

iscte

INSTITUTO
UNIVERSITÁRIO
DE LISBOA

Desconsideração da Personalidade Jurídica nas Sociedades Comerciais

Duarte Bruno Xavier Vicente

Mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho

Orientador:

Doutor António Henrique Barbosa Pereira de Almeida, Professor Auxiliar
Convidado do Departamento de Economia Política, ISCTE - Instituto Universitário
de Lisboa

Novembro, 2021



CIÊNCIAS SOCIAIS
E HUMANAS

Departamento de Economia Política

Desconsideração da Personalidade Jurídica nas Sociedades Comerciais

Duarte Bruno Xavier Vicente

Mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho

Orientador:

Doutor António Henrique Barbosa Pereira de Almeida, Professor Auxiliar
Convidado do Departamento de Economia Política, ISCTE - Instituto Universitário
de Lisboa

Novembro, 2021

A Fórmula legal que impeça a verificação de abusos não existe. Ela esbarra, desde logo, na impossibilidade filológica de prever, na sua formação, todos os elementos imagináveis.

(HEINRICH KRONSTEIN)

Agradecimentos

Em primeiro lugar, quero agradecer aos meus pais: à minha mãe por toda a ajuda que me proporciona e por nunca me deixar desistir, ao meu pai, além de uma vida de aprendizagens que me proporciona, a capacidade de resiliência que demonstra provam-me todos os dias que podemos chegar mais longe e mais longe apesar das adversidades (que são múltiplas) que a vida nos coloca diariamente. A eles, dedico esta dissertação.

Ao meu irmão, em quem eu vejo um exemplo e admiro, pela capacidade de inovação que tem, pelo apoio que todos os dias me dá, pelo companheirismo.

Aos meus Avós, por aquela palavra amiga, carinhosa que só eles sabem dar, pelo apoio incondicional, e pelo que representam para mim também a eles dedico esta dissertação.

À minha cunhada, pela missão que ela tem no seu trabalho, também ela me ensina a querer aprender e a não desistir, está sempre presente no que for preciso.

À minha sobrinha, para que também ela siga o seu caminho, a sua luta, e atinja os próprios objetivos sabendo que o tio estará cá para a apoiar.

Ao resto da minha família: tios, padrinhos, primos também sempre presentes.

À Rita e à Inês, que partilharam esta etapa comigo, tivemos momentos incríveis, apoiámo-nos mutuamente e nunca nos permitimos desistir, mais do que colegas, partilhamos um grande elo de amizade.

Ao Fontes, que também nunca me deixou desistir, apoiou e sempre que foi preciso esteve cá, por esta amizade já antiga.

Ao longo deste Mestrado, tive oportunidade de ter contacto com a realidade de uma empresa, o seu dia-a-dia, os seus trabalhadores, os seus colaboradores, a VigaPrintes fez-me crescer enquanto pessoa. Além do conhecimento da realidade empresarial posto em prática, criar métodos de trabalho com a ajuda de todos os trabalhadores, de alguns colaboradores que se tornaram verdadeiros amigos. A todos eles também devo a experiência que despertou o meu interesse pela área Societária.

Por fim, quero agradecer ao meu orientador, Professor Doutor António Pereira de Almeida pela orientação, paciência, apoio e confiança que revelou em mim, foram essenciais para a elaboração desta dissertação ultrapassando todas as dúvidas e dificuldades que me foram aparecendo, além da definição dos objetivos a que me proponho nesta dissertação.

A Todos, o meu sincero Agradecimento.

Resumo

O presente estudo visa proceder à análise e aplicação de um mecanismo doutrinário em concreto que permite tutelar os interesses dos credores: a desconsideração da personalidade jurídica.

Quando ocorre um abuso do princípio da autonomia patrimonial na esfera da pessoa coletiva por parte de um sócio com fins alheios, que se permite, desta forma isentar-se de certa responsabilidade perante os credores, eis que nos surge este instituto que levanta o véu derogando o princípio patrimonial por forma a alcançar a responsabilidade do homem-oculto (o sócio) por este mesmo abuso, fazendo-se justiça.

Este instituto doutrinário tem a sua base legal em artigos de interpretação ampla, não existindo uma base legal em concreto, propõe-se à realidade dos factos quando estes fogem do escopo de aplicação da lei positivada, reside, portanto, nas construções doutrinárias a fundamentação deste instituto, que tem em vista a responsabilização do sócio lesante. Para fins deste estudo entenda-se a ideia de ser esta a via que pretendemos utilizar para tutelar os interesses dos credores.

Assim, a nossa proposta passa por contextualizar o instituto, nomeadamente no que diz respeito às pessoas jurídica e nos princípios que lhe dão o protagonismo à luz do direito societário. Analisar-se-á a aplicação através das respetivas teorias e casos-tipo, além da análise da legislação de responsabilização do sócio e jurisprudência.

Terminamos este estudo com um aprofundamento da aplicabilidade deste instituto aos grupos de sociedades onde se vai abordar o regime de responsabilidade destes e aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica nesse mesmo regime.

Palavras-Chave:

Levantamento do Véu, Homem-Oculto, Abuso de Direito, Grupos de Sociedade, Autonomia Patrimonial, Responsabilidade Limitada

Abstract

This study aims to analyse and apply a specific doctrinal mechanism that allows a protection of the interests of creditors: the disregard of the legal personality.

When there is an abuse of the autonomy principal in a legal entity patrimonial sphere by a partner for alien purposes, which allows him, to exempt himself from certain responsibilities to creditors, this institute arises, lifting the veil and, derogating from the patrimonial principle in order to achieve the responsibility of the hidden man (the partner) for this abuse, doing justice.

This doctrinal institute has its legal basis in articles of broad interpretation, as there is no established legal basis, it proposes to reality of facts when they are beyond the scope of application of the positive law. Therefore, the basis of this institute resides in the doctrinal constructions. For the purposes of this study, the idea is that this is the way we intend to use to protect the interests of creditors.

Therefore, our proposal is to contextualize the institute, essentially in what concerns to legal entities and the principles that give it the prominence in the light of corporate law. The application will be analysed through the respective theories and case -types, in addition to the analysis of the partner accountability legislation and jurisprudence.

We finish this study with an in-depth look into the applicability of this institute to groups of companies, which will be addressing their liability regime and the application of the institute of disregard of the legal personality.

Keywords:

Lifting of the veil; Hidden man; Abuse of Rights; Group of Companies; Patrimonial Autonomy; Limited Responsibility

Índice

Agradecimentos.....	VII
Resumo.....	IX
Palavras-Chave:.....	IX
Abstract	XI
Keywords:	XI
Índice.....	XIII
Glossário de Siglas	XV
Introdução.....	1
CAPÍTULO I – Considerações Iniciais sobre a Pessoa Coletiva.....	3
1. Enquadramento à Pessoa Coletiva	3
1.1 O Homem-Oculto (Pessoa Singular)	3
1.2 A Pessoa Coletiva.....	3
2. O Princípio da Autonomia	4
2.1 Autonomia Patrimonial.....	4
3. O Princípio de Limitação da Responsabilidade do Quotista (Resp. Limitada)	8
CAPÍTULO II - Crise da Função	11
1. Colocação da Problemática.....	11
2. Terminologia.....	13
3. Enquadramento Histórico	14
4. Teorias da Desconsideração da personalidade jurídica	16
4.1 Teoria Subjetiva.....	16
4.2 Teorias Objetivistas	19
4.2.1 Teoria do Abuso Objetivo.....	19
4.2.2 Teoria da mera Aplicação das Normas	22
4.3 Outras Teorias.....	24
4.3.1 Teorias Negativistas.....	24
4.3.2 Contributo Português	25
5. Manifestações do Instituto	26
5.1 Abordagem Típica	26
5.1.1 Subcapitalização	28
5.1.2 Disfunção da Personalidade jurídica.....	29
5.2 Contributo de Menezes Cordeiro para a Doutrina.....	30
CAPÍTULO III - Aplicação Prática do Instituto	33
1. Análise à legislação de Fundamento À aplicabilidade do Instituto	33

1.1	Regime Aplicável	33
1.2	Regime Sancionatório aplicável à luz do CSC	33
2.	O Tratamento do Instituto nos Tribunais	36
A.	Acórdão das Construções, Pinturas e Revestimentos.....	36
B.	Acórdão da Venda dos Kiwis.....	37
CAPÍTULO IV - Nos Grupos de Sociedades.....		41
1.	Subsequência da Problemática.....	41
2.	Grupos de Direito e Grupos de Facto	41
2.1	Grupos de Direito	42
2.2	Grupos de Facto.....	42
3.	Regime da Responsabilidade nos Grupos de Direito	45
3.1	A Responsabilidade da Sociedade-Mãe	45
3.1.1	Direito de regresso sobre a sociedade totalmente dominada	47
3.1.2	Responsabilidade da Sociedade-mãe por perdas	48
3.2	A Tutela dos Credores nos Grupos de Facto	51
3.2.1	Desconsideração da Personalidade Jurídica nos Grupos de Facto.....	54
3.2.1.1	Responsabilidade Vertical Externa	54
3.2.1.2	Responsabilidade Horizontal Interna	59
3.2.1.3	Responsabilidade Horizontal Externa	60
Conclusão		65
Bibliografia.....		69

Glossário de Siglas

AAFDL. – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

AAVV – Autores Vários

Aln. - Alínea

Aktg. - Aktiengesetz

Artg. – Artigo

BAG. – Das Bundesarbeitsgericht

Cfr. – Conforme

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CSC – Código das Sociedades Comerciais

Lda. - Limitada

Nº - Número

SA. – Sociedades Anónimas

Introdução

A presente dissertação, elaborada no âmbito do mestrado em direito das empresas e do trabalho, versada na especialização em direito empresarial, visa a análise da tutela dos credores das sociedades de responsabilidade limitada através da particular manifestação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica (daqui por diante também designada por levantamento da pessoa coletiva ou levantamento da personalidade jurídica).

Por forma a iniciar este estudo torna-se pertinente, um brevíssimo enquadramento a conceitos não só societários, como também civilísticos há luz da temática tipicamente societária aqui em causa. Para tal, discorreremos dos conceitos da pessoa singular aqui já tida como “o homem-oculto” e da pessoa coletiva que já em jeitos tênues e introdutórios iniciam o âmbito. Também dentro deste mesmo enquadramento, começar-se-á a aprofundar os princípios que se afiguram como base para este estudo, nomeadamente o princípio da autonomia e de seguida, já mais tendente para o sócio, o princípio de limitação da responsabilidade do quotista. Analisar-se-á as diferentes doutrinas dissecando todas as dimensões do princípio da autonomia patrimonial. Por forma a promover a compreensão da pertinência do mesmo tanto para o sócio como para a própria sociedade.

Feito o entendimento, partimos para a crise, aqui será exposta a problemática em causa e apresentado o instituto de desconsideração da personalidade jurídica a ser explorado ao longo deste capítulo. Terá, portanto, um duplo propósito inclinado sobretudo para a colocação da problemática como ponto de partida a este estudo. De seguida teremos uma clarificação à própria terminologia, o próprio nome do capítulo pode suscitar alguma curiosidade ao leitor que se pretende aqui articular à luz dos nossos estudos, também a própria nomenclatura da figura da desconsideração da personalidade jurídica será aqui desvendada como primeiro passo na interiorização deste mecanismo tal como é bom costume à luz do estudo do direito. Depois de abordado o aspeto terminológico, compromete-se o estudo à exploração do aspeto histórico, contexto e respetiva criação. Sendo a interpretação histórica importante para o agente de direito, também para o estudo de um instituto essencialmente doutrinário como o aqui retratado, é importante apresentar as circunstâncias exteriores impostas pelo direito para que tenhamos de recorrer a um instituto auxiliar para solucionar situações prejudiciais como a tutela dos credores. Entramos então na temática das teorias, o primeiro momento de contacto com a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica começando pela primeira versão das teorias(a

subjetivista), seguimos para as teorias objetivistas e seu funcionamento não deixando de ter em conta que para além destas, existem muitas outras que prestando um exemplo de uma teoria mais radical e, citando o contributo português com as teorias também cá desenvolvidas que pretende prestar a sua participação para melhorar a aplicabilidade do instituto. Seguidamente surge a necessidade de enunciar, ou mesmo taxar as manifestações do instituto percorrendo as inconsonâncias, por forma a prestar o entendimento que aqui se procura, já inserido na abordagem típica, quer seja a níveis de subcapitalização, disfunção da personalidade jurídica, ou mesmo prestando uma especial atenção para a doutrina de Menezes Cordeiro nesta matéria. O presente estudo compromete-se a tomar a sua própria posição ao longo destas divergências doutrinárias para que tenhamos uma linha polida de compreensão que permita entrarmos no capítulo onde será posto em prática os conhecimentos teorizados até este ponto. Entramos por isso na aplicação prática do instituto, começando por abordar de forma breve o regime onde reside o cerne da desconsideração da personalidade jurídica. Seguido em jeitos de código anotado, presta-se uma breve análise dos artigos que resultam de alguma maneira na responsabilidade solidária. Este estudo segue de seguida para a análise de dois complexos acórdãos que resolvem este capítulo III, um capítulo mais prático e menos doutrinário que presta uma análise como ideia principal.

Por fim, o presente estudo propõe-se a analisar a temática tratada ao longo destes outros capítulos, mas aplicada aos grupos de sociedades, o último acórdão fará a ponte de curiosidade para este capítulo. Submetemos a problemática agora ao contexto dos grupos societários fazendo um enquadramento dos grupos de direito e de facto que detêm especial relevo em contexto de grupo societário, para de seguida se proceder à análise dos deveres de responsabilidade da sociedade-mãe e por fim, entrando numa matéria “vazia”, estudamos outros mecanismos legais propostos pela doutrina aplicando aos regimes de responsabilidade, quer em contexto de grupo subordinado, quer em contexto de grupo paritário.

Para efeitos do presente estudo, a metodologia a utilizar: residindo este instituto na vontade doutrinária, é maioritariamente aqui que esta investigação se foca não só numa perspetiva de contraposição mas também numa perspetiva de complementaridade o quanto possível, não esquecendo a análise à nossa lei que nos dá alguma base legal importante conhecer para fazer um exercício de enquadramento, aplicação e finalmente(mas não menos) a jurisprudência não só portuguesa como estrangeira que detém um papel importante para a fundamentação de todo este instituto doutrinário que se propõe a proteger os credores.

CAPÍTULO I – Considerações Iniciais sobre a Pessoa Coletiva

1. Enquadramento à Pessoa Coletiva

1.1 O Homem-Oculto (Pessoa Singular)

Como referência ao instituto achou-se por bem apelidar este subcapítulo de “homem-oculto”. Não é tanto a ideia referir a pessoa singular dado o trabalho em apreço ser de foro societário, mas sim introduzir em certa medida o instituto que vai ser abordado ao longo deste trabalho.

A pessoa singular neste contexto é o sócio, um sujeito que colabora nas decisões a tomar na vida da sociedade comercial e que goza de uma vontade própria que passa para o coletivo, coletivo esse que compõe a vida societária.

No entanto, nem sempre o sócio detém as melhores das intenções relativamente à sociedade procurando por vezes utilizar esta como um meio para atingir certa finalidade ou, neste caso, para ocultar certos atos, utilizar ao fim ao cabo a sociedade para fins alheios.

1.2 A Pessoa Coletiva

As sociedades não são um mero corpo unitário de bens, um património autónomo, são sim um novo sujeito de direito, uma verdadeira individualidade diferente de cada um dos seus sócios.¹

Dotados de personalidade a partir do seu registo definitivo. As pessoas coletivas acabam por ser centros de imputação de direitos e deveres dotados do seu próprio

Fim económico e social a prosseguir, fins distintos das pessoas singulares que os constituem. Assim, são reguladas por todo um regime específico que as protege.

¹ Furtado, Jorge Henrique Pinto (2000), *Curso de Direito das Sociedades*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, p. 238

2. O Princípio da Autonomia

2.1 Autonomia Patrimonial

Nas palavras de Brito Correia:

O reconhecimento da personalidade jurídica da sociedade comercial vem estabelecer um princípio fundamental de separação entre a sociedade e os sócios, assim como entre a sociedade e os titulares dos seus órgãos. Tal separação é sobretudo importante do ponto de vista patrimonial.²

A sua existência tem duas fases segundo Jorge Furtado: responsabilização direta da sociedade pelas dívidas decorrentes da sua atividade e a insensibilidade do património social às dívidas particulares dos sócios. A primeira é referente à responsabilidade subsidiária dos sócios, os credores em princípio só irão ver restituído o valor presente na massa patrimonial da empresa, os sócios só respondem de forma limitada ou ilimitada (mediante o tipo de sociedade). Em segunda linha, as dívidas do sócio a título particular não estão subjugadas à própria sociedade de forma alguma, em caso extremo poderá ser penhorada a quota do sócio, mas não mais que isto.³

Já Menezes Cordeiro distingue duas realidades como “consequência direta do modo coletivo em que funciona o direito das sociedades é a existência de autonomia funcional e patrimonial.”

Assim:

- (1) as sociedades prosseguem fins próprios e detêm objetos formalmente seus; além disso, dispõem de esquemas destinados à elaboração de vontade que lhes é imputada;
- (2) as sociedades dispõem de um património próprio, o qual, preferencial ou mesmo exclusivamente, responde pelas suas dívidas.⁴

Uma pessoa jurídica não pode ser concebida sem deter uma massa patrimonial pelo que, apesar de distintas, a personalidade e a autonomia patrimonial são imprescindíveis uma à outra apresentando também duas realidades:

² Correia, Luis Brito (1989), *Direito Comercial, 2º Volume – Sociedades Comerciais*, Lisboa, AAFDL, p.237

³ Cfr. Furtado, Jorge Henrique Pinto (2000), *Curso de Direito das Sociedades*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, p.238

⁴ Cordeiro, António Menezes (2020), *Direito das Sociedades, Volume I – Parte Geral*, 4ª edição (revista e actualizada), Coimbra, Almedina, p. 241

A) no que toca à responsabilidade limitada, ou ilimitada não levanta qualquer divergência relativamente ao princípio da autonomia patrimonial, uma vez que, a esfera patrimonial do sócio só é atingida em segunda linha já num esvaziamento total da esfera patrimonial da sociedade em si. Coutinho de abreu vai mais longe, conceitualizando a esfera patrimonial como imperfeita quando “outros acervos patrimoniais (os dos sócios) pode, em segunda linha, ser chamados a responder pelos débitos da sociedade” o que, apesar de problemático, não desprestigia o princípio, uma vez que só será atingida a esfera de forma subsidiária, mantendo intacta uma relativa autonomia. O caso da autonomia perfeita por contraposição, torna-se dedutível. Trata-se dos casos de responsabilidade limitada onde, não só o sócio devedor responderá pelas dívidas apenas em segunda linha, como inclusive só irá responder até ao valor da sua quota. Importa aqui ressaltar o caso de o pacto da sociedade por quotas convencionar que um ou mais sócios respondam, “conquanto limitadamente, pelos débitos sociais, e solidariamente com a sociedade ou subsidiariamente em relação a ela” nos termos do artigo 198º, nº1 do CSC aqui tornar-se-á imperfeita a autonomia patrimonial da sociedade subserviente. Coutinho de abreu ressalva o facto de os credores não irem buscar a título subsidiário bens à esfera patrimonial do sócio, mas sim, às entradas feitas pelo sócio que são pertencentes à sociedade, com a finalidade de satisfazerem os débitos deixando de pertencerem ao sócio, corroborando mais uma vez esta divisão entre as esferas patrimoniais.

B) numa segunda perspetiva, a autonomia patrimonial protege o património da sociedade dotada de personalidade jurídica própria. Os credores não podem fazer-se pagar dos bens da sociedade em dívidas privadas de um (ou mais) sócios. Em última instância poder-se-á penhorar a própria quota do sócio como consta do artigo 220º nº2 do CSC, mas nunca os bens da sociedade. Estamos, portanto, perante uma clara situação de autonomia patrimonial perfeita a favor da sociedade.⁵

Jorge Henrique Furtado aborda a questão do princípio da autonomia pela própria distinção entre a pessoa coletiva e a pessoa singular. Se é verdade que a pessoa singular detém autonomia patrimonial face à pessoa coletiva, também é verdade que a pessoa coletiva goza dessa mesma autonomia patrimonial, torna-se num autêntico centro de imputação (Jorge Henrique Furtado

⁵ Cfr. Correia, Miguel Pupo (2016), *Direito Comercial*, 13ª Edição (revista e actualizada), Lisboa, Ediforum

vai mais longe apelidando de “sujeito dotado”) de direitos e obrigações distintos dos seus sócios, “uma pessoa distinta dos seus sócios (...) unicamente assimilada a uma pessoa física...”. Defende-se que o principal problema desta doutrina em matéria de pessoa coletiva deverá ser a questão das sociedades que não são dotadas de personalidade jurídica. Ora, este autor fundamenta a sua posição no mecanismo da transformação do tipo legal da sociedade, um processo que não impossibilita a transformação de um tipo legal de societário dotado de personalidade jurídica para outro tipo de sociedade que não detenha personalidade jurídica e vice-versa.

Jorge Henrique Furtado defende que não seria real a pretensa falta de personalidade de uma das sociedades, mas antes que esta foi adquirida ou perdida com a transformação e, assim, não pode ser a personalidade coletiva a justificar a permanência da identidade social através da transformação, mas apenas a sua unificação legal, com ou sem o atributo da personalidade.

O autor defende que a personalidade jurídica não é o único fundamento à autonomia da sociedade nem o único centro de imputações que a sociedade detém. Também a personalidade judiciária atribuída pelo artigo 11 n.º 2 assim como o 12 b do código de processo civil atribuí às sociedades (também sem personalidade jurídica como a sociedade civil) de centro de imputações e que subentende a autonomia patrimonial ainda este autor, recorrendo agora a outro código, no decorrente do artigo 2033 alínea 2b do código civil, afirma que uma sociedade civil tem capacidade sucessória, logo, poderá alienar património próprio da sociedade. Tal preceito corrobora a teoria da autonomia patrimonial nas sociedades sem personalidade jurídica como pessoa distinta dos sócios ainda que o artigo 6.º do CSC dizendo respeito à capacidades das sociedades comerciais, levante algumas dúvidas quanto à aplicabilidade desta capacidade sucessória aquando se refere na redação da sua alínea 1 “compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim”, na última parte levanta ainda algumas dúvidas aquando menciona “(direitos e obrigações) inseparáveis da personalidade singular.”

Ora para ultrapassar esta dúvida poder-se-á recorrer à doutrina de Diogo Costa Gonçalves referente à capacidade das sociedades comerciais que nos diz: “a limitação à capacidade das

sociedades comerciais só pode (...) ser imposta ab extra: mediante a criação de normas proibitivas de imputação.”⁶

Diogo Pereira Duarte distinta autonomia patrimonial. Afere a existência de autonomia patrimonial da pessoa coletiva para com a pessoa singular, mas atenta que o inverso pode não acontecer, principalmente nas sociedades sem personalidade jurídica em que não há autonomia patrimonial da pessoa singular em relação à pessoa coletiva, funciona como uma responsabilidade ilimitada do sócio para com a sociedade. Para os casos em que tal responsabilidade ilimitada não está contemplada (ou mesmo no caso em que esteja, o regime seguidamente descrito poderá aplicar-se caso assim se deixe acordado), este autor vai mais longe ainda referindo que um ou mais dos sócios poderá acordar que todos os seus bens ficarão afetos à garantia geral dos créditos da sociedade excluindo o património da sociedade ou de outro/s sócio/s da responsabilidade. Ora, isto afere aplicabilidade jurídica no contexto das garantias gerais das obrigações nos termos do artigo 601º e 602º do código civil. Também poderá acontecer o caso de haver uma autonomia patrimonial por parte da pessoa coletiva para com a pessoa singular como é o caso das associações sem personalidade jurídica como decorre do artigo 196º essencialmente alínea 2 do código civil: “enquanto a associação subsistir, nenhum associado pode exigir a divisão do fundo comum e nenhum credor dos associados tem o direito de o fazer executar.” No entanto o contrário já não acontece, pois, o artigo 198º do mesmo diploma aplica a responsabilidade solidária não só para com o praticante do ato, como para o património dos associados diretamente responsáveis e em última linha os restantes associados.

O autor distingue autonomia patrimonial de autonomia pessoal fundamentando-se na doutrina de Carvalho Fernandes e que também é defendida por Jorge Henrique Furtado. No que concerne às sociedades comerciais detentoras de personalidade jurídica de que são pessoas físicas diferentes. Defendendo esta posição, Diogo Pereira Duarte aceita a doutrina de Carvalho Fernandes: “parece poder demarca-se a existência de um regime tendente a formar e a exprimir uma vontade própria e a agir juridicamente”.⁷

⁶ Furtado, Jorge Henrique Pinto (2000), *Curso de Direito das Sociedades*, 3ª edição, Coimbra, Almedina p.257 a 260, Gonçalves, Diogo Costa (2018) “capacidade das sociedades comerciais: uma visão luso-brasileira”, *Revista de Direito das Sociedades*, nº4, p. 40

⁷ Duarte, Diogo Pereira (2007), *Aspectos Do Levantamento Da Personalidade Colectiva Nas Sociedades Em Relação De Domínio*, Coimbra, Almedina p.50, Fernandes, Carvalho (2001), *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Lisboa, Universidade Católica, p. 528

Forma-se assim uma vontade própria e coletiva que não é redutível ao interesse de cada um dos seus sócios ou acionistas. Para que esta nova pessoa tenha sucesso é necessário dotá-la de mecanismos de salvaguarda e proteção dos seus próprios direitos espelhando a vontade sob a qual ela é formada. A autonomia pessoal não será o único, mas é indubitavelmente um desses meios de prossecução. Poderemos é claro enunciar outros como é o caso da prestação de contas prevista no artigo 65º do CSC por exemplo. Ou a própria existência de órgãos internos de fiscalização nas sociedades anónimas (artigo 413º do CSC). Nas sociedades por quotas encontramos um regime de fiscalização no artigo 262º.⁸

Como tudo, a autonomia patrimonial detém prós e contras que geram crises nos diferentes ordenamentos jurídicos sendo mal utilizados.

3. O Princípio de Limitação da Responsabilidade do Quotista (Resp. Limitada)

Segundo Ferrer Correia, a limitação da responsabilidade é justificada pelo vínculo pessoal que não acontece, os seus acionistas não necessitam de estar ligados à vida ativa da empresa: “os poderes de direção do maquinismo social não andam naturalmente ligados à qualidade de Sócio (...) os associados não -de conservar-se longe da gestão da empresa comum e confiar.”⁹

Tal doutrina condiz com o caso das sociedades anónimas por exemplo. Os shareholders investem na empresa pondo o seu capital próprio em risco confiando a gestão operacional a um administrador (que é por estes nomeado). Faz então sentido que haja uma limitação da responsabilidade dos shareholders.¹⁰ o mesmo se aplica às sociedades por quotas, como tão bem refere Maria de Fátima Ribeiro “particularmente no caso da sociedade por quotas, o legislador prevê (e a configuração do tipo societário admite) a possibilidade de o sócio responder pessoalmente, pelas dívidas da sociedade, nos termos do artigo 198º do CSC.”¹¹ note-

⁸ Duarte, Diogo Pereira (2007), *Aspectos Do Levantamento Da Personalidade Colectiva Nas Sociedades Em Relação De Domínio*, Coimbra, Almedina p.50, Fernandes, Carvalho (2001), *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Lisboa, Universidade Católica, p. 530

⁹ Correia, Ferrer (1948), *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Braga, Livraria Atlântica, p.5

¹⁰ Iremos abordar mais à frente esta Responsabilidade.

¹¹ Ribeiro, Maria de Fátima (2016), *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito

se que a sociedade por quotas detém um aspeto mais intimista e menos público que a sociedade anónima.

No contexto da pessoa coletiva, torna-se relevante para a tutela salvaguardar a posição dos credores, falamos assim na proteção da posição destes e garantia a todo o custo que a prossecução económica seja ressarcida o máximo possível em caso de se suceder alguma infelicidade à pessoa coletiva devedora. Como tal, o artigo 601º do código civil apresenta um princípio geral para garantia de cumprimento das obrigações. Para tal, irão responder os ativos existentes na sociedade devedora que constituem a massa patrimonial.

A massa patrimonial (reforço, da sociedade) irá responder em pleno (de forma ilimitada) tal como indica o artigo 601º do código civil. No entanto, a responsabilidade dos sócios às dívidas da sociedade por contraposição é limitada como refere o Professor Pereira de Almeida:

O que é limitada é a responsabilidade dos Sócios perante a sociedade e os Credores desta: nas sociedades anónimas os acionistas só respondem pela realização das entradas correspondentes às ações que subscreveram (artigo 271º do CSC) e, nas sociedades por quotas, para além da realização das suas entradas, em caso de realização parcial do capital social, os Sócios poderão responder solidariamente pela libertação das entradas dos outros Sócios – artigo 197º, nº1 do CSC.¹²

Pegando na reforma proposta por Raul Ventura em 1969:

Os Sócios assumem nos contratos de sociedade uma certa (importa frisar o termo “certa”) responsabilidade pelos débitos sociais. (...) Um Sócio não estará disposto a contribuir para a sociedade (...) com importâncias elevadas, mas não se importará de assumir, logo no contrato, responsabilidade solidária com a sociedade, até certo montante.¹³

da Universidade Católica Portuguesa, p.148, e também neste sentido Correia, Ferrer (1948), *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Braga, Livraria Atlântica, p. 5 e ss.

¹² Almeida, António Pereira (2013), *Sociedades Comerciais, Volume 1 - Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 45

¹³ Ventura, Raul (1969), “Apontamentos para a Reforma das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada e Anteprojeto de Reforma da Lei das Sociedades por Quotas”, 2ª Redação, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 182, p. 8

Menezes Cordeiro afirma também:

A limitação da responsabilidade é decisiva no plano dos administradores das sociedades. Estes, salvo se violarem as regras que lhes são aplicáveis, não respondem pelas decisões que tomem no exercício das suas funções. Tais decisões são imputáveis às próprias sociedades: uma dissociação de consequências profundas, que o Direito procura, em certos casos, controlar.¹⁴

É pertinente citando o Professor Pereira de Almeida:

(...) de referir que nas sociedades em nome coletivo a responsabilidade pessoal e ilimitada dos Sócios só existe porque disposição especial assim o determina. artigo 175º, nº1. De contrário, tendo a sociedade personalidade jurídica, só responderia o seu património, nos termos do citado artigo 601º do Código Civil.¹⁵

É esta a regra: a responsabilidade limitada dos Sócios outros tipos de Sociedades (nos tipos de sociedade que assim o prevejam está claro).

¹⁴ Cordeiro, António Menezes (2020), *Direito das Sociedades, Volume I – Parte Geral*, 4ª edição (revista e actualizada), Coimbra, Almedina, p. 242

¹⁵ Almeida, António Pereira (2013), *Sociedades Comerciais, Volume I - Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 45

CAPÍTULO II - Crise da Função

1. Colocação da Problemática

É-nos claro que a pessoa coletiva é uma entidade distinta dos seus membros (pessoas singulares), detém um centro de imputação de direitos e deveres próprios e prossegue o seu próprio interesse social e económico. Como tal, torna-se exigível que detenha autonomia na esfera patrimonial e prosseguções próprias que não devem ser confundidas com a dos seus sócios.

A temática da desconsideração da personalidade jurídica (ou levantamento da pessoa coletiva) surge-nos, portanto, para os casos de “abuso funcional do instituto, designadamente nas sociedades fictícias e nos casos em que não é respeitado o princípio da separação de patrimónios. Trata-se de situações de responsabilidade pessoal dos sócios, que não estando previstas diretamente na lei resultam de construções doutrinárias ou jurisprudenciais.”¹⁶

Fazendo direito, mesmo na ótica do credor, há que dar razão a Ferrer Correia quando refere: “tampouco os credores sociais poderiam ser admitidos a efetivar os seus créditos sobre o património deles, sequer nos limites correspondentes ao valor das suas quotas. Seria uma situação plena e rotundamente insatisfatória.”¹⁷

Este instituto detém pertinência não só no foro das sociedades comerciais, mas, também encontramos jurisprudência que nos remete para o uso do instituto a fundações e a cooperativas. Tal obsta como refere mota pinto que este instituto seja mais explorado numa vertente societária como aliás a jurisprudência na sua maioria tende para a *primus et principalis quaestio*, localiza-se efetivamente no direito societário.¹⁸

¹⁶ Almeida, António Pereira (2013), *Sociedades Comerciais, Volume 1 - Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 49

¹⁷ Correia, Ferrer (1948), *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Braga, Livraria Atlântica, p. 126

¹⁸ Pinto, Carlos, (2005), *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, p. 166

Também Brito Correia repara na aplicação deste instituto a outro tipo de pessoas coletivas atribuindo a esta dado a sua particularidade um especial interesse de análise.¹⁹

Werner Flume refere-nos que certas normas societárias acabam por perder aplicação revelando-se uma realidade inerente e há partida oculta que extravasa o próprio da pessoa coletiva, um real abuso desta pessoa jurídica.²⁰

Menezes Cordeiro levanta uma asserção interessantíssima quando nos diz que “(...) os ordenamentos atuais se desinteressam pelos substratos das pessoas coletivas, particularmente das sociedades”.²¹

De facto, não é raro o nascimento de uma pessoa coletiva para fins algo impróprios por exemplo, fins contabilísticos - sociedades que mascaram as reais receitas de uma outra sociedade por exemplo. É algo perceptível que não existe no mundo contemporâneo qualquer solenidade no nascimento da pessoa coletiva que é visto como um mero instrumento, muitas vezes para descarte da própria responsabilidade singular ou para mascarar patrimónios.

Os fins poderão ser lícitos aquando traduzidos na pessoa coletiva, mas caso atribuamos tal ato à própria pessoa singular, em uso da sociedade comercial atingimos toda uma panóplia de possibilidades que nos levam a responsabilizar o próprio sócio lesante.

Menezes Cordeiro refere-nos também que:

o Direito positivo, sempre que encontre uma sociedade – com ou sem substrato -, passa a regular as situações a ela inerente repontando-se-lhe como ente autónomo. Funciona em modo coletivo, atingindo as condutas singulares apenas através das regras complexas da personalidade coletiva e do seu funcionamento interno. (...)

O Poder de atuar através de sociedades tem limites intrínsecos. Logo à partida, seria estranho que tal poder fosse absoluto, permitindo contrariar os dados fundamentais do ordenamento. A doutrina que sustenta, explica e aplica tais limites é a do Levantamento da personalidade.

¹⁹ Cfr. Correia, Luis Brito (1989), *Direito Comercial, 2º Volume – Sociedades Comerciais*, Lisboa, AAFDL, p.237

²⁰ Flume, Werner (1983), *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, I/2 – Die juristische Person*, 4ª edição, Berlin, Springer Verlag, p. 63

²¹ Cordeiro, António Menezes (2020), *Direito das Sociedades, Volume I – Parte Geral*, 4ª edição (revista e actualizada), Coimbra, Almedina, p. 368

Bem refere Menezes Cordeiro ao indicar que “Trata-se de um instituto surgido a posterior para sistematizar e explicar diversas soluções concretas, estabelecidas para resolver problemas reais postos pela personalidade coletiva.”²²

Oliveira Ascensão levanta uma questão no início da abordagem à temática:

“Não se poderá por exemplo, rompida a barreira da personalidade da sociedade comercial, atingir em certos casos as pessoas dos Sócios?”²³

É esta a questão que procuraremos solucionar ao longo deste capítulo.

2. Terminologia

Não é por acaso que apelidamos este capítulo de “crise da função”, serve sim para homenagear a obra de Lamartine que trata de forma bastante aprofundada a temática da 2ª crise da pessoa coletiva (reparemos que a “pessoa jurídica” referida no título original da obra tem terminologia do direito estrangeiro por exemplo do direito brasileiro, notemos que pessoa jurídica em Portugal, trata sim da pessoa coletiva, já a pessoa singular em Portugal é denominada de pessoa natural/pessoa física no direito brasileiro). O termo desconsideração da personalidade jurídica parece-me ser uma desajeitada adaptação (ou talvez astuta) tendo em conta o potencial de aplicação deste instituto aos grupos de sociedades como também teremos oportunidade de abordar. O termo desconsideração vem das origens americanas, onde a doutrina designava “disregard of the legal entity”.

Com o tempo, talvez deixe de fazer sentido mesmo a expressão comumente conhecida em Portugal como “levantamento da pessoa coletiva” para passarmos a utilizar um termo mais abrangente uma vez que levantamento do véu da pessoa coletiva para se manifestar outra pessoa coletiva não será tão adequada passando a fazer mais sentido um levantamento da personalidade jurídica (não esquecendo contudo) e neste sentido cabe à jurisprudência portuguesa fazer direito e recorrer quando haja outra hipótese a este mesmo instituto. O uso do termo levantamento particularmente no que releve ao capítulo IV grupos de sociedades será também por nós mais utilizado dado se coadunar melhor com a própria essência do levantamento nos grupos.

²² Cordeiro, António Menezes (2019), *Tratado De Direito Civil, Volume IV – Parte Geral das Pessoas*, 5ª edição (revista e actualizada), Coimbra, Almedina, p.765

²³ Ascensão, Oliveira (1988), *Direito Comercial, Volume I – Parte Geral*, Lisboa, sine nomine, p.472

3. Enquadramento Histórico

Bem nos diz Lamartine quando afirma:

no contexto da busca de finalidades distintas daquelas que inspiram o conjunto do sistema jurídico. A reação jurisprudencial (e doutrinária) tendente a impedir que a pessoa jurídica (pessoa coletiva) seja utilizada com sucesso para finalidades imorais ou antijurídicas. É claro que uma parte relevante da problemática diz respeito a problemas de responsabilidade...²⁴

Este autor manifesta a existência de uma crise na função da pessoa coletiva que, é utilizada para fins ilícitos e esmiúça essa mesma crise, propondo a solução temática desta tese.

Para compreendermos melhor este instituto e sendo este totalmente doutrinário, releva sabermos a sua história, desde a respetiva criação.

O problema da desconsideração da personalidade jurídica surge-nos, ainda no ordenamento norte-americano aquando de um problema onde se tiveram de avocar responsabilidades a pessoas coletivas, aqui foi feito o primeiro levantamento da personalidade coletiva para se julgar os sócios de uma sociedade que seria utilizada para lesar terceiros. Na América este instituto era conhecido por disregard of legal entity.

Já no direito romano-germânico surge-nos o primeiro caso de levantamento da personalidade jurídica em 1892 com o surgimento das primeiras sociedades por quotas no direito alemão.²⁵

Menezes Cordeiro refere uma “democratização” da responsabilidade limitada com o surgimento destes tipos de sociedade, criando-se assim problemas perante os credores sociais. Ora, ainda mais gritante o problema se transformou aquando do surgimento da sociedade unipessoal onde mais facilmente os direitos da própria sociedade se confundem com os direitos do sócio único.

Daqui, retira-se um já conhecido acórdão sobre esta matéria que contém uma célebre frase que a nosso entender caracteriza muito bem este instituto:

²⁴ De Oliveira, J. Lamartine Corrêa (1979), *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, edição Saraiva, p.262

²⁵ Cordeiro, Pedro (1989), *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, p.24

“O Juiz deve dar mais valor ao poder dos factos e à realidade da vida do que à construção jurídica (...).”²⁶

Nos tempos subsequentes surgiram uma série de acórdãos a fazer esta mesma diferenciação entre a sociedade comercial e o sócio seu detentor, criando-se assim uma fórmula de levantamento da personalidade jurídica.

Segundo Oliveira Ascensão este instituto seria conhecido na Alemanha como *durchgriff* (penetração; também se podendo traduzir por superação).²⁷

Já em Portugal, segundo Pedro Cordeiro, este instituto chega por mãos de Ferrer Correia por via doutrinária e, aplicou-se à problemática que a acolheu pela primeira vez: às sociedades unipessoais na sua obra “sociedades fictícias e unipessoais” (ainda muito antes de se pensar em Portugal neste instituto) ele refere: “(...) tendo o único acionista gerido a empresa por tal maneira como se ela não constituísse um património separado e estritamente vinculado a cumprir os seus fins – usando da firma social nos seus negócios particulares, desviando da firma social nos seus negócios particulares, desviando abusivamente elementos desse património para fins diferentes dos estatutários, desfalcando, em suma, graças a uma administração irregular, o fundo de garantia dos credores da sociedade- à responsabilidade do património social viria acrescer, em via subsidiária, a sua responsabilidade pessoal ilimitada”.²⁸

Apesar de não se relevar abertamente na criação de um instituto como o levantamento da personalidade jurídica pretendendo que esta tutela seja apenas efetuada pelo julgador no seu pensamento e apelando neste sentido, este autor contribui de forma pertinente para a sua progressão e ainda que no campo mero das sociedades unipessoais, torna-se num primeiro passo para a progressão deste instituto em Portugal.

Contudo, ainda antes disto importa referir um impactante acórdão que levantou questões doutrinárias sobre este assunto, e talvez a razão pela qual Ferrer Correia tem o primeiro contacto com esta temática. De uma forma sumária em 1964 quatro sócios de uma sociedade por quotas criada em 1963 vêm-se a desentender, com isto dois dos sócios são exonerados desta sociedade

²⁶ Cfr, citação de Cordeiro, António Menezes (2000), *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, Coimbra, Almedina, p. 104

²⁷ Ascensão, Oliveira (1988), *Direito Comercial, Volume I – Parte Geral*, Lisboa, sine nomine, p. 473

²⁸ Cordeiro, Pedro (1989), *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, p. 54

e assinam um acordo em que entre outras cláusulas, se comprometem a não produzir um produto semelhante ao produzido na empresa onde foram sócios. Ora um destes sócios cria uma sociedade por quotas e começa a produzir um produto igual ao vendido na sociedade de onde se exonerou. Em tribunal este último sujeito alega que de facto comprometeu-se a não vender o tal produto, mas que neste caso ele é um mero sócio de uma pessoa coletiva distinta dele, quem está ao fim ao cabo a vender o produto é a pessoa coletiva da qual faz parte e não ele em concreto.

Esta temática gerou polémica dentro do ordenamento jurídico há data, sendo que, Ferrer Correia foi o primeiro juntamente com Antunes Varela a elaborar os primeiros pareceres sobre este caso, sendo que, Antunes Varela se debruçou sobre a questão à luz do direito da concorrência e Ferrer Correia tenta pela primeira se distanciar da pessoa coletiva para atingir a pessoa singular do sócio da sociedade lesante. Mais tarde Inocêncio Galvão teles aborda a questão também num parecer evocando as teorias da escola alemã, mas considerou o caso em que se debruçava como analogicamente comparável sendo que não estariam reunidos a seu ver os pressupostos para tal.²⁹

Prosseguindo este instrumento, muitos outros doutrinários também escreveram (já abertamente) sobre este tema.

Não obstante, fazendo um breve enquadramento dos seus primórdios e receção, vamos agora abordar as principais doutrinas do tema.

4. Teorias da Desconsideração da personalidade jurídica

4.1 Teoria Subjetiva

Foi Serik que em 1955 decidiu pela primeira vez aprofundar a dogmática deste instituto da desconsideração, para tal, este vai buscar face aos acórdãos da jurisprudência alemã e norte-americana uma redução “casuística existente a critérios gerais que, uma vez verificados, permitiriam “levantar o véu das pessoas coletivas”.”

²⁹ Cordeiro, Pedro (1989), *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, p. 41 - 50

A autonomia da pessoa coletiva de acordo com esta teoria deveria ser afastada, Serik tem como ponto de partida o facto de o sujeito em causa ter tirado partido da pessoa coletiva para tomar algum ato próprio que irá acabar por se tornar lesivo para a sociedade. Estamos aqui a falar de um “abuso de forma da pessoa coletiva”³⁰

Serik orienta a explanação com recurso a 3 grupos de casos onde se é entendido que há um abuso da pessoa coletiva acrescenta Maria de Fátima Ribeiro:

Caraterizada pela intencionalidade na obtenção do resultado abusivo a fraude à lei (quando se chega a um resultado proibido por lei por uma via distinta daquela que é normativamente considerada, sempre que da ratio da norma se retire que esta visa impedir a produção daquele resultado, e não apenas a sua realização através do recurso ao meios a que se refere o preceito considerado), a fraude e lesão do contrato(que consiste na utilização da pessoa coletiva para prosseguir um resultado contrário ao fim expresso ou claramente identificável- de contrato), e o dano fraudulento causado a terceiros através da pessoa coletiva.³¹

Agora, no que concerne a esta fórmula subjetiva, é uma exigência existir um abuso consciente. Autores e seguidores desta primitiva teoria como Möhring ou Godin/Wilhelmi frisam e inclusive relevam este facto como constituinte de um preceito importante para a fórmula, não basta existir um abuso terá também de existir dolo por parte do sócio.

Como estudo de caso para fundamentar a teoria subjetiva, Serik utiliza a hipótese da fraude à lei utilizando a pessoa coletiva, o autor vai buscar este caso tipo à jurisprudência alemã.

Assim diz-nos E. Shanze:

“Haveria fraude à lei com utilização de uma pessoa coletiva sempre que os destinatários de determinada forma jurídica se ocultassem por trás de uma pessoa coletiva já existente ou criada para tal finalidade específica, subtraindo-se assim à incidência da norma.”³²

³⁰ De Oliveira, J. Lamartine Corrêa (1979), *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, edição Saraiva, p.298

³¹ Ribeiro, Maria de Fátima (2016), *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p. 105

³² Cfr. Citação de De Oliveira, J. Lamartine Corrêa (1979), *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, edição Saraiva, p.300

Portanto, o homem oculto terá de utilizar a pessoa coletiva para proceder a atos que se formulados pela pessoa singular seriam ilícitos. Ademais deverá existir como já referido atrás um abuso de direito.

Importa aqui referir que o abuso de direito a que Serik se afere está contida na sua formulação objetivista “exercício de modo contrário à função ético-jurídica e social do direito”³³ isto constitui uma das principais críticas a esta teoria.

Como tão bem refere Maria de Fátima Ribeiro, esta teoria viria a beneficiar “aqueles que não conhecem escrúpulos”³⁴ visto haver uma exigência da consciência do abuso.

Prossegue Maria de Fátima Ribeiro:

embora sejam sempre relevantes considerações de ordem subjetiva quanto aos casos de violação dos limites impostos pela boa fé e pelos bons costumes; já o limite do “fim social e económico” do direito representa a consagração de um critério puramente objetivo.

George Winter critica também “as dificuldades de prova que o elemento subjetivo acarreta”. Bauschke tenta contornar esta dificuldade através da inversão do ónus da prova ou mesmo da presunção de intenção abusiva quando se verificassem elementos objetivos de abuso.

É-nos, portanto perceptível que Bauschke cai na utilização de critérios objetivos. Vítima do vício da teoria subjetiva como já tivemos aqui a oportunidade de referir.³⁵

A demais, os subjetivistas não distinguem o tipo de sociedade em causa, o que me parece algo difícil de ultrapassar dado o facto de cada tipo de sociedade ter as suas especificidades, um argumento que nos parece bastar é o facto da própria responsabilidade dos sócios/acionistas não ser obviamente igual numa sociedade em comandita e numa sociedade anónima. O que interessa para fins desta teoria é a existência, ou não, de vontade por parte do homem oculto todo o regime e qualquer outra questão só interessaria ser explorada estando provada a vontade do sócio lesante.

³³Cfr. Citação de De Oliveira, J. Lamartine Corrêa (1979), *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, edição Saraiva, p.301

³⁴ Ribeiro, Maria de Fátima (2016), *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p. 105

³⁵ Cordeiro, Pedro (1989), *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, p. 32

A teoria subjetiva criada por Serik acaba por estar ultrapassada, pela dificuldade de prova do elemento subjetivo, a aplicação de elementos subjetivos, entre outras críticas que facilmente deitaram este método abaixo. Resta-nos aqui acrescentar citando ainda Menezes Cordeiro:

Deveremos ainda atentar na concreta solução pretendida com o Levantamento considerado. Se se tratar, simplesmente, de fazer responder o património do Sócio por dívidas da sociedade – e, portanto: de fazer cessar pontualmente o privilégio da responsabilidade limitada – não se requer qualquer culpa subjetiva. Pelo contrário, tratando-se de responsabilidade civil por atos ilícitos ou pelo incumprimento das obrigações, a culpa é requerida. Não se tratará, todavia, e nessa ocasião, dum específico elemento subjetivo, próprio do Levantamento.”³⁶

Diogo Pereira Duarte acrescenta que:

“a perspetiva subjetivista tem uma explicação histórica bastante plausível, como a que é dada por Menezes Cordeiro: formulada num tempo em que a personalidade coletiva é entendida de forma absoluta, esta teoria de Levantamento padece das especiais cautelas que os seus autores entenderam necessárias. Ela anda a par com a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil.”

Relembrando este autor os pressupostos da teoria subjetiva: defraudamento da lei e abuso consciente da pessoa coletiva – “o subjetivismo de Serik foi posto em causa, sem que tal implicasse uma rutura fundamental com o seu esquema explicativo. Surgem então partindo da mesma base, as teorias objetivistas”³⁷

Apesar de derrubada, a teoria subjetiva de Serik e os subjetivistas detiveram o mérito de contribuir com especial relevância para a evolução do instituto que é o levantamento da pessoa coletiva

4.2 Teorias Objetivistas

4.2.1 Teoria do Abuso Objetivo

A teoria objetiva também denominada abuso objetivo ou teoria da instituição da desconsideração da personalidade jurídica nascem pelas mãos da própria jurisprudência que

³⁶ Cordeiro, António Menezes (2000), *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, Coimbra, Almedina, p.127

³⁷ Duarte, Diogo Pereira (2007), *Aspectos Do Levantamento Da Personalidade Colectiva Nas Sociedades Em Relação De Domínio*, Coimbra, Almedina, p.197, Cordeiro, António Menezes (2000), *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, Coimbra, Almedina, p.126

concebeu estas teorias renunciando a uma abordagem subjetiva produzida por Serik e bastante criticada como tivemos a oportunidade de perceber.³⁸

Hoje, supõe-se que a teoria objetiva seja a teoria explicativa dominante.

Segundo Menezes Cordeiro:

numa primeira fase, tudo isto é feito depender das (más) intenções do agente. Conquistado o instituto, este é objetivado, passando a depender da pura contrariedade ao ordenamento.

Abandonada a intenção, o levantamento exigiria a ponderação dos institutos em jogo. Quando, contra a intencionalidade normativa, eles fossem afastados pela invocação da personalidade, esta deveria ser levantada. As orientações objetivistas dizem-se, assim, também institucionais, tendo obtido múltiplas adesões.

Desde o momento em que tudo dependa da articulação entre os institutos em jogo, o levantamento vai exigir a cuidada interpretação das regras em presença.³⁹

Noutras palavras poder-se-á atentar no próprio acórdão bgh de 30-jan.-1956(o primeiro desta teoria):⁴⁰

Perante o abuso intencional da pessoa coletiva, pode não ser difícil suceder que se mantenha pura e simplesmente a realidade escondida pelo sujeito. A jurisprudência não fez depender a penetração nas forças existentes por detrás da pessoa coletiva de um abuso intencional da figura jurídica da pessoa coletiva.

Poder-se-á ler neste acórdão “a teoria subjetiva do abuso é demasiado restritiva”.

Não seja para menos, a crítica relativa à prova feita anteriormente constitui um grande handicap difícil de ultrapassar e agora, colmatado na teoria objetiva de forma tão interessante como ilustra Maria de Fátima Ribeiro:

“é necessário recorrer a uma solução durchgriff (desconsideração da personalidade jurídica) quando a separação entre associação e membro vai contra a ordem jurídica, e o abuso é entendido como utilização

³⁸ Ribeiro, Maria de Fátima (2016), *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p.107

³⁹ Cordeiro, António Menezes (2000), *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, Coimbra, Almedina, p. 127 - 128

⁴⁰ Cit. e cfr. por Cordeiro, António Menezes (2000), *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, Coimbra, Almedina, p. 127

da pessoa coletiva contra o seu fim institucional, através da violação de princípios fundamentais do sistema jurídico e económico.”⁴¹

Percebe-se então que a teoria objetiva se torna aplicável apenas quando qualquer outro instituto positivado na lei referente à pessoa coletiva “seja utilizado de forma contrária ao ordenamento jurídico, sem que isso esteja dependente de uma intenção subjetiva de cometer o abuso.”

Brito Correia bem alerta para o facto de não estarmos na teoria objetiva a aplicar o abuso de direito, mas sim uma modalidade deste, o abuso institucional.

Neste caso a pessoa coletiva está:

“limitada pela própria função social e ético-jurídica que a sociedade desempenha no seio do ordenamento jurídico – são-lhe impostos limites internos.

A teoria do abuso objetivo evita a absolutização do valor próprio da pessoa coletiva – através da sua relativização mediante a aceitação daqueles limites internos.

Mantém, porém, a problemática transposição do abuso de direito para o abuso da pessoa coletiva.”⁴²

Citando Diogo Pereira Duarte:

“Entre nós a descoberta das soluções de Levantamento como resposta a problemas relativos ao abuso de personalidade coletiva ou desvio à sua função, e com arrimo no artigo 334º do CC, deve necessariamente levar em linha de conta uma orientação objetiva que aquele instituto comporta, como é reconhecido(...) esse mesmo artigo(...) introduz uma orientação que deve ser levada em linha de conta: que é a de que apenas é relevante, como ponto de partida para a reação da Ordem Jurídica, o afastamento relativamente à função dos institutos se esse afastamento for manifesto, o que deve levar a afastar a possibilidade de, caso a caso, e com grande margem de liberdade quanto à adoção da solução adequada, suscitar um permanente confronto entre as regras da personalidade coletiva e outras regras que se tomem por relevantes. Perante o artigo 334º do CC o esquema regra-exceção deve ter-se por indiscutível.”⁴³

⁴¹ Ribeiro, Maria de Fátima (2016), *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p.107

⁴² Tendo em conta que é uma modalidade que está aqui em causa: Cordeiro, Pedro (1989), *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, p.36

⁴³ Duarte, Diogo Pereira (2007), *Aspectos Do Levantamento Da Personalidade Colectiva Nas Sociedades Em Relação De Domínio*, Coimbra, Almedina, p.18

O abuso objetivo torna-se numa teoria que é utilizada de forma subsidiária à teoria da aplicação das normas uma “regra-exceção”, constitui esta uma última linha de imputação de responsabilidade ao homem oculto entramos assim na regra/primeira linha como iremos entender, chama-se esta a teoria da aplicação das normas.

4.2.2 Teoria da mera Aplicação das Normas

A teoria da mera aplicação das normas surge como alternativa à obra de Serik.

Rapidamente se tornou esta numa primeira linha, a verdadeira regra para o regime subsidiário (o abuso objetivo já falado).⁴⁴

Diz-nos Pedro Cordeiro: “a teoria da mera aplicação de normas evita as críticas que foram feitas a propósito das teorias subjetivistas da desconsideração. Não tem o problema da legitimação de um instituto autónomo – já que recusa mesma a sua necessidade – nem tem de se ocupar da questão de saber se os princípios do abuso de direito serão transponíveis para a utilização da pessoa coletiva.”⁴⁵

Diogo Pereira Duarte refere que estamos perante uma teoria objetivista uma vez que “o juiz deve decidir, perante o caso concreto, interpretando a finalidade da norma aplicável, se a consequência jurídica deve afetar a sociedade, o sócio, ou ambos”.⁴⁶

Este autor refere que o juiz deverá ter em atenção o tipo de pessoa jurídica a quem se dirige o espírito da norma e o tipo de sociedade em causa até mesmo seu respetivo regime de responsabilidade, tentando buscar e aplicar a teoria tendo em consideração a realidade dos factos e questões tão práticas como as supra mencionadas e o que já acrescento (que se torna pertinente) o tipo de sociedade e regime de responsabilidade destas questões abnegadas no foro subjetivista que não tinha atenção à realidade deste tipo de factos.

⁴⁴ Cordeiro, António Menezes (2000), *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, Coimbra, Almedina, p.34

⁴⁵ Cordeiro, Pedro (1989), *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, p.34

⁴⁶ Duarte, Diogo Pereira (2007), *Aspectos Do Levantamento Da Personalidade Colectiva Nas Sociedades Em Relação De Domínio*, Coimbra, Almedina, p.99

Também Menezes Cordeiro tende a aceitar que estamos no campo das teorias objetivas, aceitando-o como uma primeira linha onde só serão necessárias remissões para alcançar o fim pretendido. Jürden Schdmit alerta para o facto de o levantamento ter de se acolher ao escopo das normas presentes assumindo como insuficiente um mero apelo à boa fé. Staudinger/weick ainda no que concerne à boa fé abre a hipótese de esta puder ter o seu papel sendo que para tal, tornar-se-ia relevante aplicar o venire contra factum proprium com fim a atestar e fortalecer esta argumentação. Serve-nos esta figura para formular a seguinte argumentação: se o sócio usa e dispõe do património que é pertencente à sociedade a seu bel-prazer prosseguindo finalidades alheias, também o património deste sócio, sendo a sociedade chamada à responsabilidade poderá ser usado a bel-prazer para satisfazer as dívidas uma vez que a mistura patrimonial já é aqui suficientemente visível.⁴⁷

A desconsideração da personalidade coletiva da sociedade significa uma derrogação do princípio legal da separação de esferas jurídico-patrimoniais, visando-se com ela uma correção das consequências jurídicas da imputação à sociedade, segundo as regras gerais, de certos atos que, pelo seu carácter abusivo ou pela sua finalidade extra-societária, se entende que devem obrigar outras pessoas (outros patrimónios).⁴⁸

Maria de Fátima Ribeiro alerta que “a questão durchgriff (penetração) não pode ser um problema generalizável da personalidade jurídica da pessoa coletiva: trata-se de um problema de aplicação da norma.”

De facto, estamos perante uma solução que tenta pela lei positivada sem utilizar interpretações extensivas, adequação por vias de remissões e aplicação por via de ajuste resolver a questão levantada, no entanto poderemos considerar que estamos ainda na matéria da desconsideração da personalidade jurídica?

Ora, é a autora Maria de Fátima Ribeiro que nos elucida relativamente a esta questão: “Esta ainda pode ser considerada uma teoria da “Desconsideração da personalidade jurídica”, ou Durchgriff, na medida em que ainda se ocupa do princípio da separação entre a pessoa colectiva

⁴⁷ Cordeiro, António Menezes (2000), *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, Coimbra, Almedina, p.129

⁴⁸ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de abril de 2021, Processo n.º 2470/14.0T8LSB.L1. S1; Relator: José Rainho

e os seus membros e dos limites dos direitos, e não apenas da aplicação de normas específicas a tal titular de direitos.”⁴⁹

Estamos no campo do princípio da separação patrimonial ao que, sem dúvida estamos a trabalhar com um género do instituto do levantamento da pessoa coletiva.

Pedro Cordeiro alerta:

“Por seu lado, a corrente objetivista entende que “o juízo de valor do legislador” não pode nem deve ser absolutizado. É um facto que as normas devem ser imputadas à pessoa coletiva, visto que esta tem personalidade jurídica, mas ela está sujeita à proibição genérica de abuso (entendido objetivamente).

Na imputação é, por isso, preciso ter em conta, também, o fim da norma a aplicar – o qual estabelece um limite imanente a essa função de imputação.

Em consequência, poderia existir Desconsideração até aos membros de uma pessoa coletiva quando eles a utilizassem de uma forma objetivamente ilícita.”⁵⁰

Torna-se assim mais uma vez importante ter em atenção o espírito do próprio artigo exigindo-se uma análise cuidada que é também por nós aceite.

4.3 Outras Teorias

4.3.1 Teorias Negativistas

Referente a outras teorias, não queremos deixar de abordar a negativista abordada por autores como Maria de Fátima Ribeiro ou Menezes Cordeiro.

Para os defensores desta teórica, é negado “direta ou indiretamente, a autonomia ao Levantamento da personalidade, enquanto instituto.”⁵¹

Autores como Jan Wilhelm chegam inclusive a negar a própria existência da autonomia patrimonial entre pessoa coletiva e pessoa singular.⁵²

⁴⁹ Ribeiro, Maria de Fátima (2016), *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p.108

⁵⁰ Cordeiro, Pedro (1989), *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, p.39

⁵¹ Cordeiro, António Menezes (2000), *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, Coimbra, Almedina, p.129

⁵² Cordeiro, António Menezes (2000), *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, Coimbra, Almedina, p.130

Já outros autores como Antonio Pavone La Rosa vão mais longe defendendo que deverão ser meramente aplicadas sanções individuais ao sócio, este autor admite que poderá inclusive ser prejudicial ao credor social por poder de alguma forma violar normas relativas à formação e conservação do capital social assim o autor sugere as meras sanções individuais ao sócio que preconizar um ato lesivo mesmo que seja um caso típico de levantamento da pessoa coletiva.⁵³

Em suma, os seguidores desta teoria abnegam toda a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais.

4.3.2 Contributo Português

Também em Portugal há divergência no que concerne às teorias, citando agora o contributo de Cláudia Barros para a sistematização da doutrina nacional:

Maria de Fátima Ribeiro opta por distinguir:

- A. Teorias do abuso - que, em parte, se contentam com critérios objetivos e, em parte, incluem critérios subjetivos;
- B. Teorias institucionais - que colocam limites internos à autonomia do titular dos direitos;
- C. Teorias de aplicação da norma - que propõem exemplos de solução diferenciados para a aplicação de certas normas às pessoas jurídicas.

Menezes Cordeiro, por seu lado, reconduz as experiências comuns de desconsideração jurisprudencial e doutrinariamente documentadas - pelo autor denominada de levantamento - a três grandes grupos de situações:

- A. Situações de responsabilidade civil, assentes em princípios gerais ou normas de proteção, que, no entender do autor corresponde à teoria subjetiva fundada por ROLF SERIK;
- B. Situações de interpretação integrada e melhorada de normas jurídicas, que remete para a teoria do escopo das normas de Müller-Freienfels;
- C. situações de abuso do direito ou, se se preferir: de exercício inadmissível de posições jurídicas, que corresponde à teoria objetiva ou institucional visa o abuso do direito.

⁵³ Ribeiro, Maria de Fátima (2016), *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p.121

Note-se que, para Menezes Cordeiro estas teorias documentam facetas próprias da desconsideração, correspondendo a progressões da mesma ideia, não se opondo, mas sim, completando-se.

Já para Pedro Cordeiro, o problema da desconsideração é um problema de desfuncionalização. Com efeito, esclarece desde logo o autor que nem todas as situações de desfuncionalização justificam a aplicação deste instituto.

Na verdade, para Pedro Cordeiro, este instituto justificar-se-ia nos casos mistura de patrimónios e na subcapitalização.⁵⁴

No entanto, é de nosso entendimento que numa primeira fase a evolução e consequente progressão destas foi importante, mas é de nossa defesa que atualmente a existência de uma escusada vastidão de teorias, que já não fortalecem o instituto, criam sim, confusão na sua aplicação. Prova disso é a própria jurisprudência portuguesa que aplica o instituto não de uma forma homogénea, mas de formas tão distintas que o resultado é em sede de recurso em situação que após uma leitura de acórdão até se coadunam com a aplicação, mas que são corrigidas à luz de um julgador que aplica outra versão da teoria objetiva influenciada por uma doutrina completamente diferente. Isto é prejudicial, e fere a implementação ou até progressão consensual do instituto, tirando-lhe força. Assim proponho uma interpretação simples do instituto à luz das bases tanto da teoria do abuso objetivo como a aplicação da teoria da mera aplicação das normas como complementar e tanto quanto possível.

5. Manifestações do Instituto

5.1 Abordagem Típica

Como tivemos oportunidade de referir, a doutrina atenta a necessidade de apresentar os casos-tipo onde ocorre o levantamento da pessoa coletiva.

Esta, advém de uma necessária demarcação de limites para este instituto tendo em conta que, a sua aplicabilidade, num claro descomedimento, poderá ser potencializada para outras questões onde se deveria desenvolver a mera aplicação das normas como teoria decorrente de um direito

⁵⁴ AAVV. (coord. Manuel Pita), (2016), *Novos Temas de Direito das Sociedades*, 1ª Edição, Chiado Editora, Lisboa, Barros, Cláudia (2016), “*Do instituto da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais no ordenamento jurídico português*”, Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito das Empresas e do Trabalho, Lisboa, ISCTE, p. 168 - 169

positivado que não decorre de embargos (ainda que moderadamente necessário) ao princípio da autonomia patrimonial entre a pessoa coletiva e a pessoa singular.

Torna-se assim necessário limitar este instituto para que o uso algo impulsivo possa ser bloqueado. O levantamento da pessoa coletiva resulta de um processo de interpretação teleológico que ao ser potencializado pode revelar-se perigoso para o sistema jurídico que inclusive pode tentar criar mecanismos semelhantes resultando em última linha numa crise no direito positivado.

Advém, portanto, que haja uma limitação do campo de aplicação deste regime, não obstante e atendendo à realidade dos factos que o próprio instituto exige e também a uma infinidade de cenários que o nosso mundo encontra, admitimos, no entanto, um pequeno espaço de abertura para que a aplicação do levantamento possa ser feita num cenário de última linha onde havendo clara responsabilidade não chega o direito positivado à situação em questão.

os casos de confusão de esferas jurídicas verificam-se sempre que “por inobservância de certas regras societárias ou, mesmo, por decorrências puramente objetivas, não fique clara, na prática, a separação entre o património da sociedade e a do sócio ou sócios”.⁵⁵

Correlando este (também) nosso posicionamento, Professor Pereira de Almeida trata este assunto que tem como intento:

atingir os patrimónios individuais dos Sócios em situações de abuso funcional do instituto, designadamente nas sociedades fictícias e nos casos em que não é respeitado o princípio da separação de patrimónios. Trata-se de situações de responsabilidade pessoal dos Sócios, que, não estando previstas diretamente na lei resultam de construções doutrinárias ou jurisprudenciais.⁵⁶

Encontramos, portanto, uma tipologia que decorre da necessidade de limitação deste instituto e também de fundamentação, não havendo base determinante legal, o instituto deverá recorrer a outra fonte de direito (a jurisprudência) para se fazer valer à luz do direito, assim, a desconsideração da personalidade jurídica vai ser aplicada com fundamento e tendo por base

⁵⁵ Cit. do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo nº 13528/19.0T8PRT-A. P1; Relator: Carlos Gil

⁵⁶ Almeida, António Pereira (2013), *Sociedades Comerciais, Volume 1 - Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, Coimbra Editora, Coimbra, p.47

os casos-tipo tradicionais e que se constituem como o fundamento legal deste instituto sendo eles:

5.1.1 Subcapitalização

Este caso-tipo nasce da sociedade com “um capital manifestamente insuficiente para a atividade social que se propõe a exercer.”⁵⁷ ora, havendo uma insuficiência de capital será o suficiente para comprometer a prossecução do objetivo social e económico da sociedade, assim esta subcapitalização (aparentemente) grave gera problemas de liquidez.

Neste caso, sociedade não tem outra escolha que não recorrer a prestações suplementares ou mesmo suprimentos por parte do sócio para garantir o seu funcionamento. Como resultado o este sócio lesante poder se apresentar como credor da própria sociedade em caso de insolvência visto o suprimento ter um carácter de empréstimo e a prestação suplementar um carácter devolutivo. A subcapitalização, sobretudo para contexto doutrinário, poderá ser:

- Material – a sociedade não é apetrechada de meios que possibilitem a prossecução da sua atividade ou mesmo, vê retirados esses meios;
- Nominal – os Sócios subnutrem a sociedade do capital necessário prestando apenas as entradas por vias de empréstimos à mesma;
- Originária – quando a subcapitalização se verifique logo a partir do momento da constituição;
- Superveniente – quando a subcapitalização se verifique a posteriori do momento da constituição;

A doutrina tende a desvalorizar a subcapitalização nominal, do que se depreende pela generalitas, deve-se à posição do sócio, neste caso, como sócio credor (dado as respetivas entradas conforme afirmámos, serem feitas por vias de empréstimo, estas possibilitam a admissão à lista de credores). Ora, arriscamo-nos a entender que a posição de credor não está aqui em causa, para todos os efeitos independentemente dos riscos alheios, quem descapitaliza uma sociedade não está por certo de boa fé (não esquecendo que estamos a aplicar um critério objetivo que não pressupõe a culpa). O sócio lesante das mais valias que acaba por retirar da

⁵⁷ Almeida, António Pereira (2013), *Sociedades Comerciais, Volume 1 - Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, Coimbra Editora, Coimbra, p.49

subnutrição da sociedade, poderá não prestar grande relevância aos créditos que a demais só irá receber após todos os outros serem ressarcidos. Pelo que, entende-se uma posição de sócio credor mais como uma atenuante para o próprio que convenientemente também se vê lesado na própria sociedade(descapitalizada) que constitui. Desta feita e existindo créditos a serem liquidados, renegamos uma distinção entre subcapitalização material ou nominal. Enquadrando-me na posição do Professor Pereira de Almeida.⁵⁸

Também as próprias críticas à descapitalização que encontramos expostas no livro de Pedro Cordeiro, são algo mirabolantes, não será por uma sociedade deter responsabilidade limitada, que um futuro credor não irá fazer negócio com a mesma.⁵⁹

Já Raul Ventura, se referia em tempos idos à própria subcapitalização:

Basta, porém, ligar esses dois pontos – subcapitalização, por um lado, proteção dos Credores, por outro – para ficar à vista a possível solução, ou até mesmo a única: remediar a subcapitalização pelo recurso ao património individual dos Sócios, despedaçar o véu ou cortina da personalidade colectiva para atingir o verdadeiro e real substrato, que são os Sócios.

A subcapitalização manifesta-se quando o património social não é bastante para satisfazer os Credores sociais e como o capital marca um sector reservado do património que, nestes casos por definição, não foi afectado (obedecendo-se, portanto, às regras jurídicas que o protegem e fazem conservar) ...⁶⁰

Raul Ventura sugere num anteprojeto do nosso atual código o recurso à subcapitalização por forma ao sócio ser responsabilizado de forma subsidiária às dividas que a sociedade não consiga liquidar.

5.1.2 Disfunção da Personalidade jurídica

Neste caso, o sócio irá tentar-se beneficiar da responsabilidade limitada da pessoa coletiva utilizando-a com fins meramente alheios no fundo torna a sociedade comercial numa máscara de proteção para poder realizar certos atos sobre a máscara da pessoa coletiva. Nesta matéria Pedro Cordeiro distingue duas dimensões:

⁵⁸ Em sentido negativo, o Professor Pereira de Almeida no seu manual não diferencia nominal de material.

⁵⁹ Cordeiro, Pedro (1989), *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, p. 98 e 99

⁶⁰ Ventura, Raul (1969), “Apontamentos para a Reforma das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada e Anteprojeto de Reforma da Lei das Sociedades por Quotas”, 2ª Redação, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 182, p.100

- Mistura de sujeitos de responsabilidade

Neste caso existe uma efetiva confusão entre os membros da administração das sociedades, confusão de firmas, ramos de atividade semelhantes considera-se um desrespeito pelas formalidades societárias.⁶¹

Citando Karsten Schmidt:

“quem quiser assegurar a autonomia patrimonial dos sujeitos e a consequente limitação e responsabilidade, não deve apenas utilizar os adequados complementos à sua firma, mas também manter a possibilidade de destrição de identidade dos sujeitos de responsabilidade”.⁶²

- Mistura Material de patrimónios

Nesta situação, existe uma total confusão entre o património do sócio com o património da sociedade ou pelo menos não seja suficiente a diferenciação.

Está claro que o único resultado neste caso será a responsabilidade ilimitada sobre o património (já embaralhado com o do sócio).

5.2 Contributo de Menezes Cordeiro para a Doutrina

Menezes Cordeiro do que concerne à matéria das manifestações do instituto diverge e atenta algumas questões doutrinárias que importa referir, não pretendemos voltar a desenvolver os casos-tipo, mas sim abordar os ousados contributos para a doutrina proveniente deste autor.⁶³

Para começar, no que diz respeito à subcapitalização o autor também faz a distinção entre capitalização nominal e material estabelecendo a insuficiência como critério de marcante.

⁶¹ Cordeiro, Pedro (1989), *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, p. 102

⁶² Schmidt, Karsten (1985), *Zum Haftungsdurchgriff wegen Spährenvermischung und zur Haftungsverfassung im GmbH – Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 16.9.1985*, Berlin, Sonderheft 8, p. 2075

⁶³ Cordeiro, António Menezes (2000), *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, Coimbra, Almedina, 118 e ss

Este autor menciona as críticas desta manifestação da subcapitalização respeitantes ao próprio enquadramento alegando que há margem para aplicação de outros institutos (já estes positivados) como é o caso da responsabilidade civil, regras sobre falência ou mesmo à culpa in contrahendo. Markus Geissler exclui completamente a aplicação no caso da subcapitalização, outros autores como Karsten Schmidt⁶⁴ limita-lhe a margem de aplicação.

Apesar das críticas consistentes (para não dizer assoladoras/avassaladoras) Menezes Cordeiro opta por aligeirar referindo que “há margem para manter a subcapitalização como um tipo de casos próprios do levantamento” por fim, dando um refúgio à manifestação admite que mesmo a jurisprudência acaba por apelar de forma direta aos bons costumes e à boa fé (ainda que de forma vaga) tentando dar alguma justificação à prossecução do uso desta manifestação.

A ótica que visa esta dissertação (e aqui assumo que podemos ver o instituto do levantamento por outro tipo de visão, e sem dúvida que deveremos recorrer tanto quanto possível aos institutos positivados) será atingir a responsabilidade do sócio lesante que para todos os efeitos utilizou a sociedade comercial para prossecuções alheias. Apesar de ser pertinente entrarmos por campos da responsabilidade civil por exemplo, o que pretendemos (para fins desta dissertação) é atingir a responsabilidade solidária do sócio lesante e tão só isto. Como um *bonus pater familie*, o sócio deve apetrechar a própria sociedade para prosseguir a sua atividade, ora, não o fazendo, está a subnutrir esta. Podemos até considerar isto de forma leiga como um ato de gestão danosa. Mas não é o pretendido. Uma sociedade apesar de (como já tivemos oportunidade de referir no início deste trabalho) estar desvirtuada, não é criada sem alguma intenção independentemente de ser ela alheia. Se uma sociedade é criada e encontra-se subcapitalizada há algum motivo, ou intenção alheia para que esta sociedade exista nestes moldes que não são claramente pensados para beneficiar o credor. A sociedade está a ser utilizada para prosseguir fins alheios e lesantes do ordenamento jurídico pelo que, se está a ser utilizada para fins próprios também este homem oculto deverá ser responsabilizado patrimonialmente pelas dividas da sociedade que também ele utilizou para fins alheios não se podendo este refugiar na escusa do seu património.⁶⁵

Assim sendo, independentemente das perquisições que pretendam levantar, a subcapitalização lesa os credores, lesa a própria sociedade e acima de tudo, lesa o bom ordenamento jurídico que

⁶⁴ Também este autor cita Schmidt.

⁶⁵ Relembrando, *Venire contra factum Proprium*.

nem sempre dado a maleabilidade da disciplina contabilística que rege uma sociedade comercial consegue atingir a realidade dos factos. Como tal, defendo que a subcapitalização pertence à doutrina, é um caso-tipo e deve ser aceite como tal atendendo também à subsidiariedade do próprio levantamento da pessoa coletiva. Se pretendemos focar-nos em regimes já positivados e é claro, sempre falíveis, sem dúvida.

Mas também devemos poder deter um mecanismo subsidiário a que recorrer particularmente nestas questões da subcapitalização e das diversas formas em que esta se pode efetivamente manifestar na nossa realidade.

Menezes Cordeiro no seu livro refere também um diferente caso- intitulado de “confusão de esferas jurídicas” que ao fim ao cabo não é mais que a mistura material de patrimónios. Ora este autor tenta fabricar um novo caso-tipo, ainda que seja de minha defesa que o enquadramento feito por Pedro Cordeiro de disfunção da personalidade jurídica com 2 dimensões diferentes (mistura de sujeitos de responsabilidade; mistura material de patrimónios) numa ótica de restrição de manifestações a mínimo necessário, para proteger o próprio instituto do levantamento.

Serve este meu entendimento também como conveniente ao espírito do próprio conceito da criação das manifestações (a ideia das manifestações é fixar os casos-tipo tanto quanto possível para que não haja um livre arbítrio tão grande para aplicar este instituto tanto quanto pretendido). A demais há data da proposta já Pedro Cordeiro tinha criado esta outra manifestação, pelo que, o caso já estava implementado e escusava-se uma criação de confusão das esferas sendo este mais um mero nome já enquadrável há luz de uma doutrina que já se configurava criada.

CAPÍTULO III - Aplicação Prática do Instituto

1. Análise à legislação de Fundamento À aplicabilidade do Instituto

1.1 Regime Aplicável

Como já tivemos oportunidade de referir, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica aplica o regime da responsabilidade do sócio, é esta a base sancionatória que este instituto evoca. No entanto, há que ter em conta o grau de aplicação deste instituto, visto que a sua aplicabilidade no que concerne há responsabilidade nem sempre é possível.

Um tipo de sociedade com responsabilidade ilimitada pelas dívidas da sociedade não aplica este instituto porque em última linha, o sócio já está a responder com todo o seu património. Assim, e elucida-nos autores como Pedro Cordeiro, Maria de Fátima Ribeiro é por excelência na sociedade por quotas que detém este instituto o maior impacto. É sim pelo seu carácter pequeno, familiar que encontramos neste tipo de sociedade uma maior ligação e uma necessidade maior de criar um regime sancionatório para o sócio.

Já outras sociedades como é o caso da sociedade anónima estão restringidas ao valor das ações que subscreveu (artigo 271º do CSC). Ainda assim, podemos atentar no artigo 286º o caso de responsabilidade limitada previsto no CSC, este referente à eventual falta do pagamento da ação que o acionista em mora, titula. Pode inclusive acontecer, os antigos portadores da ação terem de responder solidariamente pela falta de pagamento da ação.

Já no caso das sociedades unipessoais por quotas é aplicado o regime da responsabilidade disposto no artigo 7º e seguintes do CSC.

1.2 Regime Sancionatório aplicável à luz do CSC

Importa frisar mais uma vez que estamos na matéria da responsabilidade (haftungsdurchgriff).

Tanto por quanto, não vale a pena estarmos a referir todo o regime aplicável pois Maria de Fátima Ribeiro na sua tese de doutoramento aborda exaustivamente todos os casos de responsabilidade a conhecer. Remetemos assim para esse livro o estudo exaustivo deste regime sancionatório ainda que, no entanto, ir-me-ei debruçar de forma sucinta sobre alguma da legislação referida no livro. Reitero, uma abordagem exaustiva do tema poderá ser consultada

nessa obra, por certo que para debruçar a fundo sobre essa temática teríamos que desenvolver bastante mais esta questão em particular, a demais na tese de doutoramento de Maria Fátima Ribeiro, esta presta um importante e completo contributo a que nos basta remeter.

Artigo 40º - surge neste artigo a primeira alusão ao regime da responsabilidade, fazemos aqui uma alusão aqui a Lamartine, é a primeira crise da “pessoa jurídica” esta da perceção quais atos poderão ser praticados e válidos (tendo em consideração a prossecução do objeto social-atos ultra vires). Ora antes do registo definitivo da sociedade comercial, trata este artigo de responsabilizar o futuro sócio (ou acionista) de uma sociedade-tipo revelando ser uma espécie de regime prematuro antes do nascimento da responsabilidade. Menezes Cordeiro aqui indica-nos que a própria sociedade também irá responder.⁶⁶

Artigo 84º - conforme indica Menezes Cordeiro, estamos perante o preceito que fundamenta a afetação do património do sócio. É, portanto, aqui que encontramos a fundamentação para a desconsideração da personalidade jurídica.⁶⁷ a responsabilidade terá lugar aquando da insolvência da sociedade comercial, diz-nos Maria de Fátima Ribeiro respeitante a esta temática que traz esta norma uma resposta à mistura de patrimónios entre o sócio único e a sociedade comercial atribuindo-lhe a responsabilidade ilimitada sob a falência.

Artigo 270º - F – a norma define as regras a ser prosseguidas pelo sócio único, este responderá de forma ilimitada por possíveis danos implicando a nulidade do negócio jurídico em causa. Esta norma impõe uma determinada transparência entre o sócio único e a própria sociedade fazendo valer eventuais direitos de responsabilidade ilimitada do sócio em concreto por negócios por ele praticados.⁶⁸

Artigos 501º e 502º - relativo ao grupo de sociedades, o regime aqui responsabiliza de forma ilimitada diretamente a sociedade diretora importa referir que é nos pós falência (subentenda-se insolvência) e no caso da sociedade-filha assim o exigir para compensar perdas. Iremos abordar mais à frente este estudo em maior detalhe.

⁶⁶ AAVV. (coord. António Menezes Cordeiro), (2011), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2ª Edição (revista e actualizada), Coimbra, Almedina, p. 189

⁶⁷ AAVV. (coord. António Menezes Cordeiro), (2011), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2ª Edição (revista e actualizada), Coimbra, Almedina, p. 297

⁶⁸ AAVV. (coord. António Menezes Cordeiro), (2011), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2ª Edição (revista e actualizada), Coimbra, Almedina, p. 786

Artigo 72º (e seguintes) - refere Maria de Fátima Ribeiro uma remissão do 72º para o 78º e o 80º - a fim de tutelar os interesses dos credores sociais, também o gerente/administrador enquanto gestor operacional (ativo) da prossecução do objeto social poderá ser responsabilizado em caso de falência (entenda-se insolvência)⁶⁹

Artigos 78º nº1 – durante a pendência do processo de insolvência é da competência exclusiva do administrado de insolvência propor e fazer seguir as ações destinadas à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência pela diminuição do património integrante da massa insolvente, quer seja posteriormente à declaração de insolvências (artg. 82 aln.2 B)). Assim, a ação da responsabilidade consagrada no artg. 78 nº 1 do CSC é da competência exclusiva do administrador de insolvência, porquanto encontra-se a correr processo de insolvência da sociedade e aquele possui legitimidade para fazer intentar tal ação.

Artigos 18 e 186 nº3 do CIRE – os administradores de direito ou de facto têm o dever de requerer a declaração de insolvência da sociedade no prazo de três meses sobre o incumprimento generalizado das suas obrigações, presumindo-se de forma inilidível o conhecimento da sua situação de insolvência (artg 18 nº3 do CIRE). Pelo que verificando algum dos factos consagrados no artg. 20 nº1 do CIRE, o administrador deverá requerer a declaração de insolvência da sociedade, no prazo determinado na lei, sob pena de presumir-se a existência de culpa grave dos administradores. Face a essa presunção de existência de culpa grave existe necessidade de tutelar os credores sociais perante comportamentos dos sócios que ponham em causa a subsistência da sociedade.

Artigo 83º - o sócio com poder de nomeação do gerente poderá ser solidariamente responsável em caso de falência da sociedade, “esta norma não contempla os casos em que o gerente seja responsável perante os credores sociais, nem (em regra) aqueles em que o acto causador do dano assente em deliberação social. Há também uma possibilidade de sub-rogação a ser reconhecida no âmbito do sócio controlador.⁷⁰

⁶⁹ Ribeiro, Maria de Fátima (2016), *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p. 643 (considerando 26)

⁷⁰ Ribeiro, Maria de Fátima (2016), *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p.644(considerando 32)

Artigo 58º nº1 B – havendo uma maioria que consiga anular uma deliberação abusiva, ficam reflexamente tutelados os interesses dos credores sociais perante a violação do dever de lealdade.

Artigo 78º nº2 – remetendo para o 606º e 609º do código civil, podem os credores sociais solicitar o direito de indemnização aquando a sociedade seja titular de tal.

Artigo 58º nº3 – os sócios que formem maioria em deliberação (pode ser também o sócio controlador) responde pelos prejuízos causados passando aqui a tutela dos interesses dos credores sociais pela sub-rogação à sociedade.

2. O Tratamento do Instituto nos Tribunais

Pretendemos neste capítulo a analisar alguns acórdãos exemplificativos das diferentes manifestações:

A. Acórdão das Construções, Pinturas e Revestimentos

Sentença Processo nº 1751/10.7TVLSB.L1-2⁷¹

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa em apreço remonta a 29/03/2012, é um caso tradicional da aplicação da manifestação da subcapitalização. Assim cumpre analisar:

“(sujeito)A - Construções, Pinturas e Revestimentos. Unipessoal Lda, intentou a presente acção declarativa de condenação, sob a forma de processo ordinário, contra: B, C, D, E,F,G,H,I,J,L,M,N,O pedindo os que os RR. sejam solidariamente condenados a pagar-lhe a quantia de € 142.821,99 e juros de mora vencidos e vincendos, à taxa legal em vigor para as dívidas de natureza comercial, desde 01/07/2009, até integral pagamento.”

O acórdão em questão é de difícil análise pela pluralidade de uma das partes, em suma, a Autora descreve um acervo enorme de atos de comércio preconizados por sociedades a começar na “P” que está em dívida para com a autora por uma prestação de serviço que esta realizou. Ora, P propõe a A pagar a dívida através de cedência de créditos que deteria sobre algumas Sociedades,

⁷¹ Acórdão disponível para consulta em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d26c12b4ce42e24a80257c69005eaa33?OpenDocument>

em desespero a autora aceitou, mas acabou por se aperceber que estes créditos não constituiriam a mais valia que se achava. Ora, a autora volta a tentar executar o património de P, mas sem nenhum sucesso, pelos vistos a cessão de créditos não passou de uma ideia de P para que conseguisse delapidar o seu património por completo. A autora, entretanto, percebeu que os contratos de trabalho dos funcionários tinham sido passados para uma outra sociedade, para a Sociedade Q e que a mesma labora nas instalações onde eram as de P. Os restantes contemplados são membros da antiga administração de P ligados ao conselho de administração e conselho fiscal e que agora passaram para a sociedade Q para o caso os sujeitos em questão são os filhos de P e o antigo administrador também de P também foi para Q. Importa também indicar que no entretém P abriu Insolvência.

Esta matéria dada a sua precisão cumpre os preceitos de uma subcapitalização, ainda que, estejamos neste momento a falar num recurso de apelação (a peça foi aprimorada nesta fase). Conforme foi colocada a questão, a instância cita Coutinho de Abreu e atenta semelhanças com o campo da Subcapitalização superveniente.

Tal acórdão revela ser o mais promissor e um caso algo flagrante de descapitalização por parte de P que descapitaliza a Sociedade por forma a fugir aos credores e recolher os lucros de forma ilícita.

B. Acórdão da Venda dos Kiwis

Sentença Processo nº 919/15.4T8PNF.P1. S1⁷²

Este Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça remonta a 07 de novembro de 2017, e é relativo à manifestação da desconsideração da personalidade jurídica na sua dimensão de disfunção da personalidade jurídica. Cumpre então analisar os seguintes factos:

“AA, SA propôs a presente acção contra BB, Lda, CC, Lda, DD, Lda, EE e FF, pedindo que os RR sejam condenados a pagar-lhe a quantia de € 187.375,47, acrescida dos juros à taxa legal comercial desde a citação. (...)

⁷² Acórdão disponível para consulta em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a28508b33795ae3a802581d8003c8077?OpenDocument>

Após um primeiro contacto estabelecido, em 2011, entre um administrador da A e o R EE, em que este informou aquele de que, a título pessoal, produzia Kiwis da variedade “Erica” e que geria várias empresas que produziam kiwis na variedade “Hayward”, através da exploração de pomares situados nos concelhos de - E -, foi celebrado, em 3 de Outubro desse ano, um contrato de fornecimento de kiwis, entre a A, como “Comprador”, e a 1ª R, representada pelos 4º e 5ª Réus, como “Vendedor”, mediante o qual a BB se comprometeu a vender à A kiwis “Hayward” com origem nos “pomares do Vendedor situados nos concelhos de Felgueiras e Guimarães”, tendo as partes estimado que o “Vendedor” tivesse para vender, pretendendo o “Comprador” adquirir, uma quantidade de 800 toneladas de kiwis da colheita de 2011. No texto desse contrato de fornecimento ficou a constar que «O Vendedor declara que é o único proprietário dos kiwis presentemente vendidos».

Ora, AA SA em 2013 só recebeu 144 toneladas de kiwi um número claramente inferior às 800 toneladas. Nesse ano pela primeira vez estas mesmas quantidades vinham identificadas como sendo de vários produtores, BB. LDA, CC. LDA e DD.LDA tendo cada um destes emitido as respectivas faturas sendo que a autora pagou parcialmente um valor correspondente a 9.817.43€.

O Autor ao advertir a RR para o ressarcimento dos pagamentos feitos às outras empresas é confrontado com uma posição de que aquele fornecimento de kiwis já não poderia ser contabilizado na sua totalidade pois apenas estaria nesta situação o fornecimento que foi em nome desta e já não o fornecimento feito em nome das restantes RR.

“A A foi interpelada para pagar o valor em falta às outras sociedades RR, sendo a estratégia dos RR retirar da totalidade dos fornecimentos as quantidades que atribuíam a outras sociedades que dominam, por forma a poderem cobrar o crédito desses fornecimentos sem que a A pudesse operar a compensação com o crédito que detém sobre a primeira R por via dos adiantamentos realizados (€ 254.400)

A A, mediante carta que enviou à primeira R, declarou resolver o contrato suprarreferido, interpelando-a para devolver a quantia de € 174.005,06, referente aos adiantamentos que recebeu pelas campanhas de 2014, 2015 e 2016, que ascendem a € 190.800,00, deduzida do montante de € 16.794,94, referente aos pagamentos devidos em contrapartida da fruta entregue na campanha de 2014/2015, tendo, ainda, solicitado a devolução da quantia de € 13.370,41;

- Sendo a A Credora da primeira R pelo montante de 254.400 €, tem a seu favor o saldo petitionado de € 187.375,47, considerando o preço da totalidade dos kiwis que lhe foram fornecidos, deduzido do valor que a A pagou, nada devendo às restantes RR sociedades.

Por fim, a A defendeu que se deve proceder à desconsideração da personalidade jurídica das pessoas coletivas RR, de molde a que os RR pessoas singulares respondam solidariamente pela mencionada dívida que a primeira R tem para com ela.”

Os réus contestaram convencendo o pedido do pagamento de 167.000 € em falta.

Em primeira instância a primeira R foi condenada a pagar os 148.152.21€ (valor replicado por A) e absolvidos os restantes RR.

Na próxima parte do raciocínio deste acórdão o Supremo Tribunal de Justiça extrai todas as considerações que ligam a matéria em análise ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Releva, portanto, citar:

A “Desconsideração da personalidade jurídica” da R BB.

“Começamos por enunciar, sistematizadamente, o que da matéria de facto tida por assente pela Relação se colhe de mais saliente quanto à conduta dos ora recorridos” – não iremos obviamente enunciar os 22 pontos que remetemos para o acórdão, referir que os factos pertinentes começando pelo facto da R EE só permitir a utilização (para visitas técnicas por parte da A) de uma parcela explorada pela BB sendo que as demais não pertenciam a esta. RR faz assim desaparecer os restantes pomares da titularidade perante a A, isto decorre das informações prestadas à Autora por R EE retirando as outras empresas detentoras das outras parcelas do contrato de abastecimento de kiwis. Fique assim evidente uma grave violação pelos RR da boa fé e da ética que sobressai em seu proveito próprio da separação patrimonial de BB. Como tal, o Supremo Tribunal de Justiça conclui:

“Realmente, o abuso de direito ([26]), previsto no art. 334º do CC ([27]), confronta-se, nomeadamente, com os conceitos da boa fé ([28]) e do fim social ou económico do direito ([29]), perante cujos conteúdos não pode deixar de se reconhecer que aquela invocação dos RR equivale ao “venire contra factum proprium”, frustrou uma confiança legítima criada, é uma exigência injustificada ou um comportamento desleal, é, enfim, uma conduta que, manifesta e intoleravelmente, abusa «daquela confiança que constitui a base imprescindível das relações humanas» ([30]), bem como tripudia a função instrumental que justifica a atribuição pela lei da separação patrimonial inerente à personificação da sociedade.

Portanto, perante a pertinência da questão apreciada, procede o recurso, o que prejudica o conhecimento das demais questões nele suscitadas, e, como tal, deve ser assacada aos RR EE e FF a responsabilidade (solidária) pelo pagamento à A da quantia de € 148.152,21 em que a R BB foi já condenada.”

De seguida, em jeitos de síntese conclusiva, o Supremo Tribunal refere e bem que não poderá existir uma discricionariedade por parte da RR neste caso da sociedade-mãe em que esta constantemente altera R a realidade dos factos apresentado e retirando a seu belo prazer as sociedades-filhas do palco onde decorre a ação, numa clara prática abusiva e que acaba por trazer prejuízos para terceiros.

Conclui assim o tribunal que quando estiver em causa interesses estranhos ao fim social contrários à boa fé e abuso de direito para instrumentalizar a personalidade jurídica deve atuar a desconsideração para responsabilizar os que detêm o controlam da sociedade e abusam desta.

Como decisão, o tribunal atribui à RR EE a pagar solidariamente com a primeira advogada BB a quantia e juros a que esta foi condenada nos autos deixando as custas do recurso para EE e FF.

CAPÍTULO IV - Nos Grupos de Sociedades

1. Subsequência da Problemática

A ideia de aplicar efeitos jurídicos além dos sujeitos detém a sua relevância quando falamos em grupos de sociedades uma vez que, havendo uma relação de paridade (sociedade-irmã) ou mesmo de subordinação (sociedade-mãe/sociedade-filha) perante uma outra sociedade, torna-se algo essencial criar e adaptar institutos para esta nova realidade. A jurisprudência portuguesa está cada vez mais abundante em acórdãos relativos aos grupos de sociedades, é de facto uma realidade importante e uma questão atual. Já não bastaria um levantamento em duas pessoas distintas que apesar de tudo pertencem à mesma figura da personalidade jurídica (mas que são distinguíveis). A realidade jurisprudencial chama-nos agora para abordar a questão na mesma pessoa (entenda-se pessoa coletiva) e para fazer o levantamento que temos abordado ao longo desta tese, agora, numa ótica do grupo de sociedades.

2. Grupos de Direito e Grupos de Facto

Uma importante tipologia a ser tida em conta em contexto da temática da desconsideração é a apresentada aqui.

Perestrelo de Oliveira levanta uma importante asserção ao criticar o uso do termo “domínio” que obscura e inevitavelmente restringe o campo de aplicação do próprio regime. Na realidade, é rejeitado qualquer tipo de emprego da expressão “controlo” (ou sinónimos) o que acaba por restringir em muito a aplicabilidade do regime dos grupos de sociedades (principalmente no que concerne à responsabilidade). O facto de o texto presente nos artigos remeter sempre para a expressão “domínio” (presente nos diferentes títulos do regime das sociedades de grupo) acaba por gerar uma regra, isto é, apenas e tão só os casos previstos na lei são reguláveis pelo regime dos grupos de sociedades. Se em algum ponto fosse empregue a expressão “controlo” permitiria conceber a hipótese de aplicação do regime a casos em que existisse uma descomplexa direção unitária. Esta insuficiência cria um vazio normativo que na força a

distinguir entre grupos de direito e grupos de facto, distinção essa que iremos agora aprofundar.⁷³

2.1 Grupos de Direito

Todo o regime de Responsabilidade positivado no código, visa evidentemente regular as relações de domínio previstas no código societário, e como tal, as relações que assumem uma forma positivada.

Segundo Perestrelo de Oliveira essa forma terá origem em recursos jus-societários são eles:

- contrato de grupo paritário
- contrato de subordinação
- detenção de participação totalitária no capital de outra sociedade (por remissão presente no artigo 491º do CSC).

Esta resulta, portanto, de uma legitimação ao poder de direção que é concedido pelo próprio sistema societário às sociedades comerciais que por sua vez valida a pretensão de prossecução dos interesses individuais da sociedade-mãe tutelando algum tipo de ofensa que possa ser causada na sociedade-filha.⁷⁴

Às sociedades que se enquadram nesta forma positivada enquadrámos no grupo de direito.

2.2 Grupos de Facto

Não será difícil como ponto de partida deduzir que todos os casos que não estão fixados no ponto anterior se enquadram neste grupo, todas as sociedades integráveis (mas não integrada) numa direção unitária são aptas a se constituírem neste grupo de facto.

Engrácio Antunes aqui enumera algumas hipóteses: participações maioritárias, acordos parassociais, contratos interempresariais, uniões pessoais, relações económico-fáticas de dependência ... acredito que possa haver das mais engenhosas situações a poderem ser

⁷³ De Oliveira, Ana Perestrelo (2018), *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, p. 25 - 26

⁷⁴ Antunes, Engrácio (1993), *Os Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, p.73

enquadráveis nos grupos de facto ao qual a lei não fez associar expressamente qualquer regime jurídico especial pelo qual não se enquadram no regime positivado.⁷⁵

Este defende que os grupos de facto uma proposta de adequação do próprio regime societário. Havendo uma direção económica unitária, um controlo permanente que resulta inclusive em constantes danos para os interesses sociais da última, propõe este uma aplicação do regime de responsabilidade previsto para o grupo de direito. Em parte, isto contraria a nossa ideia de que os grupos de facto foram deixados propositadamente esvaziados em termos de responsabilidade para abrir aso à criação doutrinária de mecanismos que possibilitem a aproximação a um leque mais vasto de realidades.

Uma reflexão que se torna pertinente ser feita será à questão de que todos os exemplos, todos os conceitos atribuídos até este último mecanismo poderão ser utilizados em contexto do grupo de direito. Satisfazem o vazio de lei proveniente dos grupos de facto sem dúvida, mas não deixam de se tratar de recursos que permitem a resolução de possíveis lacunas de responsabilidade que de alguma forma poderiam existir nos grupos de direito.

Da mesma forma que entendemos que há firmeza por parte do legislador em não querer utilizar outra expressão que não “domínio” por forma a criar um regime que está efetivamente positivado designado grupo de direito.

“Aquele poder (entenda-se direção unitária), a existir e a ser exercido, apenas o poderá ser como um mero poder de facto, que vive sujeito e enquadrado pelos cânones gerais do direito das sociedades.”⁷⁶

Esta mesma firmeza e consistência permite também afirmar que o vazio da lei para todos os casos que não se enquadram no do grupo de direito (e que são vastos) revelam uma intenção. Não há um vazio na lei no que toca a estes casos enquadráveis no grupo de facto. Há sim uma panóplia de mecanismos doutrinários que geram as mais diferentes soluções, servindo precisamente para abrir um leque vasto de possibilidades à nossa jurisprudência de fazer face às mais diversas realidades a serem apresentadas através dos vários institutos doutrinários (que existem) e que só são permissíveis dado este “vazio”. Não havendo um regime de responsabilidade previsto para as perdas, permite à sociedade diretora um campo de sujeição a

⁷⁵ Antunes, Engrácio (1993), *Os Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, p.73

⁷⁶ Cit. § 291 AktG

instruções desvantajosas muito mais precipitado pois não há uma obrigação de ressarcir. Aqui, estamos num campo muito mais vasto que é o campo das sociedades por quotas e sociedades anónimas isto porque dita a própria lei um dever de sujeição por parte do gerente ao sócio. Já no caso das sociedades anónimas citando Perestrelo de Oliveira: “Nas sociedades anónimas, idêntico poder... se considerarmos as vantagens que podem andar associadas a uma gestão unitária e, sobretudo, se recordarmos que a obediência da administração ao Sócio controlador é um dado de facto que o direito não pode combater”.⁷⁷ Importa esclarecer pois, é nossa crença que a autora foi um pouco drástica neste excerto e fazendo jus ao velho ditado “quem está mal muda-se”.⁷⁸

Um ponto perfeitamente viável e aceitável a nosso ver para resolver uma desajuizada gestão da sociedade-filha e consequente hiato na responsabilidade, é o uso de pilares do próprio direito societário. Para o caso Perestrelo de Oliveira evoca o princípio da lealdade.

Com fundamento neste princípio pretendesse abjurar as decisões que se constituam como prejudiciais aos interesses da própria sociedade-filha. Isto é perfeitamente legítimo uma vez que a sociedade-filha no grupo de facto não goza de qualquer tipo de tutela positivada, logo, carece (precisa de criar) mecanismos de defesa. Havendo, portanto, um risco de falta de compensação (importa esclarecer que este risco deve ter em conta um tempo útil previsível), a instrução poderá ser prejudicial para a própria sociedade que não tendo nenhum vínculo (pelo menos positivado pelo direito jus-societário) não tem de se sujeitar a instruções desvantajosas. É claro que quando nos referimos a compensáveis não nos referimos apenas de forma monetária. Imaginemos o caso de uma sociedade-filha que dispõe de uma mais valia, por exemplo um armazém que permitirá à sociedade-mãe aumentar a produção de determinado produto, produto esse, que é um componente essencial à vida da sociedade-filha. Apesar de desvantajosa esta decisão poderá se tornar em algo positivo pois poderá aumentar a própria capacidade de produção da sociedade-filha. É aqui que entra o enquadramento à realidade de cada caso, e em direito societário mais do que em muitas áreas do direito olhando para a situação podemos estar a olhar para uma menos evidente compensação a que se deve ter atenção.

⁷⁷ De Oliveira, Ana Perestrelo (2011), *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade: Por um Critério Unitário de Solução do “Conflito do Grupo”*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p.485

⁷⁸ O Direito de Exoneração do Sócio é uma figura que existe e não deixa de ser meio de resolução de situações

Contudo, as próprias instruções desvantajosas e danosas podem ter sido tomadas de forma inconsciente não com intenções lesivas para a sociedade-filha (aqui temos de ter em conta apenas os interesses da própria sociedade-filha) Perestrelo de Oliveira dispõe para a boa fé.

Por fim, importa aqui referir para o mecanismo de responsabilização que poderemos utilizar nesta situação, iremos abordar esta temática mais à frente.

3. Regime da Responsabilidade nos Grupos de Direito

3.1 A Responsabilidade da Sociedade-Mãe

Dita o 501 n.º 1 CSC que havendo contrato de subordinação ou caso uma sociedade detenha 100% do capital social da outra, a sociedade-mãe (a primeira) responde por todo o passivo da sociedade subordinada. Segundo Perestrelo de Oliveira a sociedade-filha tem como prossecução/finalidade os interesses da sociedade-mãe em detrimento dela própria (se necessário, entendo que qualquer sociedade deverá ter como principal objetivo crescer sendo este “em prejuízo” uma exceção e não regra), não é, portanto, de estranhar que a sociedade-mãe responda integralmente pelas dívidas da sociedade-filha. É isto um mecanismo de proteção direta dos credores.

“A lei reconhece, deste modo, que, sendo uma sociedade integralmente controlada por outra, desaparecem os valores que implicam a total separação de patrimónios. Se a Sociedade passa a ser gerida em função e para benefício de outra, deixa de se justificar a separação patrimonial entre ambas e a independência desta última”.⁷⁹

Importa assim e para reforçar este mesmo preceito:

A Solução do artg. 501.º representa o reconhecimento de que não ocorrem nas relações de grupo, os fundamentos da limitação da responsabilidade tipicamente inerentes à personalização das sociedades: a separação económica e patrimonial é negada no grupo – por força da permissão de emissão de instruções desvantajosas – e com ela também a separação de responsabilidades. Se a autonomia jurídica formal das sociedades agrupadas não é atingida, o mesmo não se dirá do ponto de vista substantivo: permitindo-se a instrumentalização da subsidiária deixam de se verificar os valores que justificariam a separação patrimonial no momento da responsabilidade.

⁷⁹ De Oliveira, Ana Perestrelo (2018), *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, p.206

Por esse motivo, desconsidera-se uma das principais consequências da personalidade jurídica autónoma das sociedades: a limitação da responsabilidade.⁸⁰

Engrácio Antunes retira do 501 n.º do CSC um triplo pressuposto a respeito da responsabilidade ilimitada da sociedade-mãe.

- Irrelevância da natureza, fonte ou origem das obrigações – qualquer “prestação debitória” tenha ela a índole que tiver será também responsabilidade da sociedade-mãe importa relevar que este autor vai mais longe considerando o direito sob qualquer obrigação seja “ilícita ou lícita” o que apesar de parecer drástico é plenamente aceitável tendo em conta a existência de um direito de regresso; é-nos indicado um conjunto de requisitos que não importa para efeitos abordar até porque ao fim ao cabo, qualquer tipo de prestação integrável no passivo da Sociedade-filha independentemente da licitude desta mesma obrigação é suscetível de pertencer também à responsabilidade da Sociedade-filha.⁸¹

- Irrelevância do momento de constituição das obrigações – todas as dívidas sejam elas anteriores ao próprio contrato de subordinação ou constituição da relação intersocietária são também integrantes nesta responsabilidade a responsabilidade só cessa com o contrato de subordinação, remetemos um aprofundamento desta questão mais para a frente.⁸²

- Caso particular dos grupos verticais – também o caso de uma 3ª geração a denominada sociedade neta pouco falada ao longo deste trabalho será responsabilidade da direção unitária. A doutrina geral entusiasma-se com esta temática da sociedade-avó, sociedade-bisavó... ao longo deste trabalho não exploro esta temática considero o tema algo nímio em contexto de responsabilidade. O que interessa ao fim ao cabo é a liquidação do passivo. Ora, é lógico que a tutela se não encontra na sociedade-mãe um suporte suficiente para liquidar todo o passivo, irá

⁸⁰ De Oliveira, Ana Perestrelo (2018), *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, p.214

⁸¹ De Oliveira, Ana Perestrelo (2011), *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade: Por um Critério Unitário de Solução do “Conflito do Grupo”*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 802 - 803

⁸² De Oliveira, Ana Perestrelo (2011), *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade: Por um Critério Unitário de Solução do “Conflito do Grupo”*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 804

deter o mesmo raciocínio de ir buscar às gerações anteriores o remanescente até ter o passivo liquidado com fundamento na exata base legal, mas em aplicação à geração anterior.

3.1.1 Direito de regresso sobre a sociedade totalmente dominada

Apesar da responsabilidade da sociedade-mãe pelas dívidas da sociedade-filha prevista no 501, o espírito deste artigo visa proteger os direitos de terceiros nesta relação (os credores sociais) e não proteger a sociedade-filha da própria sociedade-mãe pelo que, poderemos dizer que os créditos ressarcidos pela sociedade-mãe ficam sub-rogados havendo um direito de regresso da sociedade-mãe sobre a sociedade-filha no entendimento de Perestrelo de Oliveira.⁸³

Considera-se este um entendimento que levanta aqui questões imprudentes para não dizer perigosas. De que forma poderia funcionar esta sub-rogação Perestrelo de Oliveira fala “em caso de eventual insolvência da sociedade-filha, é um crédito comum e subordinado.”⁸⁴

Tendo aqui em consideração os valores do “bonus pater familias” em caso de uma situação extremamente lesante em que a má gestão da sociedade-filha foi evidente e quem sabe algo propositada... seguindo aqui o próprio espírito do artigo 501º CSC de proteção do credor e só do credor, aceitando (por vazio no assunto) não comprometer o dito direito de regresso da sociedade-mãe. É facto que nunca será positivo para o credor um processo de insolvência que acaba por exigir de alguma forma de tempo e até custos (com o advogado por exemplo). Ora, de alguma forma este direito de regresso acaba por “premiar” a sociedade-mãe em vez de simplesmente se tornar em algo negativo para esta visto que encontra aqui um mecanismo de futuramente receber dinheiro por dividas contraídas na sua sociedade-filha criando um certo mecanismo de prémio que pode ser em certa medida atrativo para a sociedade-mãe em prejuízo dos próprios protegidos pelo espírito do artigo 501º CSC, os credores sociais que vêm um processo litigante e que vai contra os valores do bonus pater familias que em vez de assumir uma postura de zelo endivida-se ao ponto da própria sociedade não conseguir liquidar as suas próprias dividas sendo forçada a recorrer a outros capitais. Não deixa também de ser verdade

⁸³ De Oliveira, Ana Perestrelo (2018), *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, p. 229

⁸⁴ De Oliveira, Ana Perestrelo (2018), *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, p.230

que este mecanismo de prémio acaba por essentivar o pagamento das dividas pela sociedade-mãe.

3.1.2 Responsabilidade da Sociedade-mãe por perdas

O artigo 502º do CSC detém uma clara pretensão (agora sim) de proteção da sociedade-filha de forma direta, dificilmente não poderíamos também falar da proteção do credor como segundo plano, o artigo refere-se diretamente à proteção da sociedade-filha, mas indiretamente da liquidação de dívidas a credores.

Importa aqui fazendo uma interpretação sistemática deste 502º CSC a realidade por si só já alargada que pretende proteger o credor, tão só e unicamente isso. Poderia esta norma numa lógica de interpretação extensiva entrar em conflito direto com o direito de regresso que tratámos acima referente ao artigo 501º. Este entendimento é para mim complacente com o meu entendimento do próprio CSC sendo um código que encontra um leque vasto de normas para toda a conceção e realidades que podemos encontrar nas sociedades comerciais. Não é de estranhar que em normas seguidas o pensamento seja independente e não relacionável de forma direta, encontramos variadíssimos casos neste código em que tal acontece e não poderá ser de outra forma vide secções tão sui generis como a secção v do direito aos lucros. O 217º do CSC afere-se aos lucros que os sócios deverão receber. Já no 218º do CSC temos um artigo referente à reserva legal que não colide diretamente com o direito dos sócios, apenas afirma um dever da própria sociedade constituem-se como pontos diferentes.⁸⁵

Feitos estes esclarecimentos iniciais, o artigo 502º do CSC prevê então uma obrigação legal de compensação das perdas anuais sofridas pela sociedade subordinada. Se os interesses da sociedade-filha têm como único objetivo favorecer a sociedade-mãe, faz sentido que esta primeira possa chamar a sociedade-mãe a compensar o saldo negativo dos resultados ilíquidos de exercício constantes do balanço.

A sociedade-mãe fica sem dúvida “Senhora do destino da sociedade subordinada”.⁸⁶

⁸⁵ De Oliveira, Ana Perestrelo (2018), *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, p. 230

⁸⁶ Kropff, Bruno, (1966), *Begründung der Regierungsentwurfes eines, Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz*, Dusseldorf, sine nomine

Perestrelo de Oliveira tão bem refere “(esta norma) constitui, indiscutivelmente, o eixo do sistema de proteção da sociedade-filha (...) Com todas as deficiências que a norma possa ter – e tem – não deixa por isso de constituir uma das normas centrais do Título VI.”⁸⁷

Engrácio Antunes a cerca da compensação das perdas:

“o dever de cobertura ou compensação das perdas sociais visa justamente garantir que, quaisquer que sejam as vicissitudes ocorridas durante a vigência do contrato, a sociedade diretora deixará a sociedade subordinada, pelo menos, na mesma situação patrimonial em que a encontrou.”⁸⁸

Tentando a doutrina aqui captar mais situações da realidade, é-nos por esta entendido que não deriva a responsabilidade da sociedade-mãe de atos isolados e danosos tomados por esta em prejuízo da sociedade-filha. A responsabilidade deriva do próprio contrato de subordinação. Independentemente das decisões tomadas, havendo aqui uma relação de subordinação (atento em comparar a uma relação de parentalidade entre mãe e filha) há aqui uma responsabilidade da progenitora para com sua filha e pelos atos da mesma. Nas palavras de Perestrelo de Oliveira:

“ No sistema legal traçado está implícita a ideia de que a simples integração no grupo – independentemente do exercício efetivo da influência dominante da sociedade-mãe – é suscetível de acarretar desvantagens para a sociedade-filha(...) as quais (...) permitem explicar a solução da transferência global do risco empresarial para a sociedade diretora (...) os efeitos cumulados de cada intervenção concreta da sociedade-mãe sobre a filial, influenciando em termos mais profundos sobre a gestão desta sociedade, de tal modo que a obrigação de compensação não podia ficar dependente da demonstração da causa da perda.”⁸⁹

Estas compensações pelas perdas só são exigíveis no âmbito do contrato de subordinação e tão só apenas, ou seja, havendo uma cessação a obrigação de compensação não poderá ser relativa a compensações verificadas após a vigência do contrato.

Importa-nos também referir com especial interesse para a temática: esta tutela permite responsabilizar a sociedade-mãe numa possível gestão danosa que irá afetar não só os credores,

⁸⁷ De Oliveira, Ana Perestrelo (2018), *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, p. 231

⁸⁸ Antunes, Engrácio (2002), *Os Grupos de Sociedades*, 2ª Edição (revista e actualizada), Coimbra, Almedina, p.821

⁸⁹ De Oliveira, Ana Perestrelo (2018), *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, p. 222-223

não só a própria sociedade como sim, também os sócios livres e minoritários desta. A tutela em causa serve também para estes criando mecanismos de salvaguarda.

E em que situações é que a tutela poderá reivindicar a responsabilidade por parte da sociedade-mãe?

Diz-nos Engrácio Antunes *hac ratione*, o facto de haver uma integração num grupo societário por si só já permite colocar em causa a independência económica agora alienada, também o facto de haver com esta integração uma facilitação de fuga do património dentro do grupo societário, vem o legislador acrescentar uma garantia excecional para os créditos da tutela. Esclarece para já a Doutrina “(são exigíveis) todas as obrigações da sociedade subordinada que hajam sido constituídas antes da celebração, durante a vigência e até ao termo do contrato de subordinação.”⁹⁰

Pois bem, entende-se que é exigível além de a todo o tempo, durante o tempo de vigência do contrato de subordinação conforme dita o artigo 501 n.º1 do CSC num contexto de liquidação de dívidas aos credores. Num contexto de perdas da sociedade subordinada dita o 502 n.º2 CSC em jeitos de mecanismo de salvaguarda, “só é exigível após o termo do contrato de subordinação, mas torna-se exigível durante a vigência do contrato, se a sociedade subordinada for declarada falida.” O termo “falida” deverá ser substituído por insolvente. Havendo uma declaração de insolvência, Perestrelo de Oliveira explica, a sociedade subordinada dissolve-se de forma imediata e automática nos termos do artigo 141 n.º1E do CSC, cessando a própria relação de grupo. A partir daqui entende a doutrina já pode ser exigível o crédito à compensação nos termos gerais. No entanto, e entende esta mesma doutrina em consonância com a minha posição, “a tutela conferida à sociedade-filha, para prevenir, quando possível, a situação de insolvência. Ocorrerá, assim, o vencimento antecipado da obrigação de compensação quando a insolvência se verifique materialmente ou se encontre iminente, apesar de não haver ainda declaração judicial.”⁹¹ Para isto por certo os instrumentos contabilísticos serviram para conseguir provar uma situação financeira complicada que preveja uma insolvência. Salvo

⁹⁰ Antunes, Engrácio (2002), *Os Grupos de Sociedades*, 2ª Edição (revista e actualizada), Coimbra, Almedina, p.798

⁹¹ De Oliveira, Ana Perestrelo (2018), *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, p. 240 - 241

possíveis casos (visto a contabilidade ser manipulável) que deverão ser tidos em conta e vistos caso a caso fazendo jus.

Este mecanismo serve ao fim ao cabo para proteger os sócios minoritários. Engrácio Antunes e Diogo Pereira Duarte defendem uma posição mais cética e conservadora ao entender que a reivindicação desta responsabilidade só poderá ser aquando sejam de tal modo elevadas que ocasionem a própria dissolução da sociedade subordinada. Atribuindo ao conceito um valor de “assegurar a conservação do valor contabilístico do património da sociedade subordinada”⁹² até à extinção desta através da dissolução e liquidação protegendo os sócios minoritários. Com isto o autor defende que não é exigível à sociedade-mãe a compensação anual como uma medida temporal, é sim em determinados momentos fulcrais da vida societária como o caso de falência ou simples dissolução tendo a única finalidade a liquidação do passivo em falta tendo por base os sucessivos exercícios sociais que ocorreram durante o período de vigência do contrato de subordinação. Este fazendo uma interpretação restritiva da própria norma crítica inclusive a falta de alcance desta o que não é de todo acompanhado pela minha interpretação em consonância com a posição de Perestrelo de Oliveira, o critério contabilístico é manipulável e falível, tende à luz do próprio dever de lealdade, a sociedade-mãe ressarcir aquando a situação se preveja não tão só contabilisticamente, mas atendendo à realidade, lesiva para a sociedade.

3.2 A Tutela dos Credores nos Grupos de Facto

Como já tivemos oportunidade de referir a tutela nos grupos de facto não está positivada pelo que temos de recorrer a mecanismos alternativos legais que possam resolver esta lacuna.

A simples relação dominante é um problema para o nosso regime jurídico, e também aqui entra a pertinência destas secções. Havendo uma simples (mas decisiva) influência na decisão por parte de uma das sociedades, sem existência de qualquer tipo de regime de responsabilidade. Citando Maria de Fátima Ribeiro:

⁹² Antunes, Engrácio (2002), *Os Grupos de Sociedades*, 2ª Edição (revista e atualizada), Coimbra, Almedina, p.823

“(o legislador) subestimou a capacidade da sociedade que detém a possibilidade de exercer uma influência dominante sobre outra para a exercer de facto, transformando esta última num autêntico instrumento dos interesses da sociedade dominante.”⁹³

Engrácio Antunes refere também algo que não nos é referido na doutrina de Perestrelo de Oliveira (mas que pode é claro ser subentendido) quando nos afere que há responsabilidade quando é imputável à sociedade-mãe as “consequências resultantes de actos ou omissões que, conquanto formalmente praticados pelas sociedades filhas, sejam imputáveis ao controlo material daquela sociedade”.⁹⁴ de facto, é aqui pertinente relevar as omissões(de atos) que possam levar a uma insolvência porque uma falta de acto que resulte em ferir a vida da sociedade-filha e seus próprios interesses não é motivo para não haver uma responsabilidade por parte da administração oculta. Há que ponderar, portanto, várias alternativas que permitam dar uma resposta. Perestrelo de Oliveira, Engrácio Antunes dão um importante contributo à doutrina nesse sentido discriminando várias vias/mecanismos para ultrapassar esta congeminência.

- Aplicação do 501º por analogia – o exercício é simples e nada complexo, recorre à própria realidade dos factos para numa lógica de ratio legis, conseguir integrar o grupo de facto na aplicação positivado. Partilhamos aqui da posição de Perestrelo de Oliveira que em nada concorda com esta tutela. Lembra aqui que a instrução desvantajosa é concedida pelo sócio para cumprimento do gerente ora se ab início não assegura os interesses da sociedade (tendo em conta o posicionamento que fizemos relativamente aos interesses da sociedade) caberia ao gerente abster-se de executar simplesmente. É minha posição convergente com Perestrelo de Oliveira em pleno, a meu ver uma interpretação extensiva não basta para a amplitude que este vazio acarreta.

⁹³ Ribeiro, Maria de Fátima (2016), *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p.445

⁹⁴ Antunes, Engrácio (2002), *Os Grupos de Sociedades*, 2ª Edição (revista e atualizada), Coimbra, Almedina, p.599

- Responsabilidade pela confiança – esta defendida tanto por Perestrelo de Oliveira como por Engrácio Antunes, neste caso-tipo a sociedade-filha atua com uma imagem vinculada à sociedade-mãe transmitindo ao terceiro (estando este em boa fé) uma imagem de mera divisão operativa de uma única empresa. Não pode nesta situação a sociedade-mãe vir alegar uma “incomunicabilidade dos passivos sociais” estando sob pena de manifesto “venire contra factum proprium”. Para Perestrelo de Oliveira este mecanismo não poderá ser assumido como uma solução totalitária, mas meramente parcial dado a falta de uma “justificação objetiva, à luz do ordenamento jurídico”⁹⁵
- Responsabilidade ao abrigo do artigo 83º/4 do CSC – este mecanismo exige uma posição imperativa por parte do sócio dominante pelo poder que este detém para destituir. A doutrina desvaloriza este mecanismo sangrando-o, dado que no caso de haver uma direção unitária, o sujeito influenciador⁹⁶ tem naturalmente um poder de controlo e de influência sobre a administração, é, pois, de estranhar, que um administrador/gerente não atue tendo já este poder de destituição em mente, que aliás, legitima o próprio poder de influência do sócio maioritário perante o administrador/gerente. Outro ferimento desta argumentação é o risco de grupo ao qual os sócios livres se submetem ao constituírem/entrarem numa sociedade em grupo de facto.
- Cartas de conforto ou Cartas de Patrocínio - enunciado por Engrácio antunes, não é tanto um mecanismo legal, mas sim de natureza dispositiva “por razões ligadas à sua própria imagem e crédito no mercado, são hoje os próprios grupos empresariais que tomam a iniciativa de honrar os compromissos das suas filiais...”. A tradição funciona como uma própria posição no mercado, o objetivo seria reforçar a posição perante o mercado assumindo uma postura de robustez financeira, algo que poderá atrair futuro investimento.
- Responsabilidade da sociedade-mãe como administradora (de facto) da sociedade-filha citando Perestrelo de Oliveira “Em termos nucleares, exige-se o exercício de uma influência

⁹⁵ De Oliveira, Ana Perestrelo (2018), *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, p.285

⁹⁶ Cfr. Nota de rodapé 286: De Oliveira, Ana Perestrelo (2018), *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina.

duradoura e intensa sobre a administração por quem não é administrador de jure.”⁹⁷ para isto, entre outros pressupostos a própria jurisprudência recorrerá a documentos probatórios de direito como assinaturas de contrato, testemunhas, para comprovar que de facto seria a sociedade-mãe equiparando-a à responsabilidade do administrador por forma a responsabilizá-lo. Ainda que possa funcionar, este mecanismo dado a sua complexidade e exigências que se confundem com direitos de uma sociedade-mãe como o caso das instruções desvantajosas à sociedade controlada torna-se bastante dificultada a sua utilização.

- Responsabilidade por violação dos deveres de lealdade – já abordado, remeto a explicação para o ponto produzido a respeito dos grupos de facto. Nessa mesma contextualização esclareço que estamos em matéria de responsabilidade civil. Apesar de ser entendível como a solução mais viável, a própria autora é a primeira a advertir que este mecanismo não serve para manifestar uma responsabilidade ilimitada ou sequer solidária do património do sócio que é precisamente o que pretendemos atingir com este trabalho, não obstante da existência de responsabilidade civil aqui referida. É, no entanto, um contributo bastante valioso para a doutrina e interessante o manuseamento dos princípios para solução de uma realidade complexa do direito sendo ela os grupos de facto.

3.2.1 Desconsideração da Personalidade Jurídica nos Grupos de Facto

3.2.1.1 Responsabilidade Vertical Externa

De todos os mecanismos alternativos legais apresentados, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem também um espaço cada vez mais relevante na doutrina com potencial para solucionar o problema nos grupos de facto. A existência de regime positivado para a responsabilidade nos grupos de direito dispensa o uso deste mesmo instituto, contudo, este configura-se como uma hipótese bastante viável como alternativa em matéria de grupos de facto como iremos analisar de seguida.

O carácter subsidiário deste regime não pode ser olvidado. Também nesta condição reside a própria misticidade característica deste instituto pelo que, não é aplicável, nem deverá ser

⁹⁷ De Oliveira, Ana Perestrelo (2018), *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, p.88

aplicada a qualquer tipo de casos de forma desmedida, mas sim nos que se enquadram nos casos-tipo já abordados neste trabalho. A Doutrina aplica a mistura dos patrimónios e a subcapitalização esta última traz-nos alguma querela doutrinária).

A propósito e citando Maria de Fátima Ribeiro a respeito da Desconsideração: “se durante a Vida da sociedade algum dos seus Sócios adotou sistematicamente comportamentos capazes de pôr em causa a autonomia patrimonial, na vertente da responsabilidade do património da pessoa coletiva exclusivamente por obrigações por si contraídas (e nunca pelas obrigações dos seus membros), então autonomia patrimonial e a própria personalidade jurídica dessa sociedade já estão desconsideradas ou levantadas pelo Sócio.”⁹⁸

Tão pouco poderá este levantamento ser dirigido contra o grupo no seu todo. O grupo não tem personalidade jurídica por si só, não é sujeito de direitos e deveres pelo que não se poderá recorrer ao levantamento do grupo em si apenas da sociedade-mãe.

A mistura de patrimónios no campo dos grupos societários passa a não a ser um mero caso-tipo para passar a ser um pressuposto inevitável (por sua vez essencial) para que possamos recorrer a esta figura. De facto, antes sequer de alguém abordar a temática dos grupos de sociedade (ou seja, de forma totalmente insciente) não é difícil deduzir que a partilha de património é algo normal num grupo societário basta imaginar por exemplo o Grupo INAPA que detém a “INAPA – Comunicação Visual LDA” (Sociedade por Quotas) e a “INAPA Portugal – Distribuição de Papel SA” (Sociedade Anónima). Ambas partilham a mesma sede fiscal e operam nas instalações localizadas nesta mesma sede fiscal. Não surpreende que património pertencente a ambas as sociedades seja em alguma situação compartilhado entre ambas.⁹⁹

A Subcapitalização levanta alguma controvérsia como fonte de responsabilização. Maria de Fátima Ribeiro¹⁰⁰ entende que o julgador não está capacitado para avaliar em cada caso concreto quais são os “meios próprios e adequados à prossecução do objeto social”. Nem o julgador nem ninguém tem o know-how das mais diferentes áreas a que lhe fosse solicitado o

⁹⁸ Ribeiro, Maria de Fátima (2016), *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p.266

⁹⁹ Não obstante, tratar-se de um Grupo de Direito.

¹⁰⁰ Ribeiro, Maria de Fátima (2016), *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p. 235

juízo à luz de cada caso concreto. Já Perestrelo de Oliveira não aceita esta posição defendendo que os deveres de capitalização estão intrínsecos na sociedade, fazendo jus ao dever de lealdade que o sócio detém.¹⁰¹ nesta questão tomo a posição de Maria de Fátima Ribeiro.

Apesar de se entender a posição de Perestrelo de Oliveira à luz da interpretação que esta fez, aceito a posição de Maria de Fátima Ribeiro. De facto, um *savoir-faire* que englobe todas as áreas, todas as prossecuções sociais é algo irreal para qualquer sujeito basta pensarmos na quantidade de cursos superiores que existem. Não acreditamos que alguém possua um conhecimento assim tão universal para poder afirmar que as prossecuções do objeto social (seja ele qual for) foram asseguradas. Em nota de rodapé, Perestrelo de Oliveira¹⁰² critica a posição de Maria de Fátima Ribeiro relativamente à subcapitalização tentando alegar a própria fundamentação decorre de uma falácia. De facto, Maria de Fátima Ribeiro não foi feliz quando refere “Entre nós, na ausência de previsão legal que obrigue os Sócios a dotarem a sociedade de meios próprios”. Leva o leitor a pôr em hipótese um total desprezo pelo princípio da lealdade onde, também eu entendo pressupor uma capitalização por parte do sócio, seja em forma de prestações como em forma de suprimentos(mediante). No entanto acreditamos que Maria de Fátima Ribeiro não entendia colocar as coisas nestes termos. No seguimento deste parágrafo esta redige “(dotarem a sociedade de meios próprios) e adequados à prossecução do objeto social, não se afigura conveniente (e, muito menos, realista) atribuir ao julgador a possibilidade de (em cada caso concreto) determinar a responsabilidade dos Sócios pelas obrigações sociais.”¹⁰³

Entendemos que o preterido por Maria de Fátima Ribeiro é expor a extrema subjetividade de avaliar se o capital (seja ele um bem tangível, intangível ou a própria caixa e respetivos depósitos) é insuficiente para prosseguir o objeto social. Imaginemos para o caso uma PME, uma Gráfica que se dedica exclusivamente à produção de livros. Esta empresa conta apenas

¹⁰¹ De Oliveira, Ana Perestrelo (2011), *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade: Por um Critério Unitário de Solução do “Conflito do Grupo”*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p.926

¹⁰² De Oliveira, Ana Perestrelo (2011), *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade: Por um Critério Unitário de Solução do “Conflito do Grupo”*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p.626

¹⁰³ Ribeiro, Maria de Fátima (2016), *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p.235

com 10 funcionários. Além das máquinas para impressão conta com maquinaria topo de gama para dobragem e colagem. Caso não tivesse estas máquinas de dobragem e colagem o trabalho também iria ser feito, mas em vez de ser feito por máquinas, teriam de ser os próprios funcionários a dobrar e a colar manualmente, o que se traduziria numa maneira muito menos rentável e que demoraria muito mais tempo. Contudo, o objeto social iria ser prosseguido à mesma ainda que com um custo de produção bem maior e com muitas mais horas de produção.

Situação diferente seria o caso desta mesma Gráfica não adquirir máquinas de impressão por falta de capitais. Neste caso, o âmbito é diferente, pois não seria possível imprimir os livros sem esta máquina vital. Aqui sim, já poderíamos exprimir uma subcapitalização.

Atendendo a este último exemplo e dada a subsidiariedade e finalidade de adaptação à própria realidade do instituto do levantamento da pessoa coletiva. Não queremos de todo excluir a subcapitalização como um caso-tipo a ter em conta, mas na única medida em que estejamos a aplicar a uma situação concreta e gritante, que, seja de tal modo capaz de prejudicar a sociedade, ao ponto de a deixar inabilitada de prosseguir a finalidade (vide o exemplo dado em cima-uma gráfica sem máquina de impressão). Com isto propomos um critério comedido, mas ao mesmo tempo drástico que tenha como pressupostos a situação em concreto, por sua vez os factos em apreço e também o impacto vital de forma negativa que tal subnutrição de capital provocou no seio da sociedade lesada. De encontro ao critério do impacto vital assume Diogo Pereira Duarte “...a verdade é que também a determinação do que seja uma disfuncionalização manifesta continuará a depender de tal juízo de proporcionalidade.”¹⁰⁴ Também Alexandre Mota Pinto relativo à subcapitalização “nos casos gravíssimos de absoluta subcapitalização (que são os relevantes).¹⁰⁵ Não desenvolvendo, estes autores já nos apresentam a problemática que acreditamos ser resolvível através do Interesse Vital que não é na nossa perspetiva mensurável, nem deverá o ser, pois cada caso é um caso e estarmos a delimitar, poderá ser algo perigoso visto que deveremos olhar à luz dos factos. Portanto e de forma diferente, cingimo-nos ao exemplo que utilizámos em cima devendo o leitor fazer um exercício de aplicabilidade ao caso a que pretenda numa ótica de proporcionalidade precisamente, à luz dos factos e relevar o seu interesse vital.

¹⁰⁴ Duarte, Diogo Pereira (2007), *Aspectos Do Levantamento Da Personalidade Colectiva Nas Sociedades Em Relação De Domínio*, Coimbra, Almedina, p. 315

¹⁰⁵ Pinto, Alexandre (2002), *Do Contrato de Suprimento: O Fincanciamento da Sociedade entre o Capital Próprio e Capital Alheio*, Coimbra, Almedina, p.123

Engrácio Antunes também propõe alguns casos tipo que vale a pena enunciar:

- Proteção da confiança – neste caso-tipo a sociedade-filha atua com uma imagem vinculada à sociedade-mãe transmitindo ao terceiro (estando este em boa fé) uma imagem de mera divisão operativa de uma única empresa. Não pode nesta situação a sociedade-mãe vir alegar uma “incomunicabilidade dos passivos sociais” estando sob pena de manifesto “venire contra factum proprium”¹⁰⁶
- Culpa “in contrahendo” – Desenvolvida na jurisprudência Suíça, sugere-se a aplicação ao fenómeno da empresa de grupo, surge quando há uma empresa dependente que fez parte de uma fase pré-negocial com um terceiro onde tenha sido manifestamente determinante para as negociações uma ótica de conhecimento da sociedade dominante e também de pertença nesta sociedade por parte da Sociedade Dominada.

Sem dúvida que o potencial destes caso-tipo é vasto e apesar desta doutrina já ter alguns anos os avanços nesta matéria são poucos para se ter já abordado ou sequer posto a hipótese de novos caso-tipo.

Recuando um pouco e lembrando o carácter subsidiário que caracteriza este mecanismo, de facto, este só deverá ser usado quando há uma clara violação da boa fé e uma ausência de previsão legal adequada para casos em que a realidade positivada não alcança.

Estão excluídos do instituto da desconsideração da personalidade jurídica meros episódios pontuais ou de atos perfeitamente identificáveis, cuja resolução deve ser alcançada por outra via. Há que afirmar a subsidiariedade do recurso à chamada desconsideração da personalidade jurídica, designadamente se as pretensões dos credores sociais ou dos sócios puderem ser satisfeitas através do recurso a institutos jurídicos legalmente consagrados.¹⁰⁷

Nos grupos de sociedades, a teoria aplicável ao levantamento já abordada em capítulos anteriores será aqui aplicável nos mesmos termos, contudo, o abuso do instituto terá um papel de destaque, sendo a mistura de patrimónios já não um mero caso-tipo para se definir como uma característica fundamental como já tivemos oportunidade de referir.

¹⁰⁶ Também Lamartine, no mesmo sentido a respeito de um caso de partilha de benefício num grupo: De Oliveira, J. Lamartine Corrêa (1979), *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, edição Saraiva, p.601 - 602

¹⁰⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo nº 14744.18.7T8LSB-A. L1-2; Relatora: Gabriela Cunha Rodrigues

também a violação da boa fé, a falta de fundamentação legal que tutele um caso como os aqui aplicáveis tornam esta uma via para atingir o sócio /sócios que tentam alcançar fins ilícitos e repudiáveis à luz da nossa ordem jurídica, carecendo de previsão legal apropriada.

Importa também referir, autora Anne Petitpierre-sauvain nesta matéria (há altura) propõe em contexto de grupo societário, três meios jurídicos que hoje são consensuais entre os defensores desta doutrina a boa fé, o abuso de direito (aos tempos de hoje e fazendo jus ao que escrevemos nas teorias, falamos aqui de abuso do instituto) e um artigo do código de obrigações que hoje se traduz em contexto do nosso ordenamento jurídico português no artigo 72º do CSC.¹⁰⁸

3.2.1.2 Responsabilidade Horizontal Interna

Nesta matéria não nos interessa aprofundar a doutrina, o foco para âmbito deste trabalho é a tutela dos credores (responsabilidade horizontal externa) nesta tutela interna, tende-se a encontrar solução fácil para a questão da responsabilidade por perdas (para esclarecer, a ideia será imputar à sociedade irmã as perdas) que pela questão do levantamento em si torna-se pertinente abordar. Para começar, está em causa imputar obrigações da sociedade-mãe à sociedade-filha. Ora, para todos os efeitos, quem tem o direito a emitir instruções desvantajosas é a sociedade-mãe pelo que, qualquer responsabilidade por perdas deverá ser imputada a esta. Ainda que haja uma influência da sociedade-irmã, o poder desta não passará disto mesmo: uma influência que será feita à sociedade-mãe. Pelo que, nunca poderemos nós referirmo-nos a uma responsabilidade da sociedade-irmã que tem mero poder de influência. No entanto e à luz do direito, podemos simplesmente recorrer ao levantamento. De facto, a mistura de patrimónios é algo implícito ao próprio grupo societário como já tive a oportunidade de referir. Pelo que, em sentido inverso a sociedade-filha pode ser responsabilizada pelas dividas da sociedade-mãe, detenham elas a índole que tiverem, tão só basta que exista o direito ao ressarcimento das perdas. E tão só esse mesmo direito não se tenha satisfeito na sociedade-mãe. Portanto, não é por vias da “quebra da parede lateral”, mas sim por vias do “levantar do teto” pegando na analogia preconizada por Winter num diferente sentido (em sentido inverso).¹⁰⁹

¹⁰⁸ Petitpierre-Sauvain, Anne, *Droit des sociétés et groups de sociétés*, Génève, Georg, 1972, p. 131 - 184

¹⁰⁹ Winter, Michael (2005), *Horizontale Haftung im Konzern*, Köln, de Gruyter (p.157)

Importa ainda referir, estamos perante um levantamento vertical que funciona de forma inversa (ou seja, em vez de partir da sociedade-mãe para a sociedade-filha, partimos sim da sociedade-filha para a sociedade-mãe).

Apesar de babélico (para não dizer perigoso) pois não necessita de contornos de boa fé para se fazer valer (dada a existência de confusão de patrimónios inerente à própria sociedade-mãe); a mistura de patrimónios não necessitar de um perfil gritante como o que manifestei acima noutro ponto; ou sequer (apesar de serem critérios de uma doutrina subjetivista) de culpa por parte da sociedade-irmã. Não deixa de ser um levantamento pois não está sujeito a qualquer tipo de positivação basta a mistura de patrimónios.

É de nosso entendimento que isto delimita a aplicabilidade máxima (de maxime determinationem) atingível pelo instituto em toda a sua dimensão. Ultrapassando esta demarcação e excluindo qualquer dos poucos pressupostos aqui indiciados (seja em contexto de grupo de sociedades ou de mera sociedade) entramos num campo perigoso para o direito e respetiva soberania, sobrepondo-se uma temerária voluta do julgador em toda a sua medida (que não é desejável).

O instituto da desconsideração da pessoa coletiva existe num âmbito extremamente subsidiário tendo em vista proteger o direito positivado, uma total discricionariedade de aplicação sem que nem sequer os pressupostos sejam inescusáveis, seja em que medida for, abre aso a uma total aplicação “descompensada”.

Posto isto, já podemos afirmar com segurança que existe uma responsabilidade solidária dentro do grupo societário.

Este contexto serve-nos perfeitamente como introdução ao próprio contexto externo (tutela dos credores) no regime da responsabilidade horizontal dando para se entender (através da responsabilidade interna) a complexidade que este regime atinge e a especificidade do próprio, contexto de grupo vertical, contexto de grupo horizontal, contexto de subordinação ou contexto de paritário, cada caso é um caso e é assim esmiuçado atendendo à realidade dos factos.

3.2.1.3 Responsabilidade Horizontal Externa

Importa para já entender que no grupo vertical as sociedades controladas estão vinculadas às demais sociedades-irmãs, isto é um axioma que se traduz nos próprios deveres lealdade em contexto de grupos societários.

A doutrina de Perestrelo de Oliveira nesta matéria propõe definir a situação de em caso de duas sociedades subordinadas à mesma direção unitária (responsabilidade horizontal externa no grupo paritário), sendo por isso, sociedades irmãs, deverão ou não serem também elas responsáveis pela emissão de instruções desfavoráveis beneficiando uma delas.

Independentemente de outros mecanismos que para objeto deste trabalho não relevam, pelo que não são aqui abordados, o levantamento também poderá deter aqui o seu papel. Estamos a falar de um levantamento horizontal existindo ou não existindo direção unitária (parece que ao contrário da responsabilidade interna, na responsabilização externa já irá ser permissível uma responsabilidade da sociedade-irmã). Apesar de já existir alguma jurisprudência portuguesa nesta matéria, os reais progressos do levantamento neste contexto vêm da jurisprudência alemã, para o caso, um acórdão em específico.

O acórdão do BAG de 8 de setembro de 1998 é relativo a um caso ainda que laboral, aplicável em contexto de direito societário, neste aspeto, os trabalhadores detinham um papel de credores da sociedade em causa.

O caso em apreço diz respeito à transferência de maquinaria operacional de uma sociedade para a outra que passou a alugar o material à primeira (onde estavam enquadrados os trabalhadores). Para fazer justiça, do acórdão são retiráveis três presunções que convergiram na procedência da decisão:

- Controlo Operacional – há um controlo de tal maneira intenso que permite a um terceiro julgar estar perante um simples departamento ou mesmo uma sociedade subordinada, pelo qual faça sentido existir uma partilha de responsabilidade;
- A falta de liquidez da sociedade agora insolvente;
- Presunção de causalidade – houve não apenas um, mas vários comportamentos que advieram de uma sociedade independente digna de se assemelhar (e mesmo induzir) à existência de um grupo e respetiva sujeição (algo danosa para uma);

Com base nestes critérios não esquecendo um já tradicional critério de existência de benefício (existindo vantagem para uma das sociedades), havendo prejuízo para outra sociedade (transferindo-se para esta as desvantagens) e resultando estas de medidas de gestão houve lugar

ao levantamento, fazendo a sociedade beneficiada responder solidariamente com o património às dividas da sociedade desconsiderada.¹¹⁰

Voltando a recorrer ao exemplo do Grupo INAPA que detém a “INAPA – Comunicação Visual LDA” (Sociedade por Quotas) e a “INAPA Portugal – Distribuição de Papel SA” (Sociedade Anónima). Ambas partilham a mesma sede fiscal e operam nas instalações localizadas nesta mesma sede fiscal. Não surpreendendo que património pertencente a ambas as sociedades seja em alguma situação compartilhado entre ambas no decorrer das próprias prossecuções, tão só serve de mero exemplo para se entender que mesmo nos grupos paritários (sem qualquer tipo de direção unitária), ocorrendo misturas patrimoniais ou mesmo subcapitalizações, é possível aplicar o paralelismo a desconsideração da personalidade jurídica como se fosse em contexto de mera sociedade (uma única sociedade). Também relativamente à subcapitalização a doutrina diverge neste tema, havendo quem simplesmente aniquile a existência (ao fim ao cabo, atravessar a própria personalidade jurídica da sociedade lesada) para atingir a sociedade beneficiada.¹¹¹ aqui somos tentados a concordar com a importante doutrina baseada nos deveres de lealdade e que já tivemos oportunidade de referir aquando abordámos a matéria dos grupos de facto. Os deveres de lealdade ostentam corretamente todo este paradigma, a personalidade jurídica não deverá ser ultrapassada se permissível através dos deveres de lealdade como também eu entendo ser, a fim de não prejudicar a própria essência da pessoa coletiva.

Ao fim ao cabo, torna-se algo irónico (para não dizer insólito) estarmos a desconsiderar uma pessoa coletiva para atingir outra pessoa coletiva. Até porque, por detrás desta última pessoa coletiva está uma pessoa singular (o sócio), o instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi criado nas suas raízes para atingir o homem oculto tradicionalmente uma pessoa singular. Com isto pretende-se afirmar que se estiver a desconsiderar a pessoa coletiva para atingir uma pessoa singular, estou a atingir um ser dotado de uma esfera jurídica muito mais ampla e alargada em termos de direitos liberdades e garantias que detém consciência e que pratica ele próprio as suas ações. Como afirma Lamartine “Ao contrário da pessoa humana, a pessoa jurídica não é uma substância, uma vez que depende, para viver e agir, de outros seres, as pessoas naturais.”¹¹² Estarmos a desconsiderar a pessoa coletiva para outra pessoa coletiva

¹¹⁰ Cfr. Henssler, Martin (2000), die betriebsaufspaltung, Gleichordnungskonzern?, ZGR, 3/2000, p.501 - 502

¹¹¹ Burg, Michael (2006), Gesellschafterhaftung bei Existenzvernichtung des Einmann-GmbH, Frankfurt, sine nomine, p.230

¹¹² De Oliveira, J. Lamartine Corrêa (1979), *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, edição Saraiva, p.591

estamos a atingir um sujeito redundante pois terá sempre por detrás alguma pessoa singular que praticou os atos lesivos.

Faria sentido a nosso ver (e mesmo assim...) referirmo-nos em aniquilação de existência (ainda que seja uma interpretação muito drástica) se estivesse em causa atingir um sujeito dotado de uma esfera jurídica mais alargada e dotada de consciência própria. Ora, tratando-se de atingir uma outra pessoa coletiva, aniquilar torna-se injustificável pois não encontro razão de direito para se “menosprezar” a existência de um sujeito para fazer vingar direitos de terceiros.

Posto isto, a respeito da matéria dos grupos de sociedades deve-se basear o levantamento em deveres de lealdade e na violação desses mesmos deveres.

Ainda no contexto da responsabilidade horizontal nos grupos paritários, além da doutrina sujeitar à aplicação do regime tradicional da desconsideração através dos casos-tipo base (mistura de património e subcapitalização), esta mesma doutrina mantém o uso da boa fé para atingir a responsabilidade patrimonial da sociedade-irmã por violação dos deveres de lealdade.

Do que concerne à responsabilidade horizontal externa no grupo vertical, não se vê porque não aplicar o levantamento vertical nos mesmos moldes já pronunciados como já referido e agora abordado, tipicamente, a jurisprudência alemã utiliza o levantamento em contexto societário para atingir qualquer sociedade terceira, em casos semelhantes ao do acórdão do BAG de 8 de setembro de 1998 que apesar de se tratarem de casos laborais, os trabalhadores surgem como credores da sociedade, portanto, apresenta-se o caso em forma tipicamente societária.

Importa esclarecer, em sede de direção unitária é razoável devido à confusão de esferas patrimoniais e respetiva responsabilidade, atingir as sociedades irmã no caso de haver uma subordinação, no entanto esta deve utilizar-se apenas e na única medida em que não baste o património da sociedade-mãe para liquidar as dívidas da sociedade insolvente.¹¹³

Por fim, vale também a pena ter em conta a problemática inerente a estes grupos de facto. Do que concerne aos levantamentos enunciados, constituem um sistema complexo uma vez que antes sequer de podermos proceder ao levantamento, tem de se primeiro fazer prova da existência de uma relação de facto entre as sociedades. É claro, tal ainda se torna mais complexo na situação de ter que se atingir uma responsabilidade horizontal externa no grupo vertical. Tem que se fazer prova da existência da direção unitária cumprindo a presunção da existência desta,

¹¹³ Em analogia ao que já se sucede na Responsabilidade Horizontal Interna.

terá ainda que se fazer prova da existência de uma outra sociedade controlado por esta direção unitária além da existência do benefício para pelo menos uma destas em relação à sociedade lesada. Há ainda outras questões que se levantam que goza de semelhante complexidade, o ônus de prova, e no fim de contas, o credor em última análise só pretende ser ressarcido, uma última linha como a responsabilidade horizontal externa no grupo vertical não deixa de ser uma hipótese num universo tão exigente como o das sociedades comerciais, mas dificilmente vulgar.

Conclusão

Para a conceção da presente dissertação de mestrado referente a um instituto que se consubstanciou através da doutrina, utilizaram-se contraposições e complementações doutrinárias feitas através dos diversos autores que encontramos ao longo deste estudo, na justa medida dos pontos que acrescentam e que enriquecem este. Tanto quanto possível além da análise, acrescenta-se os entendimentos que achamos poderem contribuir para posições que possam enriquecer o direito e contribuir para o mesmo sejam estas conciliadoras, desconcertadas ou intermédias.

É com base nos princípios da proteção da autonomia societária por um lado e proteção da limitação da responsabilidade do sócio por outro que surge uma contrariedade ao próprio sistema jurídico, esta dá-se quando o sócio se aproveita da própria autonomia e mesmo das permissibilidades que a pessoa coletiva pode propiciar para a instrumentalizar, por sua vez, dado a existência de uma limitação de responsabilidade, esta instrumentalização prejudica um terceiro ao qual o instituto da desconsideração da personalidade jurídica poderá atuar como última linha de defesa para atingir a realidade dos factos ultrapassando uma positivação que se torna permissível. De facto, não é raro o nascimento de uma pessoa coletiva para fins algo impróprios como por exemplo, fins contabilísticos - sociedades que mascaram as reais receitas de uma outra sociedade. É algo perceptível que não existe no mundo contemporâneo qualquer solenidade no nascimento da pessoa coletiva que é visto como um mero instrumento muitas vezes para descarte da própria responsabilidade singular ou para mascarar patrimónios. Prova-se assim uma crise na própria função da pessoa coletiva que, em última linha, na falha de toda a realidade alcançável pela positivação, sente ainda uma necessidade de atingir a própria realidade dos factos e levantar o véu da pessoa coletiva atingindo o próprio sócio lesante. Para isto recorre-se a um instituto já evocado na América do Norte conhecido por disregard of legal entity que terá sido progressivamente aceite no sistema jurídico romano-germânico até seu total estabelecimento.

A desconsideração da personalidade jurídica denota-se como um importante mecanismo legal a ser usado como última linha de defesa quando todos os outros falham existindo portanto uma fraude à lei, contudo, não devemos esquecer que este mecanismo pretende resolver situações específicas, defendendo também este estudo a subsidiariedade deste regime, devendo tanto quanto possível utilizar os mecanismos legais provenientes do direito positivado correndo-se

um risco de fazer de uma exceção (institutos que não necessitam de ter por base uma fundamentação legal concreta) a regra, o que deixa de se constituir (conforme defendem vários autores) como um benefício passando a ser prejudicial para o próprio direito.

Acompanhando este processo de aceitação e estabelecimento no nosso ordenamento jurídico, formulam-se várias teorias que têm como finalidade criar presunções para aplicação deste instituto numa primeira linha, estes enriqueceram-no as primeiras teorias subjetivistas, detinham como calcanhar de aquiles uma presunção de culpa que era muito difícil de ultrapassar dada a dificuldade de prova sangrando esta teoria. Talvez por isso, a própria implementação deste instituto no nosso ordenamento jurídico tenha estado dificultada, lembrando que autores já no início do século XX se aproximaram do levantamento do véu. Só com as teorias objetivistas nomeadamente a simples existência de uma contrariedade ao ordenamento jurídico sem que seja requisito uma intenção. Esta formulação objetiva permitiu as condições necessárias para que a jurisprudência pudesse proliferar e utilizar este mecanismo para resolver casos mais problemáticos

É de meu entendimento que aos dias de hoje, há tantas propostas teóricas distintas que a própria jurisprudência se confunde na aplicação, não havendo uma regra definida, daí que também o julgador evita de toda a forma o recurso a este instituto e, recusa maiores avanços na implementação deste, o que se tem traduzido numa desarmonia que lhe retira força e retrai o seu potencial de aplicação noutras vertentes.

A aplicação do instituto não estando propriamente positivado requer uma maior fundamentação e enquadramento na jurisprudência existente, assim, torna-se importante delimitar os casos-tipo de aplicação do instituto aceitando esta dissertação, dois casos-tipo em particular: a disfunção da personalidade jurídica nas suas três dimensões e a subcapitalização onde também aqui se tenta prestar o nosso posicionamento relativo à temática para poder contribuir para o direito, não dando razão à doutrina que pretende abrigar o sócio credor, entende-se que não devemos fazer uma distinção dentro da subcapitalização alargando a sua temática para qualquer caso de aplicação enquadrado nesta sem divisões nominais ou materiais.

Agora referente à aplicação prática no instituto, destaque para o artigo 84º do CSC, que ainda que de aplicação *sui generis*, é o artigo que perpetua o instituto da desconsideração da pessoa coletiva tratando o resto da análise do regime da responsabilidade.

Do que concerne aos grupos de sociedades, é estranho o vazio de positivação que obriga a um papel de destaque entre os grupos de direito e os grupos de facto. Põe-se inclusive em hipótese

a intenção do legislador de consubstanciar os grupos de facto por forma a dar aso à criação de mecanismos doutrinários diferentes que existem para melhor atingir uma realidade tão diversa como os casos de grupos de sociedades. Propositado ou não, o vazio existe na lei e terá que ser resolvido, o agente de direito procura sempre encontrar soluções e entre outros mecanismos relevamos o potencial do instituto da desconsideração da personalidade jurídica utilizado também pelos variados autores aqui estudados nesta obra. Foi por isso relevante partir do estudo do regime de responsabilidade vertical nos grupos de direito quer a interna quer a externa para se perceber que existe um direito da sociedade-mãe a emitir instruções desvantajosas para benefício desta. Isto resulta também em direitos da própria sociedade-filha nomeadamente de compensação pelas perdas e, também, num dever de responsabilidade solidária da sociedade-mãe em caso de insolvência da sociedade-filha.

Reside aqui a principal diferença e a chave para a responsabilização nos grupos de facto. Aqui fundamentado no princípio da lealdade e, portanto, nos deveres de lealdade do sócio que não havendo contrato de subordinação, contrato de grupo paritário ou uma participação totalitária, são princípio basilar de qualquer sociedade, podendo-se desta forma responsabilizar de forma solidária a sociedade em grupo de facto. Propõe assim a doutrina recorrer ao instituto da desconsideração, tendo por base os casos-tipo estudados, os quais nos grupos societários têm uma adaptação lógica abordada ao longo desta dissertação, a mistura de patrimónios passa a ser condição sine qua non para que possa estar perante um grupo de facto. Também o caso da subcapitalização que já anteriormente se tinha colocado em questão volta aqui a ser colocado, é difícil neste âmbito ao julgador definir o que seria o capital necessário para a pessoa coletiva prosseguir o objeto social. Assim, e com base num exemplo proponho um critério de interesse vital: o exemplo-modelo é o de uma gráfica que não tem máquina de impressão nem tem capital para adquirir tal máquina, sendo impossível para a empresa prosseguir o objeto social neste caso.

O levantamento nesta matéria releva-se da existência de má fé e de abuso de direito (neste trata-se essencialmente do abuso do instituto).

Por fim, relativamente à responsabilidade horizontal interna nos grupos subordinados, procede-se de certa forma a um levantamento da sociedade-irmã, mas na única medida em que não baste o património da sociedade-mãe (em grupo de facto). Para atingir este nível, procede-se a um levantamento inverso da sociedade-mãe e não a um levantamento da sociedade-irmã para outra sociedade-irmã. Apesar de babélico (para não dizer perigoso) pois não necessita de contornos

de boa fé para se fazer valer (dada a existência de confusão de patrimónios inerente à própria sociedade-mãe) e a mistura de patrimónios não necessitar de um perfil gritante como o que manifestei acima noutro ponto. Este é de meu entendimento a aplicabilidade máxima do instituto em toda a sua dimensão. Ultrapassando esta demarcação e excluindo qualquer dos poucos pressupostos aqui indiciados (seja em contexto de grupo de sociedades ou de mera sociedade) entramos num campo perigoso para o direito e respetiva soberania, sobrepondo-se uma temerária voluta do julgador em toda a sua medida (que não é desejável).

Em contexto de responsabilidade horizontal externa quer seja ele subordinado ou mesmo paritário, há responsabilidade solidária tendo já bastante aceitação na doutrina alemã, fazemos neste estudo a ressalva: em caso de responsabilidade horizontal externa no grupo vertical, esta em analogia ao determinado na responsabilidade horizontal interna, deverá ser realizado na única medida em que não baste o património da sociedade-mãe para liquidar as dívidas da sociedade insolvente(analogicamente ao que já se sucede na responsabilidade horizontal interna).

Posto isto, conclui-se da presente dissertação que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, deverá ainda evoluir ou se concordar de uma reforma que permita a definição concreta de um modelo único de aplicação da teoria, por forma, a esclarecer o julgador de que presunções deverão ser feitas. Também nos próprios casos-tipo a doutrina precisa de se estabelecer e se concordar. No que concerne aos grupos de sociedades, ainda mais prejudicados no direito português, há um vazio de lei referente aos grupos de facto, que carece ou de legislação ou goza da mesma necessidade de definição de regras únicas a respeito do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Tudo por forma a garantir uma tutela subsidiária há luz da realidade dos factos que parece (por vezes) ser inatingível pela positivação.

Bibliografia

- Almeida, António Pereira (2013), *Sociedades Comerciais, Volume 1 - Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, Coimbra Editora, Coimbra
- AAVV. (coord. António Menezes Cordeiro), (2011), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2ª Edição (revista e actualizada), Coimbra, Almedina.
- AAVV. (coord. Manuel Pita), (2016), *Novos Temas de Direito das Sociedades*, 1ª Edição, Chiado Editora, Lisboa
- Antunes, Engrácio (1993), *Os Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina.
- Antunes, Engrácio (2002), *Os Grupos de Sociedades*, 2ª Edição (revista e actualizada), Coimbra, Almedina.
- Ascensão, Oliveira (1988), *Direito Comercial, Volume I – Parte Geral*, Lisboa, sine nomine.
- Barros, Cláudia (2016), “*Do instituto da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais no ordenamento jurídico português*”, Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito das Empresas e do Trabalho, Lisboa, ISCTE
- Burg, Michael (2006), *Gesellschafterhaftung bei Existenzvernichtung des Einmann-GmbH*, Frankfurt, sine nomine
- Cordeiro, António Menezes (2020), *Direito das Sociedades, Volume I – Parte Geral*, 4ª edição (revista e actualizada), Coimbra, Almedina.
- Cordeiro, António Menezes (2000), *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, Coimbra, Almedina.
- Cordeiro, António Menezes (2019), *Tratado De Direito Civil, Volume IV – Parte Geral das Pessoas*, 5ª edição (revista e actualizada), Coimbra, Almedina.
- Cordeiro, Pedro (1989), *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa.
- Correia, Luis Brito (1989), *Direito Comercial, 2º Volume – Sociedades Comerciais*, Lisboa, AAFDL.

- Correia, Ferrer (1948), *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Braga, Livraria Atlântica
- Correia, Miguel Pupo (2016), *Direito Comercial*, 13ª Edição (revista e actualizada), Lisboa, Ediforum
- Cunha, Paulo Olavo (2016), *Direito das Sociedades Comerciais*, 6ª Edição, Coimbra, Almedina
- Duarte, Diogo Pereira (2007), *Aspectos Do Levantamento Da Personalidade Colectiva Nas Sociedades Em Relação De Domínio*, Coimbra, Almedina.
- De Oliveira, Ana Perestrelo (2011), *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade: Por um Critério Unitário de Solução do “Conflito do Grupo”*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- De Oliveira, Ana Perestrelo (2018), *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina.
- De Oliveira, J. Lamartine Corrêa (1979), *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, edição Saraiva.
- De Vasconcelos, Pedro Pais (2015), *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª Edição, Coimbra, Almedina.
- Fernandes, Carvalho (2001), *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Lisboa, Universidade Católica.
- Flume, Werner (1977), *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, I/2 – Die juristische Person, 4ª edição, Berlin, Springer Verlag
- Furtado, Jorge Henrique Pinto (2000), *Curso de Direito das Sociedades*, 3ª edição, Coimbra, Almedina.
- Geissler, Markus (1993), *Zukunft, Stillstand oder Geltungsverlust für die Durchgriffshaftung im Recht der GmbH? GmbHR*
- Gonçalves, Diogo Costa (2018) “capacidade das sociedades comerciais: uma visão luso-brasileira”, *Revista de Direito das Sociedades*, nº4
- Henssler, Martin (2000), *die betriebsaufspaltung, Gleichordnungskonzern?*, ZGR, 3/2000
- Kropff, Bruno, (1966), *Begründung der Regierungsentwurfes eines, Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz*, Dusseldorf, sine nomine

Petitpierre-Sauvain, Anne, *Droit des sociétés et groups de sociétés*, Génève, Georg, 1972

Pinto, Alexandre (2002), *Do Contrato de Suprimento: O Fincanciamento da Sociedade entre o Capital Próprio e Capital Alheio*, Coimbra, Almedina, p.123

Pinto, Carlos, (2005), *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora

Ribeiro, Maria de Fátima (2016), *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Schanze, Erich (1975), *Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptionalisierungsprobleme gesellschaftsrechtlicher Zurechnung*, Frankfurt am main, Metzner

Schmidt, Karsten (1985), *Zum Haftungsdurchgriff wegen Spährenvermischung und zur Haftungsverfassung im GmbH – Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 16.9.1985*, Berlin, Sonderheft 8

Triunfante, Armando Manuel e Luís de Lemos Triunfante (2009) “Desconsideração da Personalidade Jurídica – Sinopse Doutrinária e Jurisprudencial”, *Julgar*, nº9.

Ventura, Raul (1969), “Apontamentos para a Reforma das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada e Anteprojeto de Reforma da Lei das Sociedades por Quotas”, 2ª Redação, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 182

Winter, Michael (2005), *Horizontale Haftung im Konzern*, Koln, de Gruyter

Jurisprudência

Consultada em www.dgsi.pt

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de abril de 2021, Processo n.º 2470/14.0T8LSB.L1. S1; Relator: José Rainho

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de novembro de 2017, Processo n.º 919/15.4T8PNF.P1. S1; Relator: Alexandre Reis

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 13528/19.0T8PRT-A. P1; Relator: Carlos Gil

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 14744.18.7T8LSB-A. L1-2; Relatora: Gabriela Cunha Rodrigues

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 1751/10.7TVLSB.L1-2; Relatora: Teresa Albuquerque