

DESDRAMATIZANDO O AFASTAMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (E DA AUTONOMIA PATRIMONIAL) ¹

CATARINA SERRA

Interrogando-se sobre se o princípio segundo o qual a sociedade comercial representa um ente distinto e autónomo dos sócios conhecerá derrogações, a autora encontra o fundamento para a possibilidade de uma resposta positiva no fenómeno do “afastamento” da personalidade jurídica das sociedades comerciais, que elegerá como objecto de reflexão. Sem deixar de atentar nas origens dogmáticas do instituto e teorizações a que o mesmo foi sujeito, ocupa-se em especial do estado actual do problema e, fazendo o ponto de situação, situa o debate em curso entre a tendência para abolir o afastamento (ou restringir o seu alcance) e a tendência para reconhecer (ou reforçar) o seu préstimo, ambas com reflexos na doutrina portuguesa. Percorrendo os argumentos doutrinários e jurisprudenciais que concorrem na discussão, a autora fixa a sua análise nos casos da lei portuguesa pertinentes ao tema e, convocando as soluções normativas dos artigos 84.º, 501.º e 270.º-F, n.º 4, todos do Código das Sociedades Comerciais, e n.ºs 2 e 3 do artigo 186.º do **Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas**, preocupa-se em determinar se e em que medida constituirão verdadeiros casos de afastamento da personalidade jurídica. A conclusão é no sentido de que as mesmas demonstram a necessidade de “desdramatizar” a questão.

SUMÁRIO: 1. A questão. 2. Origem e evolução da figura. 3. A crítica e as tentativas de resposta. 4. Tendências recentes. 5. O afastamento da personalidade em Portugal. 5.1. As posições da doutrina. 5.2. A receptividade na jurisprudência. 6. O afastamento da personalidade em Portugal (cont.): manifestações no direito positivo. 6.1. As referências no Direito das Sociedades Comerciais. 6.1.1. O caso das sociedades por quotas ou anónimas supervenientemente unipessoais. 6.1.2. O caso das sociedades coligadas. 6.1.3. O caso das sociedades unipessoais por quotas. 6.2. O regime do EIRL. 6.3. Um caso no Direito da Insolvência? 7. Observações finais.

1. O princípio fundamental do Direito das Sociedades Comerciais é o de que a sociedade comercial representa um ente distinto e autónomo dos sócios. A pergunta que imediatamente se segue é: haverá derrogações ao princípio?

A constituição de qualquer sociedade, como de qualquer pessoa colectiva ou jurídica, depende da (pre)existência de autonomia patrimonial. A autonomia

¹ Este estudo é dedicado ao Senhor Conselheiro João Fernando Fernandes Magalhães, relator do primeiro (e precursor) acórdão português que aplicou, num caso concreto, o afastamento da personalidade jurídica. Na sua pessoa, gostaria de homenagear também a Associação Jurídica de Braga e os juristas, colegas e amigos, que integram a respectiva direcção.

patrimonial, pressuposto da personalidade jurídica das sociedades comerciais, desdobra-se em duas vertentes: a responsabilidade exclusiva do património social pelas obrigações sociais e a responsabilidade do património social exclusivamente pelas obrigações sociais². Ela é absoluta ou plena (somente) nas chamadas “sociedades de capitais” (uma vez que nas “sociedades de pessoas” também os sócios respondem, em certos termos, pela obrigações sociais)³. Mas nem nestas sociedades a personalidade jurídica é, em rigor, absoluta: não pode perder-se de vista que a sociedade é sempre resultado ou expressão da vontade dos sócios, desde a sua constituição e por todo o período do seu funcionamento⁴. Deve, portanto, relativizar-se a noção de pessoa colectiva ou jurídica, adoptar-se uma “perspectiva não absolutizadora” ou uma “concepção substancialista” da personalidade das sociedades comerciais⁵ e das outras pessoas colectivas ou jurídicas⁶.

