo aos empresários, por forma a garantir a promoção do investimento na exploração do comércio na Índia Oriental e Ocidental³⁷.

Encontram-se divergências na Doutrina sobre o que justificou o aparecimento de tal responsabilidade. Se, de um lado, se considera que o surgimento da responsabilidade limitada é posterior ao instituto da personalidade coletiva³⁸, outros³⁹ afirmam que a personalidade coletiva não é mais do que uma justificação dada, *à posteriori*, e como tal, aparecendo cronologicamente em primeiro lugar a responsabilidade limitada.

Apesar disso, o art.º 5 do CSC não deixa dúvidas quanto ao facto de que a sociedade apenas adquire personalidade coletiva após o registo do ato constituinte⁴⁰. Ora, tal qual mencionado supra, como unitários sujeitos de direitos e deveres, as pessoas coletivas têm autonomia patrimonial, que, no caso das Sociedades por Quotas, é uma autonomia patrimonial perfeita, o que equivale à responsabilidade limitada.

Apoiando COUTINHO DE ABREU, deixamos de ver a responsabilidade limitada como um “privilégio”, ou seja, a exceção à responsabilidade ilimitada dos sócios, passando a considerar-se como “[...] aplicação do Princípio geral”, ou seja, neste tipo societário, se a sociedade e seus sócios configuram pessoas jurídicas distintas, não se confundindo os respetivos direitos e deveres de cada uma, não fará sentido que os sócios respondam por dívidas da sociedade e vice-versa⁴¹. Diz-se, *hoc sensu*, pelas dívidas da sociedade, só o seu património responde e só este pode responder por aquelas dívidas⁴². Desta forma, as obrigações sociais não poderão afetar o património pessoal dos sócios, pelo que, tal património está, inegavelmente, ao serviço dos sócios⁴³. Hoje apresenta-se, entre nós, “enraizado” como um real direito no caso das sociedades de capitais.

³⁷ No mesmo sentido, FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores...cit.*, p. 77, nt. 15.

³⁸ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado...cit.*, p. 154-156.

³⁹ Como COUTINHO DE ABREU, Cfr. “Art.º 5...”*cit.*, p.99 e FÁTIMA RIBEIRO, “A personalidade jurídica das pessoas coletivas apareceu, no âmbito do direito privado, para justificar a atribuição da responsabilidade limitada aos sócios das sociedades anónimas”, Cfr. *A tutela dos Credores ...cit.*, p. 77, nt 15.

⁴⁰ Em sentido diverso, Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Vol. IV, Sociedades Comerciais. Parte Geral, Lisboa, 2000, p.170.

⁴¹ Cfr. COUTINHO DE ABREU, “Art.º 5º...”*cit.*, p. 99.

⁴² Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...cit.*, p. 347 -348.

⁴³ Cfr. neste sentido, COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso de Direito...cit.*, p.105.

Lograr-se-á dizer que o CSC prevê duas exceções à autonomia patrimonial perfeita (nas sociedades por quotas). A primeira encontra-se logo no art.º 197, nº1 do CSC, estabelecendo que os sócios, “para além da realização da sua entrada, são ainda responsáveis por todas as entradas convencionadas no contrato”⁴⁴ e a segunda resulta do art.º 198 do CSC, que prevê, em alguns casos, a responsabilidade direta dos sócios para com os credores sociais⁴⁵.

Não olvidaremos que a limitação da responsabilidade societária determina uma “*transferência de risco*” para os credores sociais, que o veem aumentado⁴⁶. Porém, o art.º 994 do CC proíbe o pacto leonino, na medida em que não é lícita qualquer cláusula que exclua o sócio da participação nas perdas da sociedade, não sendo, nesse sentido, admissível uma transferência unilateral desse risco. “Trata-se de uma limitação, não de uma isenção de responsabilidade”, muito menos que essa transferência tenha o propósito de causar prejuízos, “externalizando” os riscos para os credores sociais, principalmente os credores fracos, (temática a desenvolver infra) estando presente a ideia de limitação dessa transferência⁴⁷.

Por vezes, perante sociedades materialmente insolventes, os sócios fundamentam a sua irresponsabilidade pelas dívidas societárias com o argumento de que, perante a lei, não devem mais nada à sociedade, tendo em conta o plasmado no art.º 197, nºs 1 e 3 (para as sociedades por quotas) e art.º 271, (para as sociedades anónimas) ambos do CSC. A ser assim, seriam os credores penalizados perante um resultado confirmado de insolvência material da sociedade, em consequência da não apresentação de um meio de cumprimento obrigacional.

Questiona-se, a este respeito, se não será de exigir o recurso à desconsideração da personalidade jurídica da pessoa coletiva, tendo em vista a tutela dos direitos dos credores sociais⁴⁸, por forma a garantir a prossecução da Justiça. Defendemos que uma solução deste

⁴⁴ No mesmo sentido TARSO DOMINGUES, *Do Capital Social, Noção, Princípios, E Funções*, Studia Jurídica 33, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p.99.

⁴⁵ Padece desta opinião FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos credores...* cit., p. 148.

⁴⁶ Cfr. PEDRO MAIA, “Contrato de Sociedade e risco no exercício de atividade económica” in *O contrato na gestão do risco e na garantia da Equidade*, (Coord. António Pinto Monteiro), Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 261. Acresce que o autor, por via de discurso oral in *Workshop organizado pelo Grupo de Investigação “Contrato e desenvolvimento social”* ministrado no dia 20/11/2015 na FDUC, enunciou que “nas sociedades por quotas, nada se cria, nada se perde, tudo se transfere”.

⁴⁷ Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., p. 55.

⁴⁸ Na obra de FÁTIMA RIBEIRO verifica-se uma solução *Durchgriff*, proposta pela doutrina e jurisprudência alemãs, como forma de responsabilização direta dos sócios, *maxime*, para tutela dos interesses dos credores

género se concretiza no afastamento da separação patrimonial, levando os sócios a responderem por dívidas da sociedade, perante credores sociais. Para tanto, encontramos apoio em VERRUCOLI, no sentido de negar o privilégio concedido pela aquisição da personalidade jurídica, se este servir para dissimular situações injustas⁴⁹. Sendo o instituto da desconsideração da personalidade jurídica gerador de grande discussão doutrinal, infra desenvolvida, num plano ainda desvanecido, dever-se-á retirar somente que o recurso a ele deverá ser ponderado de forma responsável, evitando deixar transparecer a ideia de “prémio” por comportamentos “ingénuos” dos terceiros que se possam relacionar com a sociedade⁵⁰.

4. Desconsideração da Personalidade Jurídica Coletiva

4.1. História

Nesta abordagem, adotaremos a expressão “desconsideração da personalidade coletiva”⁵¹ por considerarmos aquela que traduz, da melhor forma, a situação de facto, isto é, “não ter em consideração” a limitada responsabilidade societária. Tal nomenclatura foi adotada por FERRER CORREIA, autor que, primeiramente em Portugal, se debruçou sobre a necessidade de responsabilização do sócio único pelas obrigações societárias, de forma pessoal e ilimitada⁵², em certos casos⁵³.

sociais. Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...cit.*, p.133. No mesmo sentido, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito comercial...cit.*, p. 178.

⁴⁹ Cfr. *Il Superamento della Personalità Giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1964, p. 76. (Tradução nossa). “Ove questa strumentalità rispetto al perseguimento” dei fini tipicizzati dal legislatore venga a mancare, o porti a situazioni di ingiusto danno per lo Stato o per la collectività in esso organizzata, si potrà far luogo al superamento dello schermo rappresentato dalla personalità giuridica”.

⁵⁰ Apesar de opinião diversa, dever-se-á concordar com FÁTIMA RIBEIRO, quando atrai a atenção para esta possibilidade, funcionando apenas como argumento de cautela, não de afastamento *tout court* da solução proposta. Cfr. “O capital Social das Sociedades por Quotas e o Problema da Subcapitalização Material”, in *Capital Social livre e ações sem valor nominal*, coord.: Tarso Domingues/Maria Miguel Carvalho, Almedina, Coimbra 2011, p. 67, nt. 58.

⁵¹ Expressão equivalente ao “*Durchgriff bei juristischer personen*” ou simplesmente “*Durchgriff*” da doutrina alemã; ao “*Disregard of the legal entity*” ou “*Lifting the corporate veil*” da doutrina anglo-saxónica; ao “*Superamento della personalità giuridica*” da doutrina italiana; ao “*Transparence*” da doutrina francesa e, finalmente, à “*Desestimación de la personalidad jurídica*” da doutrina espanhola.

⁵² Ainda que subsidiariamente.

⁵³ Cfr. FERRER CORREIA, “O problema das Sociedades Unipessoais de Responsabilidade Limitada”, in *Estudos de direito Civil, Comercial e Criminal*, Almedina, Coimbra, 1985, p.209.

A teoria da desconsideração foi acolhida, em Portugal, em 1993⁵⁴, apesar de serem tecidas considerações no sentido de que essa altura faz já parte da receção no seu segundo momento, isto é, a receção formal, tendo sido o primeiro momento, o da receção prática, em 1976, através do acórdão do STJ de 06/01/1976⁵⁵. Ainda assim, a aplicação deste instituto tem sido avaliada pelas instâncias ao longo dos anos⁵⁶. De frisar que o STJ, em decisão de 10 de janeiro de 2012 proferida, afirmou que “*a desconsideração da personalidade jurídica é efetivamente um instituto não regulamentado na lei portuguesa*”, pelo que, em caso de “*utilização abusiva da personalidade jurídica, a doutrina e a jurisprudência respondem com a solução jurídica conhecida por desconsideração da personalidade jurídica*”⁵⁷.

Contudo, a sua origem vem, anteriormente, dos Estados Unidos da América, séc. XX⁵⁸, sendo denominada por “*piercing the veil*”. Outras expressões foram empregues no direito anglo-saxónico, como doutrina do “*disregard of legal entity*” ou “*lifting the corporate veil*”^{59/60}. Existe, neste âmbito, uma conexão muito acentuada com a teoria da ficção, nela assentando a conceção de personalidade jurídica e serve de base a várias decisões em que a desconsideração da personalidade jurídica tem vindo a ser aplicada, por forma a evitar “*desonestidades*” por parte dos sócios⁶¹. Esta doutrina foi aplicada num caso de subcapitalização societária, dando “*origem à comumente designada Deep Rock Doctrine*”⁶².

⁵⁴ Pelo Ac.13/5/93 da RP, CJ, 1993, t. III, p.199, ss. Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade...cit.*, p. 206, nt. 533.

⁵⁵ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *O Levantamento...cit.*, p. 113.

⁵⁶ Vide, v.g., os Acs. do TRL, de 03 de março de 2005, Proc. n.º 1119/2005-6, Relator: Gil Roque; do TRP, de 22 de junho de 2009, Proc. n.º 1201/09, Relator: Maria de Deus Correia; do TRG, de 09 outubro de 2014, Proc. n.º 516/06.5TCGMR.G1, Relator: Manuel Bargado e do TRC, de 10 de fevereiro de 2015, processo, n.º 1279/08.5TBCBR.C1, Relator: Moreira do Carmo, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁵⁷ Cfr. Ac. do STJ, de 10 de janeiro de 2012, Proc. n.º 434/1999.L1.S1, Relator Salazar Casanova, (ponto H e 41,) disponível em, www.dgsi.pt.

⁵⁸ Porém, a primeira decisão judicial norte-americana ocorreu em 1809, no caso *Bank of the United States v. Devenaux*, tendo como objetivo a justificação dos tribunais federais sobre as sociedades. *In casu*, a decisão foi no sentido de atender às pessoas singulares, componentes da sociedade em questão. Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...cit.*, p.95, nt. 29.

⁵⁹ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial...cit.*, p.176, nt. 32.

⁶⁰ A Jurisprudência inglesa, contudo, não se tem mostrado tão receptícia como a norte-americana à conceção do levantamento do véu. Neste sentido, o desenvolvimento da doutrina e jurisprudência em torno desta ideia é posterior aos EUA. Cfr. SOVERAL MARTINS, *Op. cit.*, p. 94, nt. 32.

⁶¹ Segundo LAMARTINE CORRÊA, esta doutrina mantém-se no ordenamento jurídico norte-americano. Cfr. LAMARTINE CORRÊA, *A dupla crise ...cit.*, p.268.

⁶² Vide TARSO DOMINGUES, *Variações sobre...cit.*, p.168, nt. 636.

Todavia, é após a II Guerra Mundial que se observa um aprofundamento do tema, falando-se assim em “*Durchgriff durch die juristische Person*”, destacando-se SERICK (1955) que, tendo como ponto de partida a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica entaizada na doutrina alemã, “procura saber quais as condições que têm que se verificar para se prescindir da estrutura formal da pessoa jurídica e penetrar no respetivo substrato pessoal”, tendo como critério “a existência de uma utilização abusiva da forma da pessoa jurídica”^{63/64}.

4.2. Contributo de Verrucoli

VERRUCOLI faz uma análise entre o sistema inglês e o americano, indicando-nos o seu *modus operandi*. Começando pelo sistema inglês, este autor declara que a desconsideração da personalidade jurídica difere dos EUA, uma vez que, como afirmado supra, não foi um mecanismo que lhes tenha suscitado muita atenção. Neste sentido a jurisprudência pautou-se pelo respeito pela autonomia privada, servindo-se apenas (e tão só) da desconsideração em casos raros. Não obstante, o caso *Salomon v. Salomon & Co.* provem de Inglaterra⁶⁵.

Na sua investigação socorre-se de casos de desconsideração legislativa e jurisprudencial, existentes no direito inglês e conclui que os casos mais importantes surgem no Direito tributário, relativos a impostos de renda e de sucessão. Paralelamente, no direito comercial, “nella sect. 31 e nella sect. 332 del *Companies Act, 1948.*”, verificam-se outros grupos de casos ⁶⁶. *In casu*, poderá o tribunal responsabilizar diretamente os sócios na hipótese de terem, deliberadamente, recorrido a fins falaciosos para atingir determinado objetivo⁶⁷. Diz-nos ainda que a possibilidade mais relevante de desconsideração é a que “concerne la *holding* e le *subsidiary companies*”, mas tal não proíbe a *holding* impeça a insolvência da sua *subsidiary*”⁶⁸.

⁶³ Cfr. SOVERAL MARTINS, *Op. Cit.* p. 94-95, nt.33.

⁶⁴ Decisão no 3º Senado do *Reichsgericht* (RG) de 22 de Junho de 1920.

⁶⁵ Cfr. VERRUCOLI, *Il Superamento ...cit.*, p. 90-91.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 93-94.

⁶⁷ *Ibidem*, p.96

⁶⁸ *Ibidem*, p.101

Este A. alerta-nos, entre os vários grupos de casos de desconsideração⁶⁹, para o caso *Smith, Stone & Knigh v. Birmingham Corporation (1939)*. Neste, a desconsideração teve por base o reconhecimento de uma relação denominada por *agency* ou *trusteeship*⁷⁰. Reconhece VERRUCOLI que esta figura proporciona a manutenção, em simultâneo, da personalidade da sociedade “*parent company*” e do sócio “*subsidiary company*”. Acresce ser seu entendimento que o recurso à “*agency*” não carece, tendencialmente, de uma circunstância de “*disregard*”, destacando, nesse sentido, o facto de que, em alguns casos, “*disregard [...] ed agency disregard* rispondono ad uno stesso intento e pervengono allo stesso effetto, ma costituiscono techiche diverse”⁷¹.

Por outro lado, nos EUA, é possível encontrar inúmeras manifestações de desconsideração da personalidade, ao longo da jurisprudência. A predisposição para reconhecer esta temática com maior ênfase surge pelo desenvolvimento económico muito complexo e acentuado que o país apresenta⁷². O caso *United States vs. Milwaukee Refrigerator Transit Co. (1905)* é o apontado pelo autor, como aquele que serviu de sustento para a aplicação desta figura⁷³. Para VERRUCOLI, a decisão não esgota as diversas possibilidades de aplicação da desconsideração, contudo, tem como finalidade prevenir e eliminar situações de fraude e/ou comportamentos ilícitos⁷⁴.

Conclui então que, inexistente, no ordenamento norte-americano, uma preocupação com vista na qualificação jurídica da técnica utilizada. Não obstante, o mesmo não se poderá dizer no que respeita à observação de imperativos de Justiça⁷⁵. Finalmente, diz-nos o A. considerar que HORNSTEIN apresenta a melhor classificação jurisprudencial das circunstâncias que reconduziram à desconsideração⁷⁶. Além disso, direciona-nos para a grande flexibilidade da jurisprudência norte-americana, que admite a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade em múltiplas situações⁷⁷.

⁶⁹ Para uma descrição pormenorizada da divisão dos casos de desconsideração, proposta por VERRUCOLI vide *Il Superamento...*, cit., p. 108 e ss.

⁷⁰ Cfr. p. 104

⁷¹ Cfr. VERRUCOLI, op. cit., p. 106, i.é. Apresentam o mesmo efeito, sendo díspar a técnica aplicada (tradução nossa).

⁷² *Ibidem*, p. 118.

⁷³ *Ibidem*, p. 120

⁷⁴ *Ibidem*, p. 120-121

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ *Ibidem*. 124.

⁷⁷ *Ibidem*, 146.

Após a comparação supracitada, entende este A. que na, *Common Law*, deparamo-nos perante um sistema com maior elasticidade, pelo que, não existe uma grande rigidez na procura de uma norma para aplicação da desconsideração. Por sua vez, por ser um sistema menos aberto, na *Civil Law* a desconsideração só opera quando sustentada por uma lei ou princípio consagrado legislativamente⁷⁸. Desta dissimilitude conclui-se que, no Direito Americano, há uma possibilidade mais vasta de adequação das exigências e circunstâncias, do que nos países de *Civil Law*, uma vez que estes se veem limitados à lei, impedindo que, perante o caso concreto, se possa encontrar uma solução *praeter legem*. Todavia, não deixa de ressaltar que os sistemas apresentam um ponto de contato, relativamente à previsão da desconsideração da personalidade jurídica como privilégio concedido a alguns grupos.

4.3. Fundamento

São diversas as definições deste “instituto” na doutrina nacional. Para COUTINHO DE ABREU, a desconsideração da personalidade jurídica é definida como “a derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjectiva e/ou patrimonial das sociedades em face dos respectivos sócios”⁷⁹. Por seu turno, outras vezes identificam-na como a “operação pela qual a personalidade jurídica de uma pessoa colectiva é afastada, retirada”⁸⁰ e RICARDO COSTA descreve-a como a “técnica que permitirá subtrair o património (pessoal ou social) dos sócios ao benefício da responsabilidade limitada”⁸¹. Para este Autor, “[...] a rutura da responsabilidade limitada dá-se por aplicação de normas respectivas e depende do preenchimento dos seus requisitos”⁸². Poderemos ainda indicar outra perspectiva que menciona representar “o desrespeito pelo princípio da separação entre a pessoa colectiva e os seus sócios [...]” *i.é.*, “[...] desconsiderar significa derrogar o princípio da separação entre a pessoa colectiva e aquelas que por detrás dela actuam”⁸³.

Esta técnica jurídica tem sido construída doutrinal e jurisprudencialmente entre nós, isto é, *praeter legem*, diversamente da ordem jurídica brasileira que consagra, pelo exposto

⁷⁸ *Ibidem*, p. 200-201.

⁷⁹ Vide COUTINHO DE ABREU, *Op. cit.*, p. 176.

⁸⁰ Vide. FÁTIMA RIBEIRO, *Op. cit.* p. 67.

⁸¹ Cfr. “Desconsiderar ou não desconsiderar: eis a questão”, in BOA, Jan./Fev. 2004, p.11.

⁸² *Idem*.

⁸³ Vide PEDRO CORDEIRO, *Op. cit.*, p.19.

no art.º 50 da Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 do Código Civil⁸⁴, a “*suspensão da eficácia da personalidade jurídica, no caso concreto, por decisão judicial*, estendendo-se os efeitos subjetivos do título executivo a um sócio ou administrador da sociedade, fazendo-o responder patrimonialmente pelas obrigações desta”⁸⁵.

Contudo, independentemente do *modus operandi*, facto é que esta doutrina consiste em “*penetrar*”⁸⁶ a separação existente entre património da sociedade e dos sócios, negando a personalidade coletiva destes, o que os leva a responder pessoal e ilimitadamente pelas dívidas da sociedade.

Consideramos, na linha de pensamento de COUTINHO DE ABREU, que “as sociedades – pessoas jurídicas - são [...] autónomos sujeitos de direito; estão “separadas” dos seus membros (sócios)”. Porém, tal cisão não deve “obnubilar-nos”, uma vez que “a sociedade não vive por si e para si, antes existe por e para o (s) sócio (s); destes é ela instrumento [...]”⁸⁷. Tal como dito supra, teremos de negar uma absolutização conceitual da personalidade coletiva, construindo, dessa forma, a linha condutora para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, com vista à derrogação do “princípio da separação” (*Trennungsprinzip*)⁸⁸. Esta personalidade, porque fundada em critérios de oportunidade, é suscetível de ser mais ou menos estendida, limitada ou fracionada”⁸⁹.

Não obstante, autores alemães, como EKARD REH-BINDER, defendem expressamente que “só deverá existir recurso a soluções *Durchgriff*, [...] quando esta tutela não seja possível através da aplicação das regras gerais que permitam manter intacto o

⁸⁴ Que dita: “*em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica*”.

⁸⁵ Cfr. ANA FRAZÃO, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela dos credores” in *Questões do direito societário em Portugal e no Brasil*, Coord.: Fábio Ulhoa Coelho/ Maria de Fátima Ribeiro, Almedina, Coimbra, 2012, p. 483. No mesmo sentido, FÁTIMA RIBEIRO/RUI PEREIRA DIAS, “Desconsideração de personalidade jurídica de sociedade brasileira por tribunal brasileiro, para responsabilização de sócios portugueses – Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 5.06.2014, Proc. 93/13” in, *CDP*, n.º49, Janeiro/Março 2015 p. 56.

⁸⁶ Expressão utilizada por MENEZES CORDEIRO.

⁸⁷ Cfr. Op. cit. p. 176.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ Idem.

princípio da separação entre a pessoa coletiva e os seus membros”⁹⁰. Perante este pensamento, surgem rumores de ser por esta via que tende a doutrina germânica, acerca desta solução, *i.é.* envereda pela não admissão do recurso a soluções desconsiderantes, se a solução estiver consagrada na lei⁹¹.

Em Portugal, defende-se que “sempre que seja possível resolver um problema dentro dos quadros jurídicos mais precisos e rigorosos, é metodologicamente incorreto recorrer a quadros do pensamento de contornos mais fluidos”⁹².

Versa-se, deste modo, sobre um Princípio de Subsidiariedade, numa visão de última *ratio*, excecional ou complementar. Entende-se que, *a contrario*, poderia ser “uma ameaça a um instituto sedimentado na prática e essencial para o desenvolvimento económico”⁹³. Não é pacífica a fundamentação desta solução nos casos em que se entenda ser admissível⁹⁴. Aditando, é consensual que apenas se poderá recorrer a tal mecanismo, resultado de elaboração da doutrina e jurisprudência, quando o resultado pretendido – a tutela dos credores sociais – não possa ser alcançado através da aplicação do direito positivo.

Igualmente, RICARDO COSTA refere ser uma “*operação complexa*” que “não é de fácil interiorização no foro”, por ser uma técnica que “não oferece em absoluto segurança a quem decide, desconfortável por não dispor de claros pressupostos de aplicação da medida”. Neste sentido, “*compete ao interessado provar as manifestações de conduta societária reprovável, que estão hoje razoavelmente sistematizadas*”⁹⁵.

5. Perspetivas de tutela dos credores sociais

5.1. A desconsideração como expediente de tutela

A desconsideração da personalidade jurídica, materialmente, consubstancia um mecanismo de tutela do crédito (do credor social); um mecanismo extrapositivo, dirigido à

⁹⁰ *Apud* MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Contrato de Franquia (franchising): o recurso à “desconsideração” para tutela dos interesses do franquizador. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22.6.2001, Proc. n.º 1201/09” in *RLJ*, n.º35 Julho/Setembro 2011, p.35, nt. 21.

⁹¹ *Idem*.

⁹² Cfr. BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 9ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1996, p. 199.

⁹³ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...cit.*, p. 76, nt. 12.

⁹⁴ *Ibidem* p. 99 e ss.

⁹⁵ Cfr. *op. cit.*, *loc. cit.*

verificação judicial. Ou seja, apenas se consagra *praeter legem*, por ser um expediente que não tem positivação genérica de tutela do credor, também perante os sócios, mais especificamente, perante os desvios dos sócios, a não ser que venha a ser positivado, *de iure condendo*.

A proteção dos credores sociais requer uma reação do Legislador, no sentido de conseguir uma coerência entre, por um lado, os interesses dos sócios e por outro lado, os interesses dos credores. A desconsideração, como mecanismo de tutela é, em muitas circunstâncias, a única forma válida de tutelar os interesses dos credores sociais que, no caso em específico, se reconduzem à satisfação do crédito através de inobservância da autonomia patrimonial⁹⁶. Essa satisfação concretiza-se, na prática, através da responsabilização dos sócios pelas obrigações societárias, como se de dívidas suas se tratasse. Neste sentido, a nossa ordem jurídica consagra, positivamente, mecanismos de tutela, resultantes da preocupação do legislador perante estes, *maxime*, art.º 78, 84, 270-F e 501 do CSC.

In primis, encontramos, no CSC, o art.º 78, como um mecanismo de tutela do crédito, perante os “desvarios” de gestão dos administradores-gerentes. Neste caso, os credores sociais lograrão ver tutelados os seus créditos, através do recurso a determinadas normas constantes do CSC. Desta forma, sob o art.º 78 impende a responsabilidade direta⁹⁷ dos gerentes ou administradores, porquanto sob estes recai a obrigação de informação dos sócios, aquando do estado de subcapitalização material, desde que não tenham conseguido meios de financiamento adequados para dar seguimento à atividade social⁹⁸. Não obstante, não se rejeita o recurso à desconsideração⁹⁹ da personalidade jurídica nos casos em que aos sócios-gerentes, enquanto sócios, couber a responsabilização direta pelas suas condutas¹⁰⁰.

De considerar que o art.º 78 não é o único expediente que visa o mesmo efeito. A par dele encontramos a interpretação teleológica das normas e o recurso ao abuso de direito. Será através destes que se irá fornecer e proteger os credores.

⁹⁶ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade...* cit., p. 205.

⁹⁷ Cfr. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, “Artigo 78º” in *Código das Sociedades em Comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º) Códigos n.º 1, IDET, Coimbra, 2010, p.894

⁹⁸ Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *O capital social...* cit, p. 77.

⁹⁹ Cfr. COUTINHO DE ABREU/ MARIA ELISABETE RAMOS, *Op. cit.* p. 899.

¹⁰⁰ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2ª ed., IDET, Cadernos n.º5, Almedina, Coimbra 2010, p. 76.

In secundis, relativamente aos problemas atinentes às situações de unipessoalidade, os arts.º 84 e 270-F indagam estabelecer uma forma de responsabilização dos sócios, prevendo-se a responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais contraídas, no período de unipessoalidade, nos casos em que a sociedade se encontre insolvente¹⁰¹. Entende-se, contudo, que esta situação apenas poderá ser equacionada perante a sociedade unipessoal superveniente¹⁰², considerando, além disso, que estamos perante uma norma “desconsiderante” da personalidade jurídica da sociedade unipessoal superveniente a que só se deverá recorrer subsidiariamente¹⁰³.

Nota importante é a de que se nas sociedades em geral, há um enorme risco de mistura de património, nas sociedades unipessoais esse é acrescido, tendo em conta que, sendo um único sócio a assegurar a organização e coordenação da sociedade, torna-se mais difícil apurar da transparência contabilística. A solução desconsiderante justifica-se, exatamente, pela carência daquela transparência¹⁰⁴.

Por outro lado, o regime que pretende regular as sociedades por quotas unipessoais originais encontra-se previsto no art.º 270º-A a 270º-G, sendo que a responsabilização ilimitada do sócio único encontra fundamento no art.º 270-F do CSC para um determinado número de problemas¹⁰⁵.

Nestes termos, o art.º 270º-F dedica-se à garantia do respeito do fim da Sociedade, isto é, sanciona com invalidade todos os negócios celebrados entre o sócio único e a sociedade, que não tenham como fim a prossecução do objeto social. Assim, todos esses negócios serão nulos pelo art.º 6, nº1 do CSC, por força do art.º 294 do CC, e o sócio responderá ilimitadamente¹⁰⁶. Poder-se-á entender, deste modo, que o art.º 270-F plasma uma exteriorização da proibição do negócio consigo mesmo, recusando-se a similitude entre os interesses do sócio único e os da sociedade, quando tais não tenham que ver com o fim

¹⁰¹ Cfr. RICARDO COSTA, “Art.º 84º” in *Código das Sociedades Em comentário*, Coord. J. M Coutinho de Abreu, Volume. I (Artigos 1º a 84º), Códigos nº1, IDET, Almedina, Coimbra, 2010, p. 972. No mesmo sentido, RAÚL VENTURA, *Dissolução e liquidação das sociedades. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1993, p.192.

¹⁰² Cfr. RICARDO COSTA, Op. cit., p. 978.

¹⁰³ Idem

¹⁰⁴ Ibidem, p. 972-973

¹⁰⁵ Cfr. RICARDO COSTA, *A sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português. Contributo para o estudo do seu regime Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 678.

¹⁰⁶ Ibidem p. 683.

societário¹⁰⁷. Ainda que esta norma preveja, *prima facie*, a tutela da sociedade, não poderemos deixar de lhe atribuir, paralelamente, uma função de tutela dos credores sociais¹⁰⁸.

As normas em causa demonstram a inquietação do Legislador na defesa dos interesses dos credores sociais. Contudo, não deixa de ser manifesto que o recurso ao art.º 270-F não oferece uma solução para todos os problemas que se colocam no âmbito do direito societário¹⁰⁹.

Por último, surge a análise aos casos em que uma sociedade é controlada por outra (ou outras), no âmbito de um grupo de sociedades, cujo regime está previsto nos arts.º 488 a 508 do CSC. A problematização da tutela dos credores sociais assume especial relevância nos grupos de subordinação e nos grupos de domínio total (original ou superveniente), *maxime*, quando estejamos perante uma situação em que se verifica o exercício de influência dominante. O caso de as sociedades que detêm o controlo puderem dar instruções (consideradas vinculantes¹¹⁰) que protejam o interesse do grupo, proveniente de contrato de subordinação pelas partes celebrado, não obstante o prejuízo das sociedades dominadas, ameaça, evidentemente, a garantia patrimonial dos credores destas últimas¹¹¹.

Perante isto, o art.º 501 circunscreve que seja a sociedade diretora solidariamente responsável pelas obrigações da sociedade subordinada, constituídas antes ou posteriormente à celebração do contrato de subordinação¹¹². De salientar que, nos grupos de sociedades, também o credor se encontra protegido, uma vez que o legislador criou instrumentos que possibilitam uma tutela adequada¹¹³. *In casu*, a tutela dos credores admite que a sociedade subordinada possa exigir da diretora uma compensação pelas perdas anuais,

¹⁰⁷ Ainda que a norma apenas consagre esta hipótese para os contratos, RICARDO COSTA faz uma extensão teleológica do art.º 270-F, “alargando a sua aplicação a todas as situações em que se possibilitou a uma pessoa singular” ou a uma pessoa colectiva o exercício de uma atividade empresarial com as vantagens da pessoa societária e esta apresentou comportamentos abusivos e ilegítimos que extravasam a medida de atribuição de um privilégio que só pode atuar na presença de determinadas condições [...]” tendo por “[...] finalidade prevenir, persuadir e reprimir condutas abusivas. Cfr. Ob. cit., p. 689.

¹⁰⁸ Cfr. Ult. Ob. Cit. p. 686.

¹⁰⁹ FÁTIMA RIBEIRO admite existir um grupo de casos “para o qual o art.º 270 F do CSC [...] nunca constitui resposta suficiente”, Cfr. *A tutela dos credores...cit.*, p. 402.

¹¹⁰ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade... cit.*, p. 247.

¹¹¹ FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...cit.*, p. 408.

¹¹² Cfr. Art.º 501, não obstante o art.º 498º, ambos do CSC.

¹¹³ Cfr. COUTINHO DE ABREU, “Art.º 501” in *Código das Sociedades Em comentário*, Coord. J. M Coutinho de Abreu, Volume VII (Artigos 481º a 545º), Códigos, nº7, IDET, Almedina, Coimbra, 2014, p. 266.

sendo assim transparente uma proteção aos credores, podendo esta ser designada de dupla proteção, ainda que através de um aproveitamento indireto que lhes cabe, ao abrigo do art.º 502¹¹⁴.

É defendido que a sociedade dominante poderá ser responsabilizada, pelo recurso à desconsideração da personalidade da sociedade dominada¹¹⁵ se, concomitantemente, determinadas imposições se verificarem, ou seja, no caso de a instrução emanada não ter sido no interesse do grupo, se dela resultaram danos a credores, trabalhadores e outros intervenientes e se tais danos não se mostrarem salvaguardados por uma norma concreta do CSC. A ser assim, conclui-se que a sociedade dominante fez um uso abusivo do regime das sociedades, bem como da divisão entre ela e a sociedade subordinada, o que fundamenta o recurso à desconsideração¹¹⁶.

Do exposto ressalta que, preenchidos os pressupostos da aplicação dos respetivos regimes que conduzem à revogação do princípio da responsabilidade limitada, consta-se a responsabilização direta dos sócios perante os credores sociais. Portanto, encontramos-nos diante do que a Doutrina julga ser uma “desconsideração legal”¹¹⁷, sendo o seu regime fundamentado e justificado pela necessidade da desconsideração, *in casu*, mediante uma decisão apoiada juridicamente (pela lei). Concretizando o exposto, dos casos mencionados nos arts.º 84, 270-F e 501 resultará que o sócio, a título de exceção, irá responder por dívidas da sociedade, isto é, que não são suas. Assim, sejam qual forem os requisitos a verificar, a consequência será sempre a mesma¹¹⁸.

Quando todos estes mecanismos, que preveem a tutela dos credores sociais, não forem eficazes, urge a necessidade de recorrer à desconsideração extrapositiva, por forma a realizar a justiça do caso concreto. Nessa altura, será a vontade de justiça que nos indicará o caminho ao direito¹¹⁹. Adita-se ainda dever recorrer-se a este instituto, se o pretendido for

¹¹⁴ Sobre esta circunstância, considera FÁTIMA RIBEIRO “que o legislador português consagrou um regime jurídico particularmente agressivo”. Cfr. Op. cit, p. 420-421.

¹¹⁵ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *O levantamento...cit.*, p. 81-82. Em sentido divergente, COUTINHO DE ABREU, cfr. op. cit., p. 270.

¹¹⁶ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...cit.* p, 35, nt 68, Do mesmo autor, Cfr. *Da Empresarialidade...cit.*, p. 268 e ss.

¹¹⁷ Cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2010 p. 183.

¹¹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 185-186.

¹¹⁹ Cfr. VERA CRUZ, *Curso livre de Ética e Filosofia do Direito*, Almedina, Lisboa, 2010 p. 20

responsabilizar os sócios pelos comportamentos adotados, enquanto sócios e não enquanto gerentes – uma vez que estamos objetivamente perante um sócio¹²⁰.

Parece-nos pertinente sublinhar uma outra questão, relativamente à qual, sem ela se perde o efeito prático do labor até ao momento. Conquanto tudo o exposto seja verídico, apenas terá efetividade, na prática, se existirem mecanismos preventivos da preservação do património dos sócios.

Neste sentido, a desconsideração é um expediente que implica a verificação dos seus pressupostos ao nível do abuso do direito mas, paralelamente, carece da verificação de um percurso adjetivo-processual, ao nível dos procedimentos cautelares, *maxime*, de garantia do património. A este respeito falamos, especificamente, do arresto (previsto no art.º 391 e ss do CPC e no art.º 619 do CC), uma providência cautelar conservatória, que pode ser requerida “por todo aquele que se arroga na qualidade de credor do requerido”, desde que “demonstre a *probabilidade da existência do seu crédito e fundado ou justo receio da perda da sua garantia pessoal*”¹²¹, *ex vi*, arts.º 601 e 619, n.º1 do CC. Desta forma, procede-se a uma preservação cautelar do património dos sócios cuja condenação se pretende, garantindo o “efeito útil da ação principal”¹²².

Jurisprudencialmente, as “desconsiderações” que colheram provimento nos tribunais advieram de arrestos cautelares¹²³. Não havendo património para o respetivo cumprimento da sentença, esta apenas servirá de “ganho moral”. Como já mencionado supra, sendo a desconsideração da personalidade jurídica um expediente de última *ratio*, destinado a reprimir comportamentos abusivos em ordem à proteção dos credores sociais, só fará sentido se for acompanhado por uma prova muito clara do caso abusivo e se enveredar esforços no sentido de criar no julgador a convicção de que é merecedor de tutela cautelar, ou seja, do arresto preventivo.

¹²⁰ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos administradores...*cit., p, 77.

¹²¹ Cfr. REMÉDIO MARQUES, *op. cit.*, p. 171.

¹²² *Idem*.

¹²³ Veja-se, *v.g.*, os Acs. do TRL, de 28/05/2008, Proc. n.º 2402/2008-4, Relator: Seara Paixão e de 08/11/2012, Proc. n.º 1988/11.1TVLSB-B.L1-2, Relator: Pedro Martins, disponíveis em www.dgsi.pt. Nestes casos, as ações de responsabilização tiveram por fundamento o arresto, como forma de garantir o pagamento da dívida peticionada.

Conclusão intercalar:

Perante o exposto, tomando por exemplo GALGANO¹²⁴ sustentamos que a desconsideração da personalidade jurídica é, no fundo, um retorno à regra geral do Direito Civil, *ex vi*, art.º 601 CC. Numa breve concretização (pois será desenvolvida infra) poderemos dizer que o sócio responderá pelas dívidas como se fossem suas, quando tenham contribuído, com o seu comportamento, para aquele estado. Analisada a situação numa ótica puramente objetiva, não se trata de mais do que um retorno à regra geral, ou seja, à situação que existiria se, ao invés de os sócios terem usado a sociedade (cujo património iria responder), tivessem contraído uma dívida em compropriedade ou individualmente¹²⁵. Desta forma, assumimos a posição (que defenderemos mais pormenorizadamente infra), de que estamos perante cumprimento de dívida alheia, resultante da supressão do privilégio da separação patrimonial, pelo que se trata de responsabilidade patrimonial subsidiária.

Note-se que, não obstante os meios de tutela enunciados, a prestação de garantias é outra das formas que possibilita a tutela dos credores sociais, no âmbito de uma sociedade por quotas. Essa prestação poderá ser efetuada pelos sócios, ou mesmo, por terceiros, podendo traduzir-se em garantias pessoais ou reais. A grande interrogação colocada é a de que tal prestação de garantias aos credores sociais, só ocorrerá quando (e se) o credor social detiver capacidade negocial para as impor e/ou exigir dos sócios. Daqui se constata, sem grande dificuldade, que apenas uma parte dos credores sociais beneficiará desta possibilidade, pois os credores fracos, dificilmente, - ou quase nunca - poderão impor a prestação de garantias que assegurem os seus créditos perante a sociedade¹²⁶.

5.2. A distinção entre credores

A tutela dos credores é, sem dúvida, a preocupação constante que nos trouxe até aqui. Nestes termos, considera-se pertinente fazer uma distinção entre credores, de modo a

¹²⁴ *Apud* RICARDO COSTA, *A Sociedade por quotas...cit.* p. 661-662 e, do mesmo autor, cfr. “A responsabilidade dos gerentes...” cit., p. 64-65.

¹²⁵ Neste sentido diz-nos GALGANO que “o sócio responde por débitos que já lhe pertenciam e relativamente aos quais ele respondiam limitadamente em virtude da disciplina compreendida no conceito de pessoa jurídica” Cfr. “L’abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di mérito (e negli «obiter dicta» della Cassazione)”, *CI*, p.381, *apud* RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas...cit.* p. 666, nt 853.

¹²⁶ *Vide* TARSO DOMINGUES, “O Novo regime do capital social nas sociedades por quotas” in *DSR*, Ano 3, Vol. 6, Semestral, Almedina, Outubro, 2011, p. 117.

haver um efetivo respeito pelo princípio da Igualdade, plasmado no art.º 13 da Constituição da República Portuguesa¹²⁷, *maxime*, na aplicação do direito.

Nestes termos, importa distinguir entre credores fortes e credores fracos¹²⁸, não sendo esta uma mera distinção formal, mas uma distinção que revela possuir importantes efeitos práticos. Haverá sempre desigualdades de informação, de poder negocial, de condicionamento e influência dos credores sobre os sócios da sociedade e sua gestão e tudo isso leva, porventura, a que, em certas situações, a tutela não seja a mesma.

Dada a realidade da conjuntura económica e empresarial, não é verdade que possamos afirmar que os credores sociais se encontram numa mesma situação de paridade, uma vez que um credor pode ser um simples agricultor, com uma produção de pequena dimensão ou, ao invés, um banco, detentor de fortíssimas garantias creditórias¹²⁹. Neste sentido, PAZ-ARES faz a mesma distinção entre credores fortes e credores fracos, considerando unânime a reclamação de proteção adequada a estes últimos. Na sua visão, considera como credores fortes as instituições financeiras uma vez que, pela sua estrutura, conseguem impor garantias pessoais ou reais por forma de assegurar os seus direitos¹³⁰. Note-se que um credor fraco dificilmente poderá impor e/ou exigir prestações de garantias aos sócios, pois não possuem influência e/ou credibilidade suficiente para, a título de exemplo, verem ser-lhes subscritas *confort letters*, (porque têm acesso a informação, condicionam gestão, monitoriza a sociedade) que, por definição, são uma “figura própria dos grupos de sociedades e do direito bancário”¹³¹.

¹²⁷ Não olvidemos que se trata de igualdade material, devendo-se “tratar igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”, na medida dessa diferença. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p.427-428.

¹²⁸ Neste sentido, Cfr. TARSO DOMINGUES, *Variações sobre...cit.*, p, 162.

¹²⁹ ENGRÁCIA ANTUNES afirma terem vindo os grupos de sociedades despoletar uma inversão da distribuição dos riscos inerentes à atividade empresarial. Para o A. “credores débeis ou involuntários” são, por exemplo, consumidores, trabalhadores e pequenos fornecedores e “credores fortes ou voluntários” são, os bancos e os grandes fornecedores. Cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de Sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2ª ed, Almedina, Coimbra, 2002, p. 114.

¹³⁰ Cfr. PAZ-ARES, Cândido, “Sobre la Infracapitalización de las sociedades”, in *Anuário de Derecho Civil*, 36, Artes Gráficas y Ediciones, S.A, Madrid, 1983, p. 1601.

¹³¹ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Sobre as cartas de conforto na concessão de crédito*, in, *Ad Vno Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, (Org. de Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda e J. J. Gomes Canotilho), 1920-1995, 1998, p. 415.

Neste sentido, será imperativo a fixação de um critério que permita ao Juiz a distinção entre diferentes credores sociais¹³², em ordem à prossecução da Justiça do caso concreto. Porém, numa perspetiva discordante há quem julgue que a responsabilidade dos sócios é para com a sociedade, considerando que a “alegada vantagem” da distinção se perde, uma vez que o beneficiário direto será o património social (e não os credores)¹³³.

Decorre do exposto, partilhando nós do entendimento maioritário da doutrina, que não pode deixar de se afastar a responsabilidade dos chamados “credores fortes” do regime do *Durchgriff, maxime*, fornecedores de grande dimensão ou financiadores que tinham consciência da “situação de subcapitalização e/ou assumiram com espoco lucrativo, os riscos”¹³⁴. A ideia que está subjacente a esta posição refere-se ao facto de os credores fortes, (entidades bancárias), terem o ónus de avaliar a situação e recusar o crédito e/ou exigir garantias, quando haja indícios da existência de possíveis riscos de não pagamento, evitando assim a via da desconsideração. Já de credores fracos, pequenos fornecedores que veem a sua posição negocial diminuída, não se pode fazer a mesma exigência.

Mais uma vez deparamo-nos com o abuso de direito a operar como instrumento de fundamentação para o impedimento do benefício da desconsideração, por parte dos credores fortes. Isto é, sempre que se possa concluir que os credores tinham conhecimento da situação financeira empresarial e que, não obstante, houve uma assunção voluntária do risco, deve esse comportamento revelar-se abusivo na pretensão de tutela através da desconsideração. Poder-se-á dar outro passo em diante e tecer que o credor forte, que em concreto tenha sido forte, quando invoca a desconsideração, tem um comportamento abusivo, ou seja, é abusivo invocar o abuso de direito porque conhecia manifesta e objetivamente que os comportamentos que estavam a ser tomados eram abusivos.

Estes, como indicado acima, dispõem de meios e/ou regalias contratuais que, funcionando por si só, desencadeiam-se antes, se quer, do recurso à desconsideração da

¹³² Vide. Ac. TRC, de 04 de junho de 2002, Proc. n° 590/02, relator: Hélder Roque, em que a jurisprudência consentiu na diferenciação entre credores, disponível em www.dgsi.pt

¹³³ Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores ...*, cit., p. 169 e ss. Não obstante, admite que “subsiste a questão da tutela dos chamados “credores fracos”, que são credores involuntários, uma vez que as circunstâncias da constituição do seu crédito não lhes permitem a possibilidade de se informarem acerca da situação da sociedade e causam ou reagem convenientemente a essa informação”. Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores... cit.*, nt. 180, p. 201.

¹³⁴ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito... cit.*, p. 187. No mesmo sentido, TARSO DOMINGUES, *O Novo Regime... cit.*, p. 116-117.

personalidade jurídica para efeitos de responsabilidade. Não pode considerar-se justo que estes consigam mais pela via da interpretação da lei do que teriam conseguido pela via negocial, tendo em conta os meios de que dispunham. Se da autonomia das partes não resultou nenhuma das garantias previstas *ex lege*, (e não esquecendo os meios de que dispunham), não deve o esforço interpretativo dos juristas e do julgador beneficiar a favor desse tipo de credores.

Conclui-se portanto, aparecer-nos a desconsideração como “um dos remédios possíveis para evitar o abuso do instituto da sociedade comercial”¹³⁵. Sem previsão legal expressa, a sua utilização provem de uma construção dogmática e jurisprudencial e poderá ser reconduzida a “grupos de casos”, através do recurso a institutos como a responsabilidade civil, interpretação de normas e abuso de direito¹³⁶.

6. Dissecação

6.1. Grupos de casos

Como exposto supra, recorre-se à desconsideração da personalidade jurídica das sociedades numa ótica de responsabilização dos sócios, pelas dívidas sociais, mesmo que, à partida, estes estivessem isentos dessa responsabilidade. A supressão do benefício da responsabilidade limitada justifica-se, *in casu*, pelo desrespeito dos princípios societários, tendo em vista a tutela dos credores sociais.

Antes da análise detalhada destas questões é pertinente uma compreensão sistemática do instituto e, neste sentido, considera-se premente proceder-se à distinção (proveniente da Doutrina Alemã) entre dois “grupos de casos”¹³⁷: a *Durchgriff* de imputação (leia-se, *Zurechnungsdurchgriff*), em que “determinados conhecimentos, qualidades ou comportamentos de sócios são referidos ou imputados à sociedade e vice-versa”¹³⁸; da *Durchgriff* de responsabilidade (leia-se, *Haftungsdurchgriff*), cuja “regra da

¹³⁵ Cfr. PEDRO CORDEIRO, *A desconsideração...*cit., p 25.

¹³⁶ gCfr. MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades I*, I Volume, Parte Geral, 3ª ed. Ampliada e actualizada, Almedina, Coimbra, 2011 p. 448 e ss

¹³⁷ Vide FÁTIMA RIBEIRO, op. cit. p. 76, nt. 12.

¹³⁸ Cfr. COUTINHO DE ABREU, op. cit., p.178.

responsabilidade limitada, que beneficia certos sócios, é quebrada”¹³⁹. Neste grupo de casos (de responsabilidade), o aparente consenso¹⁴⁰ que se verifica na Doutrina justifica a sua maior relevância para o estudo *sub judice*.

Relativamente aos “casos de imputação”, não se vislumbra interesse para o estudo presente. Porém, no que concerne aos casos de responsabilização, nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO, esta é “a figura que mais interessou aos intérpretes”¹⁴¹. Comumente, ainda que de forma não unânime, reconduzem-se às situações de subcapitalização, descapitalização da sociedade (ou “desinteresse patrimonial censurável”), mistura de patrimónios dos sócios e sociedade¹⁴² e, por fim, domínio qualificado¹⁴³ sob sociedades.

Contudo, nem todos os autores optam pela mesma sistematização e/ou *nomem iuris*. Por um lado, podemos encontrar uma divisão entre controlo da sociedade por um só sócio, subcapitalização da sociedade e mistura de patrimónios¹⁴⁴. Por sua vez, numa sistematização mais complexa¹⁴⁵, podemos observar uma sistematização que contempla a confusão de esferas jurídicas, a subcapitalização, o atentado a terceiros e abuso de personalidade. Finalmente, há que proceda apenas a uma dupla divisão entre subcapitalização e mistura de patrimónios¹⁴⁶.

Independentemente da sistematização adotada, não poderemos olvidar que “estão a ser transferidos os riscos para os outros [...] – os credores, (acrescentado nosso) - [...] e isso justifica o recurso à desconsideração”¹⁴⁷. Importa debruçarmo-nos nas hipóteses de subcapitalização e descapitalização (numa ótica de distinção), tendo em conta que é em torno daquela que surge a grande discussão doutrinal. Contudo, impõe-se uma singela descrição dos casos de mistura de patrimónios e do domínio qualificado.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Neste sentido, vide COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade...cit.*, p. 208.

¹⁴¹ Cfr. *op. cit.*, p. 78.

¹⁴² COUTINHO DE ABREU apenas admite os primeiros três casos. Cfr. *Curso de Direito Comercial...cit.*, p. 180 e ss.

¹⁴³ Sobre o domínio qualificado, RICARDO COSTA defende ser um dos grupos de casos e acrescenta ser defensável que o administrador de facto seja enquadrado como um instituto. Cfr. *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 144.

¹⁴⁴ Cfr. *op. cit.*, p. 177.

¹⁴⁵ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades...cit.*, p. 445.

¹⁴⁶ Cfr. PEDRO CORDEIRO, *A Desconsideração da Personalidade...cit.*, p.66 e ss.

¹⁴⁷ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial...cit.*, p. 80.

Neste sentido, falamos de mistura de patrimónios quando os sócios de uma sociedade utilizam o património desta como património pessoal próprio, não respeitando as regras societárias, nomeadamente as contabilísticas.

Ao desrespeitarem o “princípio da separação do património”, há a inobservância da autonomia patrimonial da sociedade, respondendo estes (os sócios) perante os credores da mesma. Nesta ótica, não poderão os sócios invocar a responsabilidade limitada e consequentemente, a irresponsabilidade pelas dívidas societárias¹⁴⁸. Estes casos aparecem, sobretudo, nas sociedades unipessoais por quotas,¹⁴⁹ ex vi, art.º 270-A do CSC^{150/151}. Todavia poder-se-á, igualmente, considerar um problema que atinge as sociedades pluripessoais¹⁵². Assim, nos casos em que, pela análise concreta do julgador, se verifique inexistência de uma separação patrimonial, subjacente às regras societárias, em prejuízo da sociedade, deve este, excecionalmente, tutelar os credores sociais através do recurso à desconsideração da personalidade jurídica¹⁵³. Para tanto será necessário que os sócios sejam responsabilizados pelas dívidas da sociedade, sendo, na opinião de vários autores¹⁵⁴, o recurso à desconsideração a única via que efetiva a tutela dos credores sociais¹⁵⁵.

¹⁴⁸ Cfr. COUTINHO DE ABREU, op. cit., p.184.

¹⁴⁹ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade ...cit.*, p. 208.

¹⁵⁰ Art.º 270-A CSC: “A sociedade unipessoal por quotas é constituída por um sócio único, pessoa singular ou coletiva, e que é titular da totalidade do capital social”.

¹⁵¹ Segundo RICARDO COSTA, será mais correto utilizar a expressão “Sociedade por Quotas Unipessoal” a unipessoalidade é uma característica da sociedade por quotas. Em discurso oral, proferido no Curso de Direito Comercial II da Faculdade de Direito de Coimbra, Ano letivo de 2013-2014.

¹⁵² Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, op. cit. p.261. nt. 276.

¹⁵³ Em sentido concordante, FÁTIMA RIBEIRO assume a posição de, nos casos de a mistura de património ser reveladora da inexistência de uma “organização contabilística”, tal poderá “requerer o recurso a soluções desconsiderantes”. Cfr. *A tutela dos credores...cit.*, p. 265 e ss, bem como, p. 641, ponto 15. Ainda da mesma A., pode retirar-se a posição de que, nestes casos, “a autonomia patrimonial deixou de existir pela atuação do (s) sócio (s), logo, está justificada a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, a fim de se fazer responder pelas obrigações o património do (s) sócio (s)”. Cfr. “Desconsideração da personalidade jurídica...”cit., p. 62.

¹⁵⁴ Cfr., entre outros, FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...cit.*, p. 641; MENEZES CORDEIRO, *O levantamento...cit.*, p. 117; COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial...cit.*, p. 184 e LAMARTINE CORRÊA, *A Dupla Crise...cit.*, p. 610-611.

¹⁵⁵ Neste sentido foi também o Ac. da Relação de Lisboa, de 8 de novembro de 2012, Proc. n.º 1988/11.1TVLSB-B.L1-2, Relator: Pedro Martins, cujo sumário consigna que “se os bens arrestados pertencem à sociedade embargante, mas esta é uma sociedade por quotas unipessoal, sendo sua sócia única a sociedade arrestada, devedora do arrestante, que decidiu vender os bens daquela (sociedade totalmente dominada) para pagar as suas (da sociedade totalmente dominante) dívidas, justifica-se que se desconsidere a personalidade jurídica da embargante e se tratem os bens arrestados como se fossem da sociedade arrestada, não se levantando o arresto dos bens”. Vide em www.dgsi.pt.

Finalmente, quanto ao grupo de casos enquadrado no domínio qualificado, já se referiu que alguns autores o excluíram do elenco. Não obstante, RICARDO COSTA não considera caso para exclusão, uma vez que admite ser “um caminho alternativo a outros dois *modelos hermenêuticos* de correção da ingerência indevida [...] na administração das sociedades comerciais¹⁵⁶. Quer uma via, quer a outra são “técnicas corretivas que prescindem da *forma* [...]” em ordem a “[...] realizar a justiça do caso concreto”¹⁵⁷. Ora, é entendimento de que o administrador de facto é um dos mecanismos, ao lado de outros que beneficiam os credores em função de lesões feitas por comportamentos abusivos e ilegítimos. Não percamos o norte e atentemos que, de facto, ele é uma ilegitimidade, que apenas surge ao mesmo nível do administrador de direito quando o legitimamos. Neste contexto, se os requisitos estiverem verificados, os administradores da sociedade dominante, bem como a sociedade dominante para efeitos de responsabilidade podem ser considerados administradores de facto¹⁵⁸. Ainda assim, tal não significa que os credores não possam recorrer à desconsideração da personalidade jurídica, para responsabilizar pelas dívidas da sociedade dominada, a sociedade dominante.

Bem vistas as coisas, considera-se que todos os grupos de casos irão encerrar num ponto comum: a tutela dos credores perante comportamentos abusivos e ilegítimos.

Chegados a este ponto, importa, sem mais demora, dar preferência à subcapitalização e à descapitalização, por serem, na nossa opinião, os grupos em que o credor pode encontrar maior tutela e ver-se ressarcido com maior segurança, por o abuso ser mais evidente e manifesto.

6.2. Subcapitalização

A subcapitalização é considerada pela Doutrina como um dos dilemas que o Direito Societário apresenta ainda por resolver¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Cfr. op. cit., p. 167.

¹⁵⁷ Cfr. RICARDO COSTA, op. cit., p. 211

¹⁵⁸ Ibidem, p. 235-236. Do mesmo autor, Cfr. “Responsabilidade dos gerentes...” cit., p. 58, nt 22.

¹⁵⁹ Cfr. PAZ-ARES, op. cit., p. 1587.

Citando COUTINHO DE ABREU, a subcapitalização, grosso modo, consiste numa “desproporção anormal entre o capital social e o volume de negócios da sociedade”¹⁶⁰. No mesmo sentido, encontramos esclarecimentos, referindo que uma sociedade se encontra subcapitalizada quando “o capital próprio (incluindo o capital social e as reservas) é insuficiente face às suas reais necessidades de capital próprio, tais como resultam do tipo, volume e riscos da atividade social”¹⁶¹.

No seio das situações de subcapitalização, a utilização do instituto da desconsideração deve ser recusada quando esta seja meramente nominal (ou formal), uma vez que apenas fará sentido o recurso a este mecanismo quando aquela seja material. Relativamente ao primeiro caso, trata-se de uma insuficiência meramente contabilística, *i.é.*, não obstante inexistir uma dotação de capital suficiente para a prossecução do objeto social, tal insuficiência foi suprida através de capitais alheios, dos sócios (suprimentos¹⁶²) ou terceiros (empréstimos)¹⁶³. Será material se essa insuficiência não for suprida por qualquer forma (aumento de capital ou capitais alheios, ainda que assegurados pelos sócios através de garantias pessoais). Sobre esta, diz-nos PORTALE que uma sociedade está materialmente subcapitalizada quando “*dotada di un capitale del tutto sproporzionato rispetto all’oggetto sociale, non è coperto nemmeno con prestiti dei soci*”^{164/165}.

Esta distinção¹⁶⁶ é importante, tendo maior relevo o conceito de subcapitalização material (manifesta e qualificada¹⁶⁷) do que o de subcapitalização formal¹⁶⁸ (que, regra geral,

¹⁶⁰ Cfr. *Da Empresarialidade...cit.*, p. 208.

¹⁶¹ Cfr. ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do Contrato de suprimento...cit.*, p. 107.

¹⁶² Sobre o contrato de suprimento, menciona ALEXANDRE MOTA PINTO, ser esta a resposta do nosso ordenamento jurídico face a situações de subcapitalização nominal. Deste regime diverge, porém, o recurso à desconsideração da personalidade jurídica. Cfr. ult. Ob. Cit. p. 133 e ss e 392.

¹⁶³ COUTINHO DE ABREU menciona que os problemas da subcapitalização formal ou nominal são resolvidos com recurso aos arts.º 243 e ss do CSC. Vide *Da Empresarialidade ...cit.*, p. 178. No mesmo sentido adita ALEXANDRE MOTA PINTO que a subcapitalização nominal “já nada tem a ver com a penetração da personalidade coletiva”, sendo a solução imposta pela ordem jurídica. Cfr, op. cit., p. 108.

¹⁶⁴ Cfr. *Capitale Sociale e Società per Azioni Sottocapitalizzata*, Milano – Dott. A. Giufrè Editore, 1991, p. 29.30.

¹⁶⁵ Tradução nossa: “dotada de capital desproporcional com o objeto social, nem sequer é coberto por empréstimos de acionistas”.

¹⁶⁶ Distinção igualmente adotada por TARSO DOMINGUES, Cfr. “Do capital social...”*cit.*, p. 223 e por PAZ-ARES, Cfr. op. cit., p. 1594. No entanto, PINTO DUARTE ainda distingue entre subcapitalização absoluta e relativa. Cfr. RUI PINTO DUARTE, “A subcapitalização das Sociedades no Direito Comercial no Direito Comercial”, in *Fisco*, n.º 76/77, ano VIII, *Lex*, Março/Abril, 1996, p. 56

¹⁶⁷ Cfr. RICARDO COSTA, *A Sociedade por Quotas...cit.*, p. 708, nt. 939.

¹⁶⁸ No mesmo sentido dita TARSO DOMINGUES: a subcapitalização pode ser formal “quando os sócios, proporcionando à sociedade os recursos necessários ao exercício da sua atividade, o fazem, não através do

não proporciona situações de risco de liquidez), uma vez que é àquele nível que poderá surgir a problemática da desconsideração da personalidade jurídica, se ela for considerada abusiva¹⁶⁹ e sê-lo-á se for “evidente e facilmente reconhecida pelos sócios” e estes nada fizeram para a suprir, ou seja, fala-se em subcapitalização material qualificada ou manifesta¹⁷⁰.

A subcapitalização material poderá verificar-se (sob o ponto de vista temporal¹⁷¹) em dois momentos, ou seja, *ab initio* aquando da constituição da sociedade¹⁷² *i.é.*, inicial, ou supervenientemente¹⁷³. Considera-se que existe subcapitalização material originária quando os sócios não dotam a sociedade com o capital necessário que permita o desenvolvimento da sua atividade social, sem que essa insuficiência seja suprida mediante qualquer meio de financiamento, por parte dos sócios (empréstimos)¹⁷⁴. Noutro prisma, há subcapitalização material superveniente nos casos em que a sociedade deixa de ter meios suficientes à prossecução do objeto social, - em virtude de uma alteração do objeto social¹⁷⁵ e/ou perante uma situação de perda grave do capital social¹⁷⁶, ex vi art.º 35 do CSC - e os sócios fiquem inertes.

Será assim pertinente averiguar quem deverá ser responsável pelo abuso da personalidade coletiva. Desta forma, existindo abuso da personalidade coletiva da sociedade e estando diante de um caso de subcapitalização original, todos¹⁷⁷ os sócios serão

capital social mas mediante outros instrumentos de financiamento (v.g., empréstimos)”. Cfr. “O Novo regime...” cit., p.110.

¹⁶⁹ Em Portugal, com a alteração introduzida no artigo 201º do CSC, pelo DL n.º 33/2011, de 7/Março, o capital social das sociedades por quotas passou a ser fixado livremente, pelos sócios, no contrato de sociedade, deixando por isso de haver capital mínimo obrigatório.

¹⁷⁰ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial...*cit., p.185.

¹⁷¹ Cfr. RICARDO COSTA, *op. cit.*, p. 700, nt. 925.

¹⁷² PORTALE adverte para o facto de que “um direito das sociedades de capitais que deixa a dotação do capital social de uma sociedade de responsabilidade limitada exclusivamente nas mãos dos fundadores pode encorajar a entrada no mercado de empresas sem meios e, portanto, propensas à insolvência e em qualquer caso conduz a uma fatal subcapitalização”. Cfr. “*Sociedade de Responsabilidade Limitada sem Capital Social e empresário em nome individual com «capital destinado» (capital social quo vadis?)*”, in *DSR*, (Artigo traduzido do italiano por TARSO DOMINGUES). Vol. 6, Almedina, Outubro, 201, Ano 3 p.274.

¹⁷³ Cfr. entre outros, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial...*cit., p.185; FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela de credores...*cit., p.188-189 e TARSO DOMINGUES, *Variações sobre...*cit., p. 390, nt. 1518.

¹⁷⁴ Vide, neste sentido, TARSO DOMINGUES, *ult. ob. cit.*, p. 392, nt. 1529; COUTINHO DE ABREU, *op. cit.*, p.185; FÁTIMA RIBEIRO, *op. cit.*, p. 188 e PAZ-ARES, *op. cit.*, p. 1594.

¹⁷⁵ Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *ult. op. cit.*, p. 189.

¹⁷⁶ Aprofundando o regime da “perda grave do capital social” vide, entre outros, TARSO DOMINGUES, *Variações sobre...*cit., p. 328 e ss; FÁTIMA RIBEIRO, *op. cit.* p.194 e ss.

¹⁷⁷ Padece da mesma opinião, PAZ-ARES, *op. cit.*, p.1618.

responsáveis (sócios fundadores¹⁷⁸) pelas obrigações societárias, por via do recurso à desconsideração da personalidade jurídica, num “carácter nitidamente excecional”^{179/180}. Diferentemente, numa situação de subcapitalização superveniente, a responsabilidade recai sobre aqueles que mantêm a sociedade dentro do comércio jurídico, apesar de sofrer de manifesta subcapitalização material (sócios controladores¹⁸¹), sejam estes sócios os que tenham intervenção de facto na gestão societária, ou que decidam pela continuação da atividade desta, menosprezando os interesses dos credores sociais. Mais acrescenta COUTINHO DE ABREU afirmando que, se numa situação de subcapitalização, a sociedade cair em insolvência através deste abuso de personalidade, “serão os sócios chamados a responder (subsidiária mas) ilimitadamente perante os credores sociais”^{182/183}.

Sobre esta solução para onde nos inclinamos, há vozes discordantes, entendendo que o dilema da subcapitalização material não deve ser decidido mediante o recurso a soluções “desconsiderantes”, devendo sê-lo, porém, nos termos da responsabilidade interna, endereçada contra os administradores e gerentes, com fundamento na gestão culposa, *máxime*, pela violação do “dever de apresentação pontual da sociedade à insolvência”¹⁸⁴. Observa-se ainda, uma posição mais extremista, no sentido em que deste recurso deve ser excluída a subcapitalização material, “uma vez que sobre os sócios não recai a obrigação legal de capitalização adequada da sociedade”¹⁸⁵. Nesta opinião, foi o próprio Legislador quem quis favorecer projetos empresariais com um certo risco, pelo que, assumir a possibilidade de desconsideração seria um “entorse” ao princípio da Responsabilidade Limitada¹⁸⁶.

¹⁷⁸ Vide COUTINHO DE ABREU, op. cit., p. 186.

¹⁷⁹ Cfr. TARSO DOMINGUES, *Variações sobre...*cit., p.170, nt. 642.

¹⁸⁰ No mesmo sentido envereda o Ac. da Relação de Lisboa, de 29/03/2012 Proc. n.º 1751/10.7TVLSB.L1-2, in www.dgsi.pt. No ponto VIII do sumário pode ler-se: “No caso de subcapitalização material originária respondem subsidiária e ilimitadamente todos os sócios. No caso de subcapitalização superveniente só responderão subsidiária e ilimitadamente os sócios «controladores» da sociedade.”

¹⁸¹ Em concordância, para além de COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito...*cit., p.186, *vide*, igualmente, PAZ-ARES, op. cit. p. 1618.

¹⁸² Vide, op. cit. p. 185.

¹⁸³ Similarmente, PAZ-ARES admite que os casos de subcapitalização material originária poderão conduzir à responsabilização de todos os sócios, diferentemente dos casos de subcapitalização material superveniente, que conduzirão apenas à responsabilização dos sócios controladores. Vide, op. cit., p.1618.

¹⁸⁴ Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *O Capital Social...*cit., p. 74.

¹⁸⁵ Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...*cit., p. 640.

¹⁸⁶ Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *O Capital Social ...*cit., p. 69.

Todavia, refuta-a COUTINHO DE ABREU ao considerar que “a observância da exigência legal do capital social mínimo (muito baixo para muitíssimos casos, *se pensarmos nas Sociedades por quotas, hoje estas apresentam a modalidade de capital social livre*¹⁸⁷) não impede o abuso da personalidade jurídica em prejuízo dos credores, não da própria sociedade”, daí que se fale de responsabilidade externa, *i.é*, responsabilidade para com os credores¹⁸⁸.

Poder-se-á dar outro passo e concluir, relativamente ao art.º 201 do CSC, que o legislador só permitiu esta situação “*bizarra*”, porque existe o mecanismo da desconsideração como corretor, ou seja, os sócios são livres de escolher o capital social mínimo que entenderem mas, se não dotarem a sociedade de meios para o exercício da atividade, têm a sanção da desconsideração.

Aqui volvidos, impõe-se uma breve análise das alterações procedentes do Decreto-lei n.º 33/2011, de 7 de março, respeitante ao regime do capital social mínimo¹⁸⁹.

A alteração de maior magnitude deu-se ao nível do art.º 201 do CSC, que outrora determinara um capital social mínimo de €5 000, para as sociedades por quotas, aparecendo este como contrapartida à responsabilidade limitada, de que beneficiam os respetivos sócios.

Não obstante, tomando por exemplo o Reino Unido e vários estados dos EUA¹⁹⁰, cujo capital social mínimo não é exigido¹⁹¹, vem o preâmbulo do DL n.º 33/2011 sublinhar que “*atualmente, o capital social não representa uma verdadeira garantia para os credores e, em geral, para quem se relaciona com a sociedade.*” Com isto quer-se afirmar que o capital social deixou de ser uma ferramenta de tutela dos credores sociais. Note-se que, desde sempre, houve um entrave na sua utilização como meio de defesa, uma vez que, como o tinha mencionado já TARSO DOMINGUES, “se determinado valor de €5 000 pode ser idóneo a constituir a dita «caução» para terceiros no caso de uma mercearia, será com

¹⁸⁷ Artigo 201º do CSC.

¹⁸⁸ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito...cit...*, p. 186.

¹⁸⁹ Sobre este tema Cfr. MARIA MIGUEL CARVALHO, “O Novo Regime Jurídico do Capital Social das Sociedades Por Quotas”, in *Capital Social Livre e Ações sem Valor Nominal*, Coord. Paulo de Tarso Domingues/Maria Miguel Carvalho, Almedina, 2011, p. 9 e ss.

¹⁹⁰ Desde a década de 60 do séc. XX, começou por ser extinta em alguns Estados. A partir da década de 80 foi suprimida do “*Revised Model Business Corporation Act*”. Cfr. TARSO DOMINGUES, “Art.º 201” in *Código das Sociedades Em comentário*, coord.: J. M Coutinho de Abreu, Volume. III (Artigos 175º a 245º), Códigos n.º3, IDET, Almedina, Coimbra, 2011, p. 202.

¹⁹¹ Cfr. MARIA MANUEL CARVALHO, Op. Cit. p. 14.

certeza, para esse efeito, desadequado se se tratar de uma siderurgia, hipermercado ou duma fábrica de automóveis”¹⁹², podendo funcionar como “uma restrição, injustificada, à liberdade contratual, impedindo a criação de novas sociedades para a exploração de pequenas empresas que, com o desenvolvimento da sua actividade social, poderiam assumir considerável importância económica”¹⁹³. Foi, aliás, esta a fundamentação mobilizada no já referido preâmbulo do DL n.º 33/2011.

Ainda assim, mesmo que o sentido legislativo nos apresente uma livre fixação do capital social, tal não significa que, para a prossecução do objeto social, não recaia sobre os sócios a exigência de dotação da sociedade com capital social adequado. De outra forma, seriam os credores sociais a sustentar o risco de perda para além do capital social¹⁹⁴ e esse risco não deve sofrer uma limitação tal que possa gerar “benefícios só ou sobretudo para os sócios e gerar prejuízos principalmente para os credores”¹⁹⁵. A este propósito, defendemos uma responsabilidade externa, para com os sócios (e não interna, para como a sociedade)¹⁹⁶.

Hoje poderemos afirmar que a imposição de um capital social livre¹⁹⁷, nas sociedades por quotas, irá, com grande probabilidade, aumentar o fenómeno da subcapitalização material. Desta forma, parafraseando, novamente, TARSO DOMINGUES, a partir de agora, “os sócios deverão ter um redobrado cuidado em financiar e proporcionar à sociedade os meios minimamente adequados ao exercício do objeto social”, sob pena de uma possível responsabilidade pessoal¹⁹⁸. Destarte, será de refutar o entendimento de alguns

¹⁹² Cfr. *Do capital Social...*cit., p. 212.

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ PAULO TARSO DOMINGUES refere que a responsabilidade limitada perde o seu sentido quando os seus beneficiários criam uma “organização extremamente fraca e débil”, visando unicamente evitar os riscos de perda. Cfr. op. cit. p. 235. No mesmo sentido, PEDRO CORDEIRO afirma que é “um absurdo” serem os credores sociais quem suportam os riscos de perda de determinada sociedade. Cfr., *A desconsideração...*cit., p.161.

¹⁹⁵ Cfr. COUTINHO DE ABREU, “Subcapitalização de Sociedade e Desconsideração da Personalidade Jurídica”, in *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, coord.: Paulo Tarso Domingues/Maria Miguel Carvalho, Almedina, 2011, p.39.

¹⁹⁶ Posição defendida por COUTINHO DE ABREU, Cfr. op. cit., p. 39 e TARSO DOMINGUES, *O Novo regime...*cit., p.111-112. Em sentido contrário, vide ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do contrato de suprimento...*cit., p. 127.128 e FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos Credores...*cit., p. 234.

¹⁹⁷ Como refere TARSO DOMINGUES, “este regime não eliminou a figura do capital social [...] este passa a corresponder ao número de sócios multiplicado pelo valor mínimo da quota, *i.é.*, 1€”. Cfr. “Capital e Património Sociais, Lucros e Reservas” in *Estudos de Direito das Sociedades*, Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, 11ª ed., Almedina, 2013, p.185.

¹⁹⁸ Cfr. TARSO DOMINGUES, *Variações sobre ...*cit., p. 171.

autores¹⁹⁹ que excluem desta problemática a hipótese de subcapitalização, em virtude de considerarem existir um “problema de gestão”²⁰⁰, portanto, de responsabilidade interna²⁰¹.

Do nosso ponto de vista, perante uma subcapitalização material manifesta, os sócios serão, com grande probabilidade²⁰², responsabilizados²⁰³, sendo aquela um dos grupos de casos em que a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica terá maior pertinência²⁰⁴. Contudo, estamos cientes de que a aplicação será sempre excecional²⁰⁵, tendo em foco a Justiça do caso concreto. Repare-se que “a não intervenção do legislador, para adequar a disciplina particular das sociedades às novas exigências, será entretanto suprida pela Jurisprudência [...] à qual caberá definir os limites e os critérios da superação, operador este que se oferece como um eficaz instrumento de realização da justiça material”²⁰⁶. Conclui-se, deste modo, que “temos, pois, por solução mais correta a que consiste na possibilidade de, em casos de subcapitalização manifesta, facultar aos credores sociais a quebra da separação para satisfazer os seus créditos à custa do património dos sócios que sejam culpados por essa situação financeira”²⁰⁷.

6.3. Descapitalização

Um dos casos considerados típicos pela doutrina da desconsideração da personalidade jurídica é o caso de descapitalização provocada (no sentido de causada ou

¹⁹⁹ Nomeadamente, VAN WILHELM, apud TARSO DOMINGUES, *Ult. Ob Cit.*

²⁰⁰ Cfr. TARSO DOMINGUES, *op. cit.*, p.171, nt. 644.

²⁰¹ Na doutrina nacional, FÁTIMA RIBEIRO utiliza a mesma linha argumentativa, acrescentando não existir, na lei, nenhuma obrigação de dotação da sociedade com os meios necessários à prossecução do objeto social. Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *O Capital Social...cit.*, p. 69-70.

²⁰² Como supracitado, discorda desta tese FÁTIMA RIBEIRO, *op. cit.*, p. 56 e ss. Em sentido oposto, TARSO DOMINGUES, *O Novo regime...cit.*, p.97 e ss.

²⁰³ PAZ-ARES defende que “*cuando (...) los socios infringen los limites que a la autonomia provada impone la normativa del capital y constituyen una sociedad infracapitalizada (...) deben responder*”. Cfr. *op. cit.*, p. 1612.

²⁰⁴ Já no final da década de 60, RAÚL VENTURA assumia que o recurso à desconsideração seria a “solução possível, ou até mesmo a única” que resolveria os casos de subcapitalização. Cfr. “Apontamentos para a reforma das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada”, in, *BMJ*, n.º182 1969, p.120.

²⁰⁵ BRITO CORREIA afirma, neste sentido que “a desconsideração significa uma derrogação do princípio legal da separação que só pode admitir-se a título excecional para certos casos concretos”. Cfr. LUÍS BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, 2º Vol., AAFDL, 1992, p. 240.

²⁰⁶ Cfr. ELISEU FIGUEIRA, “Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades de Capitais” in, *Tribuna da Justiça: Conselheiro Ricardo Velha*, 4-5, Junho-Setembro, 1990, M. P. Fernandes Rei, Edições, p. 865.

²⁰⁷ Cfr. ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do Contrato de Suprimento...cit.*, p. 127.

agravada) pelos sócios. Esta distingue-se da descapitalização simples, ou furtiva relativamente à qual “o património social sofre uma redução [...] mas tal fica a dever-se às vicissitudes e aos azares da vida patrimonial”²⁰⁸, encontrando-se sujeita ao regime do art.º 35 do CSC, relativo a situações de “perda grave” do capital social.

O seu *nomem juris* é atribuído a COUTINHO DE ABREU²⁰⁹. De acordo com este A., os casos de descapitalização provocada são aqueles em que os sócios (cumulando a qualidade de gerentes, ou não) de uma sociedade de responsabilidade limitada “deslocam a produção (ou boa parte dela) para uma sociedade nova [...] por eles constituída [...] ou para sociedade já existente e que deles são sócios”. Esta nova sociedade terá um objeto que será, senão idêntico, bastante similar²¹⁰.

Poder-se-á cumulativamente, reconduzir a descapitalização a um grupo de casos cujos “bens, trabalhadores e oportunidades de negócio de uma determinada sociedade são “transferidos” para a esfera de um dos sócios ou para outra sociedade entretanto constituída por estes [...] em prejuízo dos seus credores”²¹¹. Porém, numa visão de discordância com a solução que invoca a desconsideração da personalidade jurídica, como forma de responsabilização dos sócios, nos casos que qualificaremos de descapitalização provocada, há quem prefira a subsunção destes casos a situações de “concorrência dos sócios”²¹².

RICARDO COSTA, em anotação ao Ac. da Relação do Porto de 29/11/2007²¹³, menciona que, na fundamentação do pedido de desconsideração efetuado pelo credor estaria uma “falta de recursos da sociedade para realizar o objeto social, prosseguir a sua atividade e solver as suas dívidas, que não foi entretanto colmatada por outros meios”. Se tal “*falência de meios*” for imputável a condutas dos sócios, será um dos casos merecedores de desconsideração. Situações que se identificam com as características acima descritas exigem

²⁰⁸ Neste sentido, conclui-se pela exclusão das hipóteses de desconsideração as situações de descapitalização fortuita, que não deverão constituir fonte de responsabilização societária nos mesmos termos que a descapitalização provocada deliberadamente pelos sócios. Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *O capital social...cit.*, p. 70 e TARSO DOMINGUES, “*Art.º 201*”...cit., p. 220.

²⁰⁹ Cfr. “Diálogos com a Jurisprudência II – Responsabilização dos Administradores para com os Credores Sociais e Desconsideração da Personalidade Jurídica” in *DSR*, Ano 2, Vol. 3, Semestral, Março, 2010, p. 56.

²¹⁰ *Idem*, p. 56-57.

²¹¹ Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, “Desconsideração da personalidade jurídica e “descapitalização” da Sociedade”, in «*Direito e Justiça, Direito Comercial e das Sociedades, Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo M. Sendim*», Especial, Lisboa, 2012, FDUCP, p. 309.

²¹² Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos Credores ...cit.*, p. 641 pontos 13 e 14.

²¹³ Cfr. Ac. do TRP, de 29/11/2007, Proc. n.º 0735578, Relator: José Ferraz, disponível em www.dgsi.pt.

uma responsabilização dos sócios face aos credores, pelo “aniquilamento” da “existência da sociedade” (da doutrina alemã, Existenzvernichtung)²¹⁴.

Defendemos, como mencionado supra, que não será necessária a constituição de uma nova sociedade por parte dos sócios para que possamos estar perante um caso de desconsideração; basta que os mesmos transfiram o património da sociedade para outra já existente e de que eles são sócios. Quanto à primeira sociedade, esta ou irá cessar a sua atividade ou irá diminuí-la grandemente, impossibilitando-a de cumprir as suas obrigações perante os credores²¹⁵.

Nestes casos, admitimos que deverá ser desconsiderada a personalidade jurídica da primeira sociedade, uma vez que não foi observada a regra da autonomia do património social, face ao património dos sócios. Apresentando a sociedade evidências de um estado atual ou iminente de crise, deverão os sócios investir na sociedade em vez de pegar em todo o seu património e constituir uma nova, em que será exercida a mesma atividade, ”inanindo-a em detrimento dos credores sociais”²¹⁶. Podem, em alternativa, dissolver a sociedade ou declarar a sua insolvência (resultante de um dever dos administradores), evitando assim a sua descapitalização, uma vez aos sócios não é exigido o dever de recapitalização da sociedade²¹⁷.

Urge tomar conta que, a nossa Ordem Jurídica, efetivamente, atribui aos sócios de uma sociedade por quotas o “benefício” da responsabilidade limitada, contudo, a sua interpretação não permite a utilização da figura da sociedade como “instrumento de inflição de danos aos credores”, como diria COUTINHO DE ABREU²¹⁸. Se a sociedade está em estado crítico, jamais será permitido que, deliberada e voluntariamente, os sócios agravem ou espoletem essa mesma crise, “liquidando a sociedade a frio,” continuando a prossecução da atividade empresarial noutra sociedade. Se há interesse em dar continuidade a essa mesma atividade, ao invés de descapitalizar a sociedade (uma vez que, nestes casos, há um

²¹⁴ Cfr. “Responsabilidade dos gerentes de sociedade por quotas perante credores e desconsideração da personalidade jurídica” in *CDP*, n.º 32, 2010, p. 57 e ss.

²¹⁵ Cfr. Neste sentido, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito...cit.*, p. 181.

²¹⁶ *Idem*.

²¹⁷ *Idem*.

²¹⁸ *Idem*

investimento noutra sociedade), então deverá o sócio (ou sócios) reinvestir na primeira, na ótica de acautelar os direitos e deveres dos seus credores²¹⁹.

Esta circunstância torna-se especialmente grave quando, da atuação dos sócios, o património da Sociedade (que serve de garantia da satisfação dos credores sociais) fique “exposto a riscos elevados, com lesão do seu próprio interesse, comprometendo a capacidade de respeito por compromissos devedor à custa do credor”²²⁰.

RICARDO COSTA acrescenta uma visão diferente, sob o mesmo prisma, por nós conjuntamente aplaudida. Para este A., a descapitalização é bem mais do que o descrito *hic et nunc*; é um sintoma ou comportamento do desinteresse censurável pelo projeto empresarial. Isto é, não se trata apenas (e tão só) de descapitalizar a sociedade, mas cometer actos de desvio ou apropriação dos bens societários em benefício próprio; revogar contratos com os fornecedores e/ou bancos; despedir altos quadros; extinguir relações negociais e ainda, privar-se de oportunidades de negócio e/ou de parcerias negociais, prejudicando a Sociedade. Neste sentido, apresentam-se “manifestações de desinteresse censurável” que deixam “morrer” o projeto empresarial. Estas circunstâncias podem dar origem à desconsideração, nomeadamente, quando tais comportamentos são decididos por via dos sócios, uma vez que será sobre estes que irá recair a responsabilização, em especial se esses mesmos desvios e perdas subjetivas e sociais conduzirem a um estado de insolvência²²¹.

Os casos designados de descapitalização provocada ganharam importância na Doutrina e Jurisprudência alemãs, sendo o caso mais relevante o acórdão de 16/7/2007, referente ao caso “Trihotel”²²². Neste, a “insolvência “apareceu como efeito da “retirada de valores” do património social e o comportamento do sócio, desrespeitador do dever de honrar o compromisso funcional do património da sociedade, [...] em prejuízo da satisfação dos credores durante a vida útil da sociedade”²²³. As conclusões retiradas deste caso, em termos de responsabilização dos sócios perante os credores sociais, têm o apoio de grande parte da doutrina alemã, sendo uma responsabilidade fundada no § 826 do BGB²²⁴, numa

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ Cfr. RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos gerentes ...”, cit., p. 59.

²²¹ Idem.

²²² Deste acórdão surge a confirmação da Teoria “*Existenzvernichtungshaftung*” (aniquilamento da existência da sociedade).

²²³ Cfr. RICARDO COSTA, op. cit., p. 60.

²²⁴ Ibidem, p. 61.

atuação de modo contrário aos bons costumes²²⁵. Esta é uma responsabilidade puramente interna, mais tarde utilizada pelos credores.

Não obstante, não se recomenda a importação do resultado do “Trihotel”, por se entender justificar-se uma responsabilidade externa, ou seja, direta para com os credores²²⁶. RICARDO COSTA objetiva que, neste sentido, interessa “perceber que essas formas de desinteresse [...] que expõe a sociedade a um risco ameaçador para a sua existência, devem poder ainda fundamentar uma responsabilidade externa dos sócios em face dos credores-terceiros, com base no instrumento *praeter legem* da desconsideração”²²⁷.

Na procura de responsabilização dos sócios através da descapitalização provocada, tendencialmente, a arguição foca-se no art.º 334 do CC, ou seja, no abuso de direito por violação dos bons costumes, o que, “apesar da indefinição do termo “*bons costumes*”, não nos obriga a exigir o dolo dos sócios”²²⁸. No entanto, continua a eleger-se “a ideia de abuso institucional – associada à derrogação da autonomia patrimonial da sociedade devedora”, cujo património dos sócios, com o intuito de satisfazer os credores sociais, se junta ao da sociedade, como preferível e/ou mais aceitável²²⁹.

Novamente, RICARDO COSTA atenta que “a desconsideração nestas circunstâncias, não deixa de ser mais uma resposta a uma manifestação de abuso institucional [...] na utilização e funcionamento da “forma jurídica societária”²³⁰. Consequentemente, tal traduzir-se-á na perda da possibilidade de alegação no sentido da irresponsabilidade (que em situações normais seria a regra), aquando da demanda para “responder pelas obrigações sociais, na qualidade de um terceiro obrigado ao cumprimento de uma dívida alheia”²³¹.

É a fraude à lei, consubstanciada na atuação dos sócios que irá, nos termos do art.º 601 do CC, subverter a responsabilidade limitada, resultante de um princípio de separação

²²⁵ Note-se que nem todos os casos que na doutrina alemã são apontados como descapitalização provocada (ou seja, *existenzvernichtungshaftung*) cabem no nosso conceito de descapitalização. Para mais informação, vide COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial...* cit., p. 182, nt. 41.

²²⁶ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Op. Cit.* p. 183.

²²⁷ Cfr. RICARDO COSTA, *op. cit.*, p. 61.

²²⁸ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *op. cit.*, p. 183.

²²⁹ *Idem.*

²³⁰ Cfr. RICARDO COSTA, “*Responsabilidade dos gerentes...*”, *cit.*, p. 62.

²³¹ *Ibidem*, p. 63.

patrimonial e levar os sócios ao “cumprimento de obrigações perante terceiros”, numa relação de meio-fim, respetivamente²³². Importa identificar um conjunto de atos negociais e jurídicos suscetíveis de “revogar” a regra da responsabilidade limitada, pelos encargos imputados à sociedade; atos determinados “pela procura de satisfação desse interesse concreto, que se afigura ilegítimo”. Para tanto, é imprescindível observar as condutas societárias com o desígnio de determinar se os seus atos, “ainda que formalmente lícitos”, tenham sido tomados para “atingir um fim ilegítimo, visível num resultado danoso” de “delapidação do património social e da capacidade empresarial da sociedade”²³³. Não se torna “espinhosa”, portanto, a conclusão no sentido de uma atuação fraudulenta, *maxime*, se “o complexo de interesses perseguido pelos sócios, dentro da sociedade, são diversos daqueles “próprios do esquema de organização societária”²³⁴.

Mantendo-nos na direção deste Autor, acolhemos ser nessa categoria de casos censurável que devemos integrar todas aquelas situações de constituição de sociedades com descapitalização provocada (ou intencional) da primeira sociedade constituída pelos mesmos sócios, ou pessoas da sua influência (por exemplo, cônjuges, filhos e outros familiares), com os mesmos trabalhadores, mesmo objeto social, mesmos clientes, “usufruindo da transferência dos bens e factores produtivos da sociedade que os sócios deixaram cair, por sua iniciativa deliberada”²³⁵.

A discussão prossegue, entendendo-se que o procedimento societário estará habitualmente relacionado com a “actuação dos administradores ou gerentes, em especial se eles acumulam essa qualidade.” Nestas circunstâncias, o A. considera alcançar-se com maior clareza “ [...] a possibilidade de ser pedida a responsabilidade por desconsideração aos sócios ou a responsabilidade civil aos administradores (ainda que sócios) da sociedade devedora – ou perante a sociedade (pelo desrespeito de deveres legais gerais ou específicos), sub-rogando-se os credores na posição ativa social (art.º 78, nº2 CSC), ou diretamente perante os credores”²³⁶.

²³² Cfr. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...cit.*, p.184.

²³³ *Ibidem*, p. 185.

²³⁴ *Idem*.

²³⁵ Cfr. *Responsabilidade dos gerentes...*, p. 66-67.

²³⁶ Cfr. *Op. cit.* p. 68-69.

Alguns consideram que a responsabilidade dos sócios perante a sociedade deve-se fundar no desrespeito do dever de lealdade, derivado da aniquilação da sociedade²³⁷. Se olharmos com atenção para os casos de descapitalização provocada, somos forçados a admitir que, de facto, existe uma violação do dever de lealdade, uma vez que os sócios atuam de modo incompatível com o interesse social, o que pode levar a uma responsabilidade interna por parte daqueles que violaram o referido dever.

Ainda assim, apesar de haver esta via, COUTINHO DE ABREU prefere adotar o caminho da desconsideração da personalidade jurídica, e por esta responsabilizar os sócios. Isto porque, nos casos de descapitalização provocada os sócios, que quase sempre atuam dolosamente, causam graves danos aos credores sociais, e havendo nexo de causalidade entre os sócios e o comportamento que causou o dano, deverá ser-lhes (aos credores) dada a possibilidade de responsabilizar os sócios diretamente²³⁸.

Porém, nem toda a Doutrina considera necessário o recurso à figura da desconsideração da personalidade jurídica, admitindo que “o resultado que pretende atingir-se pela via do recurso à aplicação da técnica de “desconsideração da personalidade jurídica”, pode ser alcançado, em muitos casos, através da aplicação de normas jurídicas especificamente formuladas pelo legislador²³⁹. Devido à sua natureza subsidiária, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica só deverá ser invocado quando “inexistir outro fundamento legal que invalide a conduta do sócio ou sociedade que se pretende atacar”²⁴⁰.

Marcando a sua posição extremista, FÁTIMA RIBEIRO defende que, em casos desta natureza, devem ser qualificados de “concorrência dos sócios” em relação à sociedade, por considerar que uma tal atuação dos sócios “não constitui uma violação do dever da lealdade para com a sociedade, a menos que aqueles acumulem as funções de gerente²⁴¹. Além disso, a legislação portuguesa apresenta, atualmente, mecanismos que preveem a proteção dos credores, nos casos de descapitalização, não existindo, por isso, qualquer dever

²³⁷ Cfr. COUTINHO DE ABREU, op. cit. p. 183

²³⁸ Idem.

²³⁹ Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores...*cit., p. 295.

²⁴⁰ Neste sentido foi o Ac. do STJ de 3 de fevereiro de 2009, Proc. n.º 08A3991, Relator: Paulo Sá, disponível em www.dgsi.pt.

²⁴¹ Nos casos em que os sócios acumulem funções de gerentes, a autora diz-nos que existe uma “proibição legal de concorrência, sancionável no âmbito da responsabilidade civil dos gerentes e administradores”. Cfr. Art.º 72, n.º1 e 254 do CSC

de indemnização. Nestes termos, para a autora, jamais existiria a possibilidade de responsabilização dos sócios, nas hipóteses de descapitalização provocada, sendo esta reconduzida aos casos de “desinteresse” pela sociedade ou aos casos de “concorrência dos sócios” em relação à sociedade²⁴².

A este respeito, apraz-nos frisar que, independentemente do entendimento que os autores tenham sobre esta temática, facto é que, de novo as situações afunilam-se num fim comum da proteção do credor social contra comportamentos abusivos. Se, perante o enquadramento das situações, for de concluir pela violação do dever de lealdade, essa não será refutada e responsabilizar-se-á o sócio pela violação desse dever.

6.3.1. Distinção entre subcapitalização e descapitalização provocada

Aqui volvidos, cabe, por fim, fazer a distinção²⁴³ entre estes “grupos de casos” porquanto defendemos não se poder confundir um com o outro. Se, ao versarmos sobre a subcapitalização (manifesta e qualificada) está em causa a insuficiência de meios financeiros para a prossecução de uma atividade, isto é, há uma relação instrumental, no caso da descapitalização provocada, esta tem que ver com o património, ou seja, é a retirada do património que torna insubsistente a prossecução dessa mesma atividade.

Saliente-se que, na visão que sustentamos, poderemos estar perante distintos fenómenos, ou seja, da conjugação da subcapitalização e descapitalização podem resultar fenómenos independentes, subsequentes ou cumulativos. No primeiro caso, são fenómenos que não contendem um com o outro, funcionando isoladamente, podendo ocorrer um ou outro. Para o efeito note-se que uma sociedade pode não estar subcapitalizada mas ver os bens serem-lhe retirados, (ficando sem património) tal como poderão os sócios retirar todo o património da sociedade, descapitalizando-a e, não obstante, conseguir meios de financiamento, não chegando à situação de incumprimento. Relativamente ao segundo caso, regra geral, a descapitalização está associada à subcapitalização antecedente ou procedente, isto é, poderá ser a situação de falta de capital que origina a descapitalização, com vista à fuga das responsabilidades debitórias, ou, de contrário, ser a descapitalização *tout court*, que

²⁴² Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, *op. cit.* p. 296 e ss.

²⁴³ Cfr. entre outros, TARSO DOMINGUES, “Art.º 201...”, *cit.*, p. 219-220.

origina a insuficiência de meios. Finalmente, poderão ser fenómenos cumulativos, se simultaneamente a sociedade não tem, nem meios financeiros, nem forma de os angariar, nem património.

Contudo, conclui-se que o efeito prático, em princípio, será o mesmo, ou seja, seguindo de muito perto a opinião de TARSO DOMINGUES, “deve aplicar-se a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos atrás analisados para a subcapitalização manifesta, relativamente aos sócios [...] que participam naquele “esvaziamento” do património social”²⁴⁴. De referir que, sendo provocada, a descapitalização tem como único objetivo o “óbito” da Sociedade.

7. Fundamento legal e dogmático em torno da responsabilização.

Não raras vezes foi aqui proferido que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica deve revestir um carácter excepcional²⁴⁵. Chegando a este ponto, resta-nos apurar o fundamento jurídico e respetivo enquadramento dogmático que possibilite a responsabilização do sócio (perante os credores), uma vez que a *ratio* desta investigação assenta no facto de inexistir, *ope legis*, consagração legal para os casos merecedores de desconsideração, supra referidos.

Hodiernamente, a Doutrina e Jurisprudência apoiam-se no abuso de direito como fundamento para a responsabilização dos sócios pela via da desconsideração da personalidade jurídica. Este abuso, nos termos gerais, constitui uma das possíveis fontes da responsabilidade civil extracontratual.

Assim, a opinião maioritária vai no sentido de que apenas é admitida a responsabilização do sócio (cujo comportamento seja culposo²⁴⁶) através daquele mecanismo, mediante a conjugação do princípio do abuso de direito com a disciplina atinente à responsabilidade civil extracontratual, *ex vi*, art.º 483 do CC. Parece ser esta a opinião de COUTINHO DE ABREU quando afirma que “havendo abuso do direito [...] há

²⁴⁴ Ibidem.

²⁴⁵ TARSO DOMINGUES, *O novo regime do capital social...cit.*, p.113.

²⁴⁶ Ibidem, p. 115.

ilícito” e “se houver também [...] culpa dos sócios, [...] dano para os credores e nexos de causalidade [...] temos os pressupostos para responsabilizar os sócios para com os credores sociais”²⁴⁷. Através dos escritos deste A. depreende-se que a sua visão não é, em parte, concordante com a que defendemos, uma vez que reclama os requisitos da responsabilidade delitual ou extracontratual, como fundamento da responsabilidade externa, que sob os sócios incide.

Não é este o entendimento, pelo menos numa primeira abordagem que perfilhamos. Pugnamos, aceitando (e apoiando) a visão de RICARDO COSTA pela reflexão de que a desconsideração será, acima de tudo, um problema de responsabilidade contratual (negocial). É nesta premissa que assenta a nossa posição, não invalidando o exposto infra.

Antes da justificação desta tomada de posição, teceremos algumas considerações preliminares. Já se afirmou, aquando do desenvolvimento da temática da subcapitalização, que a imputação de responsabilidade aos sócios será numa ótica de responsabilidade externa e não interna, uma vez que, acolhendo nós uma “concepção substancialista da personalidade jurídica societária”, admitimos “romper o formalismo da personificação e da separação patrimonial entre a sociedade e os seus sócios”²⁴⁸.

Importa também, e desde já, clarificar dois tipos de responsabilidade distintos entre si que, frequentemente são confundidos e usados imprecisamente. Isto é, uma coisa é a responsabilização dos sócios nessa qualidade, - ou seja, não atendendo à circunstância de poderem cumular (ou não) a qualidade de gerente, - que lhes será imputada por desconsideração da personalidade jurídica. Outra coisa é a responsabilização pela atuação enquanto gerente (que pode ou não ser sócio), nos termos do art.º 78, nº1 do CSC, sendo esta uma responsabilização pelo “exercício ilícito e culposo das suas funções de gestão e/ou representação”²⁴⁹.

Temos, desta forma, evidentes, duas vias distintas de responsabilização. Não obstante, em grande parte das situações, o mesmo indivíduo poderá cumular ambas (de sócio e gerente), traduzindo-se, porém, em fundamentos diversos aquando do pedido de indemnização. Clarificando, no primeiro caso, teremos um pedido dirigido ao sócio, e no

²⁴⁷ Cfr. *Curso de Direito Comercial ...cit.*, p. 182.

²⁴⁸ Neste sentido, Cfr. RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos gerentes...cit.*, p. 61.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 56.

segundo, dirigido ao administrador, sendo esta a visão adotada, igualmente, pelos acórdãos da relação de Évora, de 25/5/1998 e da relação do Porto, de 15/10/2011^{250/251}.

Nesta sede, podemos reputar estas vias como “caminhos possíveis, mas alternativos”²⁵². Neste sentido, explica que, se estiver em causa o comportamento dos administradores, estes responderão para com os credores, em virtude de violação culposa de normas legais cuja função é a de proteção dos credores, *ex vi*, art.º 6, n.º1 do CSC e o art.º 18 do CIRE se dessa violação resultou uma escassez do património societário para satisfação dos débitos²⁵³.

Por sua vez, se foi o comportamento enquanto sócio (e não como administrador) que despoletou ou piorou o estado de “subcapitalização material e manifesta da sociedade”, não tendo enveredado esforços para reverter tal situação, será derogado o “benefício” da responsabilidade limitada dos sócios e serão chamados a responder perante os credores, por abuso da personalidade coletiva, em sede de desconsideração desta. Contudo, COUTINHO DE ABREU não coloca de parte a possibilidade de “*concorrentemente*, responderem (...) os administradores (sócios ou não) nos termos do art.º 78, n.º1 e os sócios (não administradores), em virtude de desconsideração da personalidade da sociedade”, *maxime*, se forem “sócios controladores”^{254/255}.

Ainda assim, deve ficar claro e inequívoco que por via da desconsideração jurídica apenas²⁵⁶ serão abrangidos e, conseqüentemente responsabilizados, os sócios nessa exata qualidade, não importando se, cumulativamente ou não, apresentam a qualidade de gerente^{257/258}.

²⁵⁰ Para maiores desenvolvimentos vide, RICARDO COSTA, ob. cit., p. 56-57, nt. 15 e 16, respetivamente.

²⁵¹ *Idem*.

²⁵² Cfr. COUTINHO DE ABREU, “Art.º 78º”... cit., p. 899.

²⁵³ *Idem*.

²⁵⁴ Acerca da responsabilização dos sócios controladores, *vide*, para maior desenvolvimento, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, “Responsabilidade Civil de administradores e de sócios controladores (Notas sobre o art. 379º do Código de Trabalho)”, *Miscelâneas* n.º3, IDET, Almedina, Coimbra, 2004 p. 49 e ss

²⁵⁵ *Ibidem*, p.79

²⁵⁶ Neste sentido, Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, “Desconsideração da personalidade Jurídica...” cit., p.56.

²⁵⁷ Cfr. COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, “Art.º 78”...cit., p. 899.

²⁵⁸ De igual forma enveredou a Relação de Lisboa, ao versar no sumário que “*A responsabilização por via da desconsideração da personalidade colectiva é dos sócios, enquanto tais, e não dos gerentes*”. Ac. do TRL, de 29 de março de 2012, Proc. n.º 1751/10.7TVLSB.L1-2, Relator: Teresa Albuquerque, disponível em www.dgsi.pt.

Falta apenas tomar partido quanto à natureza da responsabilidade resultante da desconsideração, e neste ponto, consideramos ser subsidiária. Outra não poderá ser a resposta no sentido de a vermos “como responsabilidade que constitui uma garantia para terceiros, que funcionará depois de rateada a garantia principal, constituída pelos bens da sociedade”²⁵⁹.

Após todas as considerações tecidas, é hora de justificar a tomada de posição defendida, *ab initio*. Fazendo referência a uma situação hipotética, facilmente perceberemos que a responsabilidade em causa será contratual/negocial. Se não vejamos: A. Lda., deve €1 000 e tem como património social a quantia de €100, que é insuficiente para pagar a X, credor da sociedade A. Daqui resulta que estão €900 em falta, para o integral cumprimento da sua obrigação debitória.

Nesta situação, pretendem os credores receber o remanescente em dívida. Desta forma, apresentam-se perante B, C e D, sócios de A, com a certeza da existência de comportamentos que concluem pelo abuso da sociedade, tendo como pretensão que sejam estes os responsáveis pelo valor em falta. Justificam-na com fundamento no abuso da personalidade jurídica, *ex vi*, art.º 334 do CC, que terá como consequência a supressão da proteção societária, fundada no princípio da separação patrimonial, atribuída no momento da constituição da sociedade. Assim, por causa da sua elisão, são os sócios que responderão por dívida alheia, ou seja, defendemos uma permanência, ainda, no domínio da responsabilidade contratual, por ser tão só, um “efeito negocial, relativo ao cumprimento da relação entre a sociedade e os seus credores”²⁶⁰.

Este raciocínio reclama a necessidade de uma interpretação do abuso de direito, *ex vi* art.º 334 CC, conjugada com a restrição prevista no art.º 197, n.º3 (para as Sociedades por Quotas) e, de igual forma, no art.º 271 (para as Sociedades Anónimas), traduzida no corolário de que pelas dívidas da sociedade (em princípio) só responde o seu património. Pela via da interpretação restritiva^{261, 262} poder-se-á tecer a asserção de que, o efeito da

²⁵⁹ Cfr. RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., p. 693-694, n. 911.

²⁶⁰ *Idem*, p. 64.

²⁶¹ Que RICARDO COSTA designa por Redução Teleológica, Cfr. op. cit. p.64.

²⁶² Segundo CASTANHEIRA NEVES, há interpretação restritiva sempre que “a letra (o imediato ou o natural significado gramatical) é mais ampla do que o espírito”. Para tal, “restringe-se o sentido naturalmente textual da lei para o fazer coincidir com o seu espírito”. Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Introdução ao Estudo do Direito, Interpretação jurídica*, Coimbra, 1979, p.67-68.

responsabilidade limitada vigora plenamente, exceto se os sócios abusarem da personalidade jurídica. Deste modo, verificado o abuso nos termos do art.º 334 CC, haverá uma incontornável obrigação de indemnizar, sempre que se verificarem os requisitos do art.º 798 do CC²⁶³, “represtinando-se o regime comum da responsabilidade ilimitada”, que convoca a aplicação dos art.º 601 do CC e 735 (alteração nossa) do CPC²⁶⁴. Dito de outra forma, sempre que da atuação dos sócios se conclua que há a violação dos requisitos que servem de sustentação ao benefício da responsabilidade limitada, há um reingresso ao regime normal (que seria o aplicável não fosse a previsão do art.º 197, nº3 e 271 do CSC), da responsabilidade ilimitada e os bens do devedor (que passa a ser o sócio) suscetíveis de penhora (para o qual se convoca o art.º 735 do CPC), responderão pelo cumprimento da obrigação vencida²⁶⁵.

Existirá abuso, na conceção de ANTUNES VARELA, “sempre que o titular o exerce com *manifesto excesso* dos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, ou pelo fim económico ou social desse direito”²⁶⁶. É necessário, contudo, que tal direito seja “exercido «em termos *clamorosamente* ofensivos da justiça»”²⁶⁷. Classificado como princípio normativo²⁶⁸ de Direito, apesar de este instituto não carecer de consagração legal, a sua confirmação legislativa veio colmatar todas as suspeições em torno da sua aplicabilidade. Sobre esta temática acrescenta-se que a boa-fé supõe “uma larga margem de discricionariedade atribuída ao interpretador-aplicador”²⁶⁹.

De salientar que, “para que o exercício do direito seja *abusivo*, é preciso que o titular, observando embora a estrutura formal do poder que a lei lhe confere, exceda *manifestamente* os limites que lhe cumpre observar, em função dos *interesses* que legitimam a concessão desse poder”²⁷⁰. Se transpusermos o mencionado para a realidade comercial (ou seja, para o exemplo supra construído), é exatamente o que acontece quando o sócio, munido

²⁶³ Diz o artigo: “O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação, torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”.

²⁶⁴ Cfr. RICARDO COSTA, op. cit., p.661-662.

²⁶⁵ Resultado da uma leitura conjunta dos respetivos artigos.

²⁶⁶ Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 545.

²⁶⁷ MANUEL DE ANDRADE, *apud* ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, p. 545.

²⁶⁸ Cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA Neves, *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, I, A crise, Almedina Coimbra, 1967p. 529.

²⁶⁹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1983 (3ª reimp. 2007), p. 1190 e ss.

²⁷⁰ Cfr. ANTUNES VARELA, op. cit., p. 545.

pela limitação da responsabilidade, excede os limites que a lei e a comunidade em geral impõem, prejudicando os credores intencionalmente, existindo aquilo que se denomina por “contradição entre o *modo* ou o fim com que o titular exerce o direito e o *interesse* ou *interesses* a que o *poder* nele consubstanciado se encontra adstrito”²⁷¹.

Conclui-se portanto que, abuso de direito e fraude à lei²⁷² são, então, os requisitos necessários para reduzir o “privilégio da responsabilidade limitada” e levar os sócios a responder pelas dívidas da sociedade impossibilitadas de serem pagas pelas suas forças patrimoniais, conduzindo à aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Os sócios, *hoc sensu*, apresentam-se como sujeitos terceiros, pelo que irão responder nos termos da responsabilidade civil contratual, um sujeito cuja responsabilidade, originariamente, não lhe poderia ser imputada, uma vez que da conexão desses atos deriva a lesão dos credores sociais, expondo o sócio à “reprovação do direito”²⁷³.

Paralela ou cumulativamente, apresenta-se como cogitável uma segunda via, que é a seguida pela maioria da Doutrina, para a fundamentação dos casos apresentados, sempre que se prove a desconsideração da personalidade jurídica a que, no início, aludimos.

Ou seja, uma coisa é a responsabilidade em sede contratual-negocial, outra, distinta é, tendo em conta os mesmos factos, “representar a imputação delitual das perdas e prejuízos” causados pela atuação dos sócios através do instrumento da responsabilidade civil extra – contratual, uma vez que estes abusos e fraudes consubstanciam uma ilicitude ao abrigo do art.º 483, nº1 do CC^{274/275}.

Neste âmbito, poder-se-á invocar a violação de normas que tutelam a proteção dos credores (segunda modalidade de ilicitude) prevista no art.º 483, nº1 do CC, “residualmente clausulada pelo art.º 334 CC” e/ou o abuso institucional do “poder – dever de os sócios constituírem sociedades e atuarem adequada e cuidadosamente”, sujeitando-se às normas vigentes, como fundamento da responsabilidade dos “sócios lesantes em face dos credores sociais lesados”, nos termos daquele artigo. Adita-se ainda que, nesta ação, deveremos

²⁷¹ Ibidem, p. 546.

²⁷² Para uma clara distinção entre ambos, cfr. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade...* cit. p. 84-85.

²⁷³ Idem.

²⁷⁴ Cfr. RICARDO COSTA, op. cit., p.65.

²⁷⁵ Para um aprofundado desenvolvimento acerca do abuso de poder vide COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito...* cit.

averiguar se os atos dos sócios foram praticados culposamente e se são causalmente adequados aos danos dos credores, verificados todos os “pressupostos constitutivos de responsabilidade delitual por facto ilícito”²⁷⁶. Consideramos que será sob esta égide que deveremos incluir, além dos casos de subcapitalização material manifesta, os casos de descapitalização provocada²⁷⁷.

Emerge do exposto que podemos apresentar em pleito as duas opções. Não olvidemos, porém que, nesta, estamos a invocar os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, ao passo que na outra, estamos a invocar os pressupostos da responsabilidade contratual. De qualquer modo, importa clarificar que, ainda que não se faça com a mesma exaustão, também na responsabilidade contratual é necessária a verificação dos pressupostos, exceto a culpa, devido à presunção que sob ela impende. Assim sendo, poder-se-á mencionar que a responsabilidade extracontratual tem interessante como medida adicional do dano, pois quando se fala só de dívida em si, o credor pretende, mais do que tudo, ser pago.

Questiona-se se, enveredando por uma ou outra via, o credor poderá ter mais benefícios em detrimento da outra. A resposta será de fácil conceção: apenas pela presunção de culpa terá mais benefícios na responsabilidade contratual²⁷⁸, o demais é similar. Deste modo, pela via da responsabilidade negocial, haverá incumprimento e, na segunda, abuso de direito, nos termos formulados pela doutrina.

Admitimos, portanto, serem dois caminhos cumulativos mas, em rigor, a desconsideração da Personalidade Jurídica é um problema de responsabilidade negocial, isto é, o credor vai exigir à sociedade A, o remanescente ou a totalidade do crédito em falta, e pretende ver-se ressarcido através do património dos sócios que, *prima facie*, não iriam pagar. Assim, por dívida alheia, responderá um sujeito que não iria, *ad initio*, responder por tal, através de imputação de dívida alheia ao sujeito terceiro, que é sócio.

Desta forma, a nossa posição versa no sentido em que, ao propor-se uma ação de responsabilidade por desconsideração, esta será no âmbito da responsabilidade contratual e,

²⁷⁶ Cfr. RICARDO COSTA, op. cit. p. 65.

²⁷⁷ Ibidem, p.66-67

²⁷⁸ Vigora a regra oposta à invocada pelo art.º 342, n.º1 do CC, pelo que há a inversão do ónus da prova, *ex vi*, art.º 344 do CC. Cfr. ANTUNES VARELA, op. cit., p. 589.

simultaneamente, poder-se-á fazer um pedido cumulativo ou subsidiário²⁷⁹, nomeadamente, se o credor-autor tiver mais danos do que o dano emergente da dívida, pela ilicitude do abuso de direito. Não se pode afastar a possibilidade de existência de lucros cessantes, v.g., nos casos em que exista uma relação contratual de fornecimento (duradoura) entre ambos e que se veja prejudicada. Poderá ocorrer que o credor que mantinha essa relação, confiando que a boa organização (da estrutura societária) corresponderá a uma boa solvibilidade patrimonial, crie ligações/investimentos, na expectativa da utilização devida da figura societária e respetiva “saúde financeira” e mais tarde a veja frustrada pelo prejuízo que obteve. Tal prejuízo, materializado em lucros cessantes, surgirá em consequência dos comportamentos abusivos dos sócios que feriram o estado de solvência da sociedade.

Poderá ainda acrescer a tutela das expectativas jurídicas dos credores, que se poderão encontrar, subitamente, surpreendidos com a atuação societária, no sentido de promoverem o “naufrágio” da Sociedade para eludir e prejudicar credores. Evidentemente, são suposições que apenas serão ponderadas e introduzidas em sede de indemnização mediante prova inequívoca do nexo de causalidade²⁸⁰.

Resulta do exposto ser da nossa convicção que o credor-autor poderá malear a ação condenatória da forma que melhor lhe aprouver, consoante o que pretender ver indemnizado. Querendo ver-se ressarcido pelo dano emergente da dívida (ao qual poderá acrescer o valor dos juros), a ação será sempre de responsabilidade contratual, à qual poderá aditar uma ação de responsabilidade civil extracontratual, se os danos forem superiores aos danos da dívida.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade do sócio pode ser extracontratual mas a primeira abordagem será sempre a prevista pelo art.º 798 e ss do CC - responsabilidade contratual. No segundo caso exige-se o cumprimento de uma dívida de €1 000 e a sociedade só tem €100 para pagar. Porém, se além dos €900, os credores tiverem danos de mais €500, já não poderão enveredar pela responsabilidade contratual mas extracontratual e talvez faça sentido utilizar os dois meios de responsabilização se houver danos para além do dano da dívida, *i.é.* do incumprimento da dívida.

²⁷⁹ Sobre a noção de pedido cumulativo e subsidiário *vide* REMÉDIO MARQUES, *Ação declarativa à luz do Código Revisto*, 3ª ed, Coimbra Editora, 2011, p.137 e ss.

²⁸⁰ Acerca dos conceitos de dano emergente e lucro cessante, *vide*, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...cit.*, p.129.

Em causa poderá estar a existência de lucros cessantes, ou seja, se com o comportamento abusivo a Sociedade começa a afundar-se e os credores tinham, por exemplo, uma relação de fornecimento de mercadorias constante que lhes garantia determinado lucro. Houve um dano emergente (do incumprimento), desde logo, que será julgado em sede de responsabilidade contratual, mas o lucro cessante, aquilo que deixou de ganhar pelo facto de haver um comportamento abusivo, será indemnizado pela via da responsabilidade civil extracontratual, através do ilícito decorrente de uma responsabilidade delitual.

Há porém Doutrina e Jurisprudência que ainda confunde esta questão com outra diversa, a responsabilidade dos administradores/gerentes. Voltando à questão da responsabilidade dos administradores/gerentes frequentemente acontece que, na decisão judicial, não se chega a dar uma resposta ao problema que poderia suscitar responsabilização em sede de desconsideração da personalidade jurídica porque o pedido remete para a responsabilidade destes e não dos sócios²⁸¹. Não raras vezes, a maior parte dos comportamentos dos administradores/gerentes presume a culpa grave do art.º 186 do CIRE e a serem praticados por sócios, são comportamentos que se enquadram, nomeadamente, nos grupos de casos de desconsideração. Afirma-se esta premissa como verdadeira mas, *in casu*, estão em causa deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e muitos destes comportamentos abusivos da desconsideração são praticados pelos sócios, em violação do dever de lealdade dos sócios, numa atuação incompatível com o interesse da sociedade. Simultaneamente, se alguns destes atos, por serem abusivos, levarem à desconsideração, podem ser atos contrários à especialidade do fim do art.º 6 do CSC, sendo, nesse caso, atos nulos, uma consequência de extrema importância para o credor, uma vez que a nulidade reverte todos os atos praticados. Apesar disso, não é este o nosso objeto de estudo.

Ainda assim, a desconsideração não apresenta este efeito. Nesta, independentemente da nulidade ou não dos atos, eles são suficientemente abusivos para serem merecedores de que os sócios percam o privilégio da responsabilidade limitada, sendo essa a questão em causa.

²⁸¹ Veja-se v.g. os Acs. do TRL, de 29 de março de 2012, Proc. n.º 1751/10.7TVLSB.L1-2, Relator: Teresa Albuquerque, disponível em www.dgsi.pt.

8. Conclusões

- I. *Prima facie* - e quiçá a mais importante -, a personalidade jurídica das pessoas coletivas revela-se, potencialmente, uma das mais relevantes em sede do Direito Societário. De outra forma, não se teria admitido a autonomia patrimonial, atribuída aos sócios aquando da constituição das sociedades por quotas, que lhes permitem uma maior flexibilidade e potencia maiores oportunidades de investimento, facilitando o surgimento de novas empresas, mediante a garantia de que os sócios não arriscarão o seu património, ou, de outra forma, não arriscarão mais do que o investido.
- II. Não obstante, essa garantia é, múltiplas vezes, indevidamente aproveitada, resultando, frequentemente, em comportamentos abusivos, que servem/ocultam objetivos nefastos, incompatíveis com o fim social. Desta forma, da articulação entre a personalidade jurídica e a autonomia patrimonial, desencadeiam-se, não raras vezes, subterfúgios através de atuações lícitas, tendentes a alcançar fins ilícitos.
- III. A grande preocupação do Direito em geral (e do Direito Societário em especial) é a tutela das partes, tendencialmente consideradas mais fracas, que, *in casu*, são os credores. Neste sentido, estando em causa a tutela dos credores sociais e sabendo que não é possível encontrarmos solução, para todos os casos, consagrada na lei, invoca-se a legitimação da desconsideração da personalidade jurídica, como um instituto autónomo de direito, a fim de alcançar uma tutela de forma eficaz²⁸². Nele deposita-se a confiança de coartar comportamentos abusivos e/ou fraudulentos, por parte dos sócios, corrigindo-os ou evitando-os, estabelecendo limites à separação entre o património do sócio e o da sociedade.
- IV. Portanto, vislumbrando uma perspetiva não absolutizadora da personalidade jurídica, objetiva-se que a desconsideração da mesma elimine o efeito da autonomia patrimonial, restaurando a primitiva responsabilidade ilimitada, sempre que da atuação dos sócios se coloquem em risco os interesses societários. Estamos

²⁸² Atribui-se a denominação de “instituto” por ser esse o entendimento da maioria da doutrina. Cfr., v.g., OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial ...cit.*, p. 8.

conscientes de que este mecanismo jamais poderá ser aceite de forma desproporcionada, funcionando sem circunscrições. Contudo, não acolhemos a tese da impossibilidade de aplicação “sem reservas, devido à inexistência de uma adequada fundamentação dogmática [...] e à incerteza e insegurança que a sua aplicação gera”²⁸³.

- V. Jamais poderemos descorar ou omitir a frequente externalização dos riscos a que os sócios procedem, protegidos pelo princípio da responsabilidade limitada, transferindo, por vezes, a maioria deles para os credores sociais, *maxime*, numa conjectura em que inexistente capital social mínimo para as sociedades por quotas. Esta circunstância é fruto da recente alteração legislativa, operada pelo DL n.º 33/2011 de 07 de março. Não refutamos a lógica negocial, muito menos somos utópicos ao ponto de argumentar no sentido da proteção dos credores de todos os riscos inerentes à atividade empresarial. Ainda assim, mantemos uma posição de reprovação quanto ao suporte de mais riscos do que os normalmente existentes, principalmente quando resultam de atuações meditadas e planeadas, com vista ao prejuízo dos credores. Deste modo, parece-nos impensável que, nas situações descritas, a segurança Jurídica de que os sócios desfrutam ao abrigo do art.º 197, n.º3 do CSC (e, de igual modo, art.º 271 CSC) prevaleça sobre o imperativo de Justiça do caso concreto, socorrendo-se assim do instituto da desconsideração da personalidade jurídica para repor a equidade.
- VI. Numa viagem pelo espectro das perspetivas de tutela do credor, aferimos encontrarem-se legalmente previstas algumas soluções “desconsideradoras”, nos arts. 84, 270-F e 501 do CSC. Nestes casos, a solução será idêntica aos casos de desconsideração extrapositiva, ou seja, far-se-ão responder os sócios abusadores, por dívida alheia, com o seu património. Ao mesmo tempo, porém, concluiu-se que estes casos não conseguem englobar e reprimir todas as situações de abuso, pelo que, defendemos a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade

²⁸³ Cfr. FÁTIMA RIBEIRO, A *Tutela dos Credores...*cit., p. 639.

jurídica *praeter legem*, sempre que não nos poderemos socorrer dos meios de tutela legalmente previstos.

VII. Por outro lado, tendo em conta o efeito útil de uma ação de desconsideração para efeitos de responsabilidade urge frisar que de nada valerá um esforço interpretativo se, a par da sua fundamentação, não existir um percurso adjetivo-processual direcionado para o convencimento do juiz da necessidade de instaurar uma providência cautelar conservatória, em ordem à garantia da preservação do património dos sócios devedores. Não obstante, da sua aplicação apenas deverão beneficiar os “credores fracos”, por serem as figuras mais débeis, não lhes assistindo a possibilidade de impor garantias que permitam a garantia do cumprimento da dívida, considerando-se abuso do abuso de direito a circunstância em que um credor materialmente forte, vir exigir o cumprimento da dívida por esta via.

VIII. Para isso, reclama-se a necessidade de depreender quais as circunstâncias suscetíveis da sua aplicação e, tendo-nos focado meramente nos grupos de casos de responsabilidade, enumerámos várias possibilidades, não obstante não ser consensual entre a Doutrina: a subcapitalização (manifesta e qualificada), a descapitalização provocada, a mistura de patrimónios e o domínio qualificado (ainda que os dos últimos casos não sejam objeto desta investigação).

i. Quanto aos casos de subcapitalização, primámos por evidenciar que somente opera a desconsideração da personalidade jurídica se esta for manifesta e qualificada, descartando os casos em que seja nominal, uma vez que apenas a subcapitalização material pode infligir prejuízos. Porém, apesar de sermos concordantes, na íntegra, com a posição defendida, torna-se contudo importante perceber que, presentemente, não havendo fixação do montante do capital social mínimo, a subcapitalização consiste em mais do que foi exposto, *i.e.*, o conceito de subcapitalização está cada vez mais contíguo com um conceito de “sub-patrimonialização” no sentido em que a sociedade deixa de

ter património e bens suficientes para prosseguir com a sua atividade empresarial.

ii. Relativamente aos casos de descapitalização provocada, deixámos transparente que, apesar das suas dissimilaridades relativamente aos casos de subcapitalização, dever-se-á enveredar pela mesma solução, ou seja, uma solução “desconsideradora” da personalidade jurídica, quebrando a autonomia patrimonial daqueles que, deliberada e voluntariamente “esvaziarem” o património da sociedade, transferindo os seus bens para outra ou nova, no intuito de “passar uma certidão de óbito” à primeira sociedade, em prejuízo dos credores. Deparando-nos com atuações diferentes, ainda assim, estes dois grupos de casos poderão entrecruzar-se, através de fenómenos subsequentes ou cumulativos. Também aqui concluímos por uma noção diferente da comumente invocada. Poder-se-á considerar um sintoma ou comportamento do desinteresse censurável pelo projeto empresarial, tendo em conta que, mais do que um problema de transferência de património, assistimos a condutas de despedimento de trabalhadores, extinção de relações com fornecedores, desperdício de oportunidades negociais, entre outros, que dão origem à desconsideração.

iii. Por fim, focámo-nos no plano que apresenta a maior importância prática e que encerra no objetivo principal, supra mencionado, da tutela dos credores. Neste sentido, coube-nos demonstrar que a desconsideração da personalidade, objetivamente, tratar-se-á de um problema de responsabilidade civil contratual-negocial, nos termos do art.º 798 do CC. Este entendimento constrói-se através de um labor interpretativo da norma atinente ao abuso de direito, *i.é.* do art.º 334 CC, conjugado com a restrição do art.º 197, nº3 CSC. Por via da interpretação restritiva resulta que os sócios obterão proteção ao abrigo do princípio da autonomia patrimonial desde que a sua atuação não fundamente comportamentos abusivos do direito, em fraude à lei, revelando um fim ilícito.

IX. Em consequência, perdem os sócios o benefício da responsabilidade limitada e responderão pessoal e ilimitadamente, perante os credores, por dívida alheia, uma

vez que foi por causa da sua atuação em abuso da figura societária que a sociedade se encontra em incumprimento devedor.

- X. Não afastamos, ainda assim, a possibilidade de instauração de uma ação de responsabilidade civil extracontratual, nos termos do art.º 483 do CC, verificados que se encontrem os requisitos, fundada no abuso de direito (ilicitude residual), sempre que existam mais danos para além do dano emergente. Colocamos nesta hipótese os lucros cessantes e as expectativas dos credores, desde que verificado o nexo de causalidade entre a atuação dos sócios e o dano dos credores. Desta forma, identificaram-se dois caminhos que podem ser cumulativos e que oferecem um contributo na tutela do credor, mediante a sua pretensão.
- XI. De tudo o que fica exposto, conclui-se pela aplicação da desconsideração da personalidade jurídica (enquanto instituto autónomo), para efeitos de responsabilização dos sócios (e não de administradores/gerentes), perante credores, pelas dívidas contraídas por aqueles em nome da sociedade, tendo em conta o caso concreto e os imperativos de justiça impostos.
- XII. Ainda assim, caberá sempre aos tribunais o exercício metodológico de verificação, caso a caso, da justificação e admissibilidade da aplicação deste instituto.

Bibliografia

A

ABREU, J. M. Coutinho de, *Do Abuso de Direito. Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, Almedina, Coimbra, 1983, (reimp. 2006).

- *Da Empresarialidade (As Empresas no Direito)*, Almedina, Coimbra, 1996.

- *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2ª ed, Cadernos nº5, IDET, Almedina, Coimbra, 2010.

- “Diálogos com a Jurisprudência, II – Responsabilidade dos Administradores para com os Credores Sociais e Desconsideração da Personalidade Jurídica”. In DSR, Ano 2, Vol. 3, Semestral, Março, 2010.

- “Art.º 5º” in *Código das Sociedades Em comentário*, Coord. J. M Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Códigos, nº1, IDET, Almedina, Coimbra, 2010, p. 94.

- “Art.º 501” in *Código das Sociedades Em comentário*, Coord. J. M Coutinho de Abreu, Volume VII (Artigos 481º a 545º), Códigos, nº7, IDET, Almedina, Coimbra, 2014, p. 264.

- “Subcapitalização de Sociedade e Desconsideração da Personalidade Jurídica”, in *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, coord.: Paulo Tarso Domingues/ Maria Miguel Carvalho, Almedina, 2011, p.37

- *Curso de Direito Comercial*, vol. II. *Das Sociedades*, 4ª Edição, Almedina, Coimbra 2014

ABREU, J. M. Coutinho de/RAMOS, Elisabete, *Responsabilidade Civil dos administradores e de sócios controladores (Notas sobre o art. 379º do Código de Trabalho)*, Miscelâneas nº3, IDET, Almedina, Coimbra, 2004, p.7

- “Art.º 78º” in *Código das Sociedades Em comentário*, Coord. J. M Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Códigos, nº1, IDET, Almedina, Coimbra, 2010, p. 892

ANTUNES, J. A. Engrácia, *Os grupos de Sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurisocietária*, 2ª ed, Almedina, Coimbra, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira – *Direito Comercial*, Vol. IV, *Sociedades Comerciais. Parte Geral*, Lisboa, 2000.

C

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.

CARVALHO, Maria Miguel, “O Novo Regime Jurídico do Capital Social das Sociedades Por Quotas” in *Capital Social Livre e Ações sem Valor Nominal*, coord.; Paulo de Tarso Domingues/Maria Miguel Carvalho, Almedina, 2011, p. 9.

CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil, Relatório sobre o Programa. Conteúdo e Métodos de Ensino*, Ed. Datilografada, Coimbra, 1976.

CORDEIRO, António Menezes, *Da boa-fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1983 (3ª reimp. 2007).

- *O Levantamento da Personalidade Coletiva, No Direito Civil e Comercial*, Almedina, Coimbra, 2000.

- *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, tomo III, *Pessoas*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007.

- *Manual de Direito das Sociedades*, I volume, *Das Sociedades Geral*, 2ª ed., (atualizada e aumentada), Almedina, Coimbra, 2007.

- *Direito das sociedades I*, I Volume, Parte Geral, 3ª ed. Ampliada e actualizada, Almedina, Coimbra, 2011

CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, 2ª ed., Universidade Lusíada Editora, 2005.

CORREIA, A. A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial II*, João Abrantes, Coimbra, 1968.

- *O problema das Sociedades Unipessoais de Responsabilidade Limitada*”, in *Estudos de direito Civil, Comercial e Criminal*, Almedina, Coimbra, 1985.

CORREIA, Luís Brito, *Direito Comercial*, 2º Vol., AAFDL, 1992.

COSTA, Ricardo, *A sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português. Contributo para o estudo do seu regime Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2002.

- “Desconsiderar ou não desconsiderar: eis a questão”, in *BOA*, Jan./Fev. 2004.
- “Art.º 84º” in *Código das Sociedades Em comentário*, Coord. J. M Coutinho de Abreu, Volume. I (Artigos 1º a 84º), Códigos nº1, IDET, Almedina, Coimbra, 2010, p 965.
- “Responsabilidade dos gerentes de sociedade por quotas perante credores e desconsideração da personalidade jurídica – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29.11.2007, Proc. 0735578” in *CDP* n.º 32 , 2010
- *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014

D

DOMINGUES, Paulo de Tarso, “Do Capital Social, Noção, Princípios, E Funções”, *Studia Jurídica* 33, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

- *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, Coimbra, 2009.
- “Art.º 201” in *Código das Sociedades Em comentário*, Coord.: J. M Coutinho de Abreu, Volume. III (Artigos 175º a 245º), Códigos, nº3, IDET, Almedina, Coimbra, 2011, p. 198.
- “*O Novo regime do capital social nas sociedades por quotas*” In *DSR*, Ano 3, Vol. 6, Semestral, Almedina, Outubro, 2011.
- “Capital e Património Sociais, Lucros e Reservas” In *Estudos de Direito das Sociedades*, Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Alexandre de Soveral Martins, Maria Elisabete Ramos, Paulo de Tarso Domingues e Pedro Maia), 11ª Edição, Almedina, 2013, p. 151.

DUARTE, Rui Pinto, *A subcapitalização das Sociedades no Direito Comercial no Direito Comercial*, In *Fisco*, nº 76/77, ano VIII, Lex, Março/Abril, 1996, p. 55.

F

FIGUEIRA, Eliseu, “Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades de Capitais”, in, *Tribuna da Justiça: Conselheiro Ricardo Velha*, 4-5,, M. P. Fernandes Rei Edições, Junho-Setembro, 1990,

FRAZÃO, Ana, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela dos credores” in, *Questões do direito societário em Portugal e no Brasil*, Coord.: Fábio Ulhoa Coelho/ Maria de Fátima Ribeiro, Almedina, Coimbra, 2012, p.479.

G

GALGANO, Francesco, “L’abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di mérito (e negli «obter dicta» della Cassazione)”, *CI*, p. 365.

GIERKE, Otto Von, *Deutsches Privatrecht, Vol I – Allgemeiner Teil und Personentecht*, 1895

J

JHERING, Rudolf Von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3º Vol.(1987)

JUSTO, A. SANTOS, *Direito Privado Romano – I . Parte Geral, (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2008.

K

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Tradução: João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo-Martins Fontes, 1984.

M

MACHADO, João Batista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1982 (reimp. 2008).

MAIA, Pedro, “Contrato de Sociedade e risco no exercício de atividade económica” em *O contrato na gestão do risco e na garantia da Equidade*, (Coord. António Pinto Monteiro), Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 257.

MARQUES, J. P. Remédio, *Ação declarativa à luz do Código Revisto*, 3ª ed., Coimbra Editora, 2011.

MARTINS, Alexandre de Soveral, “Da personalidade e capacidade jurídica das sociedades comerciais” in, *Estudos de Direito das Sociedades*, coord.: Jorge Coutinho de Abreu, 11ª ed. Almedina Coimbra, 2013, p.85.

MONTEIRO, António Pinto, “Sobre as cartas de conforto na concessão de crédito”, in *Ad Vno Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*. (Org. de Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda e J. J. Gomes Canotilho), 1920-1995, Coimbra Editora, 1998.

MOREIRA, GUILHERME ALVES, Instituições de Direito Civil Português – Volume I, Parte Geral, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1907.

N

NEVES, António Castanheira, *Introdução ao Estudo do Direito, Interpretação jurídica*, Coimbra, 1979.

O

OLIVEIRA J. Lamartine Corrêa De, *A dupla crise da Pessoa Jurídica*, Edição Saraiva, São Paulo, 1979.

P

PAZ-ARES, Cândido, “Sobre la Infracapitalización de las sociedades”, in *Anuário de Derecho Civil*, 36, Artes Gráficas y Ediciones, S.A, Madrid, 1983.

PINTO, Alexandre Mota, *Do contrato de Suprimento. O Financiamento entre capital próprio e capital alheio*, Almedina, Coimbra, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz, *Curso livre de Ética e Filosofia do Direito*, Almedina, Lisboa, 2010.

PORTALE, Guiseppe B., *Capitale Sociale e Società per Azioni Sottocapitalizzata*, Milano – Dott. A. Giufrè Editore, 1991

- “Sociedade de Responsabilidade Limitada sem Capital Social e empresário em nome individual com «capital destinado» (capital social quo vadis?)”, in *DSR*, (Artigo traduzido do italiano por Tarso Domingues) Vol. 6, Almedina, Outubro, 2011, Ano 3.

R

RIBEIRO, Maria de Fátima, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009

- “Contrato de Franquia (franchising): o recurso à “desconsideração” para tutela dos interesses do franquiador. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22.6.2001, Proc. n.º 1201/09” in *RLJ*, n.º35 Julho/Setembro, 2011.

- “O capital Social das Sociedades por Quotas e o Problema da Subcapitalização Material”, in *Capital Social livre e ações sem valor nominal*, coord.: Tarso Domingues/Maria Miguel Carvalho, Almedina, Coimbra 2011, p. 43.

- “Desconsideração da personalidade jurídica e “descapitalização ” da sociedade”, in «*Direito e Justiça, Direito Comercial e das Sociedades, Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo M. Sendim*», Especial, Lisboa, FDUCP 2012.

RIBEIRO, Maria de Fátima/Dias, Rui Pereira, “Desconsideração de personalidade jurídica de sociedade brasileira por tribunal brasileiro, para responsabilização de sócios portugueses – Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 5.06.2014, Proc. 93/13” in, *CDP*, nº49 Janeiro/Março 2015, p. 45.

S

SERRA, Catarina, “Desdramatizando o afastamento da personalidade jurídica (e da autonomia patrimonial) ”, in *Julgar*, Nº 9, 2009, p. 111.

T

TELLES, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume II, 10ª Edição (Reimpressão), Coimbra Editora, 2001.

V

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª d., Almedina, 2012.

VENTURA, RAÚL “Apontamentos para a reforma das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada”, in *BMJ*, nº182, 1969, p.25.

VERRUCOLI, Piero, *Il Superamento della Personalità Giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1964

Webgrafia

<http://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>

Jurisprudência

Supremo Tribunal de Justiça

Ac. do STJ de 06/jan/1976, BMJ 253 (1976), Relator: Oliveira Carvalho.

Ac. do STJ de 3/02/2009, Proc. nº 08A3991, Relator: Paulo Sá.

Ac. STJ de 10/01/2012, Proc. nº 434/1999.L1.S1, Relator Salazar Casanova.

Tribunal da Relação de Coimbra

Ac. TRC. de 04/06/2002, Proc. nº 590/02, Relator: Hélder Roque.

Ac. TRC. de 10/02/2015, Proc. nº 1279/08.5TBCEBR.C1, Relator: Moreira do Carmo.

Tribunal da Relação de Guimarães

Ac. TRG. de 09/10/2014, Proc. nº 516/06.5TCGMR.G1, Relator: Manuel Bargado.

Tribunal da Relação do Porto:

Ac. TRP. 13-Mai-93 da CJ XVIII, 2. Relator: Fernandes Magalhães.

Ac. TRP. de 29/11/2007, Proc. nº 0735578, Relator: José Ferraz.

Ac. TRP de 22/06/2009, Proc. nº 1201/09, Relator: Maria de Deus Correia.

Tribunal da Relação de Lisboa:

Ac. TRL, de 03/03/ 2005, Proc. nº 1119/2005-6, Relator: Gil Roque.

Ac. TRL, de 28/05/2008, Proc. nº 2402/2008-4, Relator: Seara Paixão

Ac. TRL. de 8/11/2012, Proc. nº 1988/11.1TVLSB-B.L1-2, Relator: Pedro Martins.

Ac. TRL de 29/03/2012, Proc. nº 1751/10.7TVLSB.L1-2, Relatora: Teresa Albuquerque.