Suponha-se que o sócio ou os sócios tratam e dispõem da sociedade e do património social como se fosse “coisa própria” (e vice-versa): pagam dívidas da sociedade com valores depositados em contas bancárias pessoais; recorrem à tesouraria da sociedade para liquidar dívidas pessoais; realizam, em nome da sociedade, negócios jurídicos para proveito próprio ou de terceiros; em suma, que o sócio ou os sócios convertem a sociedade no seu *alter ego* ou num “*corporate dummy*”, a despeito do princípio da separação.

Poder-se-á, nestes casos, romper a barreira da personalidade da sociedade e atingir as pessoas (e os patrimónios) dos sócios?

Pode ser conveniente (ou mesmo necessário) fazê-lo, procedendo-se, nesse caso, à operação que ficou conhecida como “superação”, “penetra-

² Cfr., sobre a autonomia patrimonial das sociedades, ANTÓNIO FERRER CORREIA, “A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica”, in: *Estudos vários de Direito*, Coimbra, 1982, pp. 547 e s.

³ A distinção entre “sociedades de pessoas” e “sociedades de capitais” é uma distinção doutrinária, que classifica as sociedades consoante o elemento mais relevante seja, respectivamente, a pessoa (dos sócios) ou o capital (o valor da participação de cada sócio no capital social). Evidentemente, as sociedades em nome colectivo são o paradigma das “sociedades de pessoas” e as sociedades anónimas o paradigma das “sociedades de capitais”. Cfr., sobre a distinção, ANTÓNIO CAEIRO, *As sociedades de pessoas no Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, pp. 5-13, e MANUEL NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 5-6.

⁴ Cfr., sobre os limites da personalidade jurídica ou colectiva, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O levantamento da personalidade jurídica no Direito Civil e no Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 9-10.

⁵ Cfr. JORGE COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade — As empresas no Direito*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 205 e 210.

⁶ A alternatividade contida nas expressões “personalidade colectiva ou jurídica” e “pessoas colectivas ou jurídicas” tem o intuito de esclarecer, por um lado, que não estão em causa pessoas singulares e, por outro, que também estão em causa pessoas jurídicas que não são pessoas colectivas (as sociedades unipessoais por quotas). Cfr., sobre a expressão “pessoa colectiva”, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O levantamento da personalidade jurídica no Direito Civil e no Direito Comercial*, cit., pp. 17 e s., e ainda MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a «desconsideração da personalidade jurídica»*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 68 e s. (nota 2).

ção”, “desconsideração”, “levantamento” — ou “afastamento” — da personalidade jurídica das sociedades comerciais⁷.

2. O afastamento da personalidade jurídica tem origem jurisprudencial. É aplicado desde o século XIX pelos tribunais norte-americanos, onde tomou o nome de “*disregard of the legal entity*” ou “*piercing/lifting the corporate veil*”. Servindo, de início, para responsabilizar pessoalmente os sócios das sociedades de capitais sempre que utilizassem a sociedade para a realização de interesses alheios àqueles que são típicos ao ente social — sempre que “instrumentalizassem” a sociedade —, funcionou durante muito tempo como uma “válvula de segurança” (*safety valve*) do sistema para combater ou sancionar certos comportamentos anti-jurídicos (fraude à lei, ofensa à boa fé, iniquidade).

Foi sendo sucessivamente acolhido nos ordenamentos europeus. Na Alemanha é aplicado desde o princípio do século XX, principalmente no contexto da unipessoalidade societária (originária e superveniente). Mas só em 1955, depois de uma aplicação generalizada pelos tribunais, o professor alemão ROLF SERICK deu um nome à figura: *Durchgriff bei juristischen Person* ou *Mißachtung der juristischen Person*⁸.

O afastamento foi, mais tarde, sistematizado de acordo com duas grandes teorias: a teoria do abuso ou da penetração institucional (*institutionelle Durchgriff*) e a teoria da aplicação da norma ou do fim da norma (*Normzwecklehre*)⁹.

No contexto da primeira, afasta-se a separação entre a sociedade e o sócio sempre que a utilização da pessoa jurídica é desconforme à ordem jurídica, recorrendo-se ao conceito de abuso do direito (*Rechtsmißbrauch*). A desconformidade pode ser concebida como um *abuso subjectivo* (a intenção de realizar fins ilícitos através da pessoa colectiva ou jurídica) ou um *abuso objectivo da forma* ou um *abuso de instituto* (a pessoa colectiva ou

⁷ “Desconsideração” (tradução do termo anglo-americano “*disregard*”) é o termo usado no Direito brasileiro e, segundo JORGE COUTINHO DE ABREU [*Curso de Direito Comercial*, volume II — *Das sociedades*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 176 (nota 32)], também o mais usado em Portugal. “Superação” foi o termo usado por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES (“Venda a descendentes e o problema da superação da personalidade jurídica das sociedades”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1979, III, pp. 513 e s.), mas nunca se vulgarizou. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO começou por usar o termo “penetração” (tradução do termo alemão “*Durchgriff*”) (*Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 1232); depois, abandonou-o, adoptando o termo (mais neutro) “levantamento” (“Do levantamento da personalidade colectiva”, in: *Direito e Justiça*, 1989/90, IV, pp. 147 e s.). Em face da controvérsia gerada, adoptou-se neste texto a fórmula “afastamento”, que, sendo (igualmente) neutra, tem, além disso, a vantagem de ser nova ou, pelo menos, diversa das que costumam ser usadas. É certo que, por isso mesmo, talvez não “soe” tão bem a princípio; a desvantagem desaparecerá naturalmente caso a expressão seja bem recebida e passe a ser utilizada.

⁸ Cfr., neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., p. 1231 (nota 99).

⁹ Cfr., pormenorizadamente sobre a construção levada a cabo pela doutrina alemã, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a «desconsideração da personalidade jurídica»*, cit., pp. 102 e s.

jurídica não é empregue para as funções para que foi concebida), devendo punir-se a transposição dos limites intrínsecos à pessoa colectiva ou jurídica, independentemente da culpa do sujeito que actua. A orientação objectiva apareceu um pouco mais tarde mas foi a que prevaleceu¹⁰.

No contexto da segunda, os concretos problemas do afastamento da personalidade resolvem-se tomando em conta o sentido e a finalidade das normas no quadro do ordenamento jurídico geral. A questão da transposição da personalidade não respeita tanto à personalidade jurídica mas à aplicação concreta das normas: restringe-se a esfera de aplicação da norma que estabelece a personalização por extensão do âmbito de aplicação de um outro preceito, que passa, então, a disciplinar a relação jurídica. Quer dizer: pode haver lugar, em certos termos, a uma redução teleológica das normas que consagram a não responsabilidade dos sócios perante os credores sociais. Contra esta teoria argumentou-se que a personalidade jurídica tem valores próprios, não podendo ser deixada na dependência de meros jogos de normas.

3. Desde o início, a técnica do afastamento da personalidade jurídica foi criticada pela falta de determinação dos pressupostos da sua aplicação e pela (consequente) insegurança jurídica a que dá origem. Há mais de oitenta anos atrás, o conhecido juiz norte-americano BENJAMIN CARDOZO afirmava que o afastamento era uma doutrina “envolvida nas brumas da metáfora” («enveloped in the mists of metaphor»)¹¹. Compreende-se, assim, que se atribua ao afastamento carácter *excepcional* e *subsidiário*: só deve recorrer-se a ele para o efeito de evitar a produção de resultados injustos e iníquos e quando não exista uma solução (legal) mais determinada.

A doutrina alemã reconheceu aquela imprecisão e tentou sistematizar os casos típicos (*Fallgruppen*). De acordo com a classificação mais conhecida, distinguem-se dois grupos de casos: os casos de imputação (*Zurechnungsdurchgriff*) e os casos de responsabilidade (*Haftungsdurchgriff* ou *Durchgriffshaftung*)¹².

No primeiro grupo entram os casos em que determinados conhecimentos, qualidades ou comportamentos dos sócios são imputados à sociedade e vice-versa. Os exemplos são variados: uma pessoa que, por efeito de um trespassse, fica obrigada a não concorrer durante certo tempo com o trespassário viola tal obrigação quando constitui uma sociedade unipessoal com objecto idêntico ao do estabelecimento trespassado; os pais que vendem o estabe-

¹⁰ Como diz MENEZES CORDEIRO (*Manual de Direito das Sociedades*, I — *Das sociedades em geral*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 394), numa primeira fase tudo é posto na dependência das (más) intenções do agente; uma vez conquistado o instituto, este é objectivado, passando a depender da pura contrariedade ao ordenamento jurídico.

¹¹ *Apud* STEPHEN M. BAINBRIDGE, “Abolishing veil piercing”, Harvard Law School, Cambridge (Massachusetts), 2000, p. 36 (disponível em WWW: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=236967>).

¹² Cfr., sobre estes casos, entre outros autores, JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II — *Das sociedades*, cit., pp. 178 e s.

lecimento a uma sociedade constituída por um ou mais filhos violam a proibição da venda a filhos ou a netos sem consentimento dos restantes; um sócio ou grupo de sócios que vende a totalidade ou a maioria das participações sociais pratica um acto equiparável à venda da empresa, devendo aplicar-se o regime da venda das empresas em sentido objectivo (a disciplina da venda de bens onerados e de coisas defeituosas e da obrigação implícita de não concorrência); etc.

O grupo mais frequente é, contudo, o segundo, ou seja, o da ruptura da regra da limitação da responsabilidade ou do afastamento da personalidade para fins de responsabilidade. Estão em causa os actos de confusão ou mistura de esferas jurídicas e de patrimónios (indistinção entre a pessoa e o património da sociedade e as pessoas ou os patrimónios dos sócios), a subcapitalização¹³ (desproporção anormal entre o capital social e o volume de negócios da sociedade¹⁴), o atentado a terceiros (aproveitamento de uma sociedade com o intuito exclusivo de prejudicar terceiros), o abuso do instituto de pessoa jurídica e o domínio no contexto de grupos societários.

4. Recentemente, alguns autores norte-americanos vieram propugnar a abolição do afastamento da personalidade, chamando-lhe “doutrina da disfunção” (*dysfunctional doctrine*). STEPHEN M. BAINBRIDGE, por exemplo, afirma que os padrões são vagos, deixando aos juízes grande discricionariedade e criando insegurança e o aumento dos custos de transacção ou de negociação (*transaction costs*) para as empresas de pequena dimensão; não é certo, por outro lado, que o afastamento acarrete alguma vantagem de natureza social: os juízes estão pouco preocupados com o impacto que a responsabilidade pessoal dos sócios produz na comunidade. Ou seja: a aplicação do afastamento tem custos e não é recompensadora no plano social. Só abolindo o afastamento seria possível ao juiz voltar a atender às questões que realmente interessam: o réu (sócio) praticou algum acto pelo qual deva ser responsabilizado?; cometeu fraude, por força da qual o credor deixou de gozar das garantias com que legitimamente podia contar?; desviou de forma ilegítima fundos da socie-

¹³ Costuma distinguir-se entre “subcapitalização formal ou nominal” (insuficiência de meios próprios mas possibilidade recurso a mecanismos de autofinanciamento ou de financiamento assumido pelos sócios, como, por exemplo, suprimentos) e “subcapitalização material” (insuficiência de meios com necessidade de recurso ao heterofinanciamento, ou seja, ao financiamento por terceiros), só a segunda relevando para efeitos de afastamento da personalidade da sociedade. Além disso, a subcapitalização pode ser originária (quando a insuficiência ocorre logo no momento de constituição da sociedade) ou sucessiva (quando a insuficiência se verifica já depois de constituída a sociedade). Cfr., sobre a subcapitalização e os seus tipos, PEDRO CORDEIRO, *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, pp. 95 e s.

¹⁴ Suponha-se, por exemplo, que é constituída uma sociedade anónima com o capital mínimo de cinquenta mil euros para a construção de uma barragem orçada em milhões: o recurso ao crédito é inevitável, verificando-se a “externalização” do risco (a transferência do risco para terceiros); ora, o lucro é a contrapartida lógica do risco e, por isso, deveria recair (ao menos predominantemente) sobre os sócios. A hipótese é descrita por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (*Direito Comercial*, vol. IV — *Sociedades Comerciais. Parte Geral*, Lisboa, 1993, pp. 61-62).

dade? Segundo o A., este, sim, seria o percurso capaz de conduzir a resultados eficazes¹⁵.

Em contrapartida, há quem (re)exalte o afastamento, salientando que ele está, na realidade, em clara expansão: os juízes estão a aplicar o afastamento com maior frequência¹⁶ e também em novas hipóteses (nas hipóteses de entidades desprovidas de personalidade jurídica). Nesse movimento integra-se DAVID MILLON, para quem o afastamento pode e deve continuar a desempenhar o seu papel fundamental. No que toca, particularmente, às chamadas “sociedades de responsabilidade limitada” (*limited liability corporations*), os sócios gozam da limitação da responsabilidade na medida em que conduzam a sociedade de forma financeiramente responsável; se a sociedade não consegue cumprir as suas obrigações, deve impor-se-lhes a responsabilidade ilimitada. Por mais benéfica que seja a responsabilidade limitada para os sócios e para a comunidade (é um estímulo ao investimento), ela não se concilia com comportamentos ilegítimos. Em caso algum deve permitir-se que a limitação da responsabilidade seja uma oportunidade para os sócios adoptarem comportamentos oportunistas para com os credores sociais, o que significaria transferir para os últimos riscos que eles não acordaram em suportar¹⁷.

Estas são actualmente as duas grandes tendências: abolir o afastamento (ou restringir o seu alcance) ou reconhecer (reforçar) o seu préstimo¹⁸. Há reflexos de ambas na doutrina portuguesa.

5. Em Portugal, o afastamento da personalidade jurídica foi invocado pela primeira vez, tanto quanto se sabe, por FERRER CORREIA, em 1948 (sete anos antes de ROLF SERICK ter baptizado e desenvolvido a teoria). A verdade é que (ainda) hoje não há nenhuma norma de carácter geral que o consagre. Não é fácil, por isso, reconhecer-se-lhe a categoria de instituto jurídico — de instituto jurídico autónomo — e isto repercute-se na sua aplicação (rara). Tentou-se suprir a insuficiência, convocando vários institutos — sem grande sucesso. Os institutos convocados não abrangem todos os casos e são, também eles, imprecisos. O que mais bem se harmoniza com o afastamento

¹⁵ Cfr. STEPHEN M. BAINBRIDGE, “Abolishing veil piercing”, cit., pp. 36 e s. e 71-71, e IDEM, “Abolishing LLC Veil Piercing”, University of California, Los Angeles School of Law, p. 33 (disponível em WWW: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=551724>).

¹⁶ Cfr., neste sentido, IAN M. RAMSAY/DAVID B. NOAKES, “Piercing the corporate veil in Australia”, pp. 22 e 38 (disponível em WWW: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=299488>).

¹⁷ Cfr. DAVID MILLON, “Piercing the corporate veil, financial responsibility and the limits of limited liability”, 2006, pp. 45 e s. e 65 e s. (disponível em WWW: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=932959>).

¹⁸ DOUGLAS G. SMITH [“Piercing the corporate veil in regulated industries”, in: *Brigham Young University Law Review*, 2008, n.º 4, pp. 1165 e s. (disponível em WWW: <<http://papers.ssrn.com/paper>>)] defende uma posição intermédia ou moderada. Segundo o A., existirão áreas em que ambas as correntes reconhecem que um afastamento é desadequado, por existirem regras que visam evitar o tipo de comportamentos que o afastamento reprime, devendo os juízes abster-se aí de o aplicar.

é o *abuso do direito* (cfr. art. 334.º do CC), na modalidade do *abuso institucional* — uma vez que está em causa não exactamente um abuso do *direito* (não o direito de constituir sociedades comerciais ou de exercer actividades por meio delas nem o direito de invocar a separação patrimonial) mas um abuso do *instituto* (a personalidade jurídica das sociedades comerciais ou a separação dos patrimónios).

5.1. Apesar destas dificuldades, a doutrina portuguesa tem mostrado sensibilidade ao tema do afastamento, sobretudo para fins de responsabilidade. O tema foi tratado em monografias, abordado (de forma mais ou menos explícita) em manuais e estudos especializados¹⁹ e, recentemente, objecto de uma dissertação de doutoramento²⁰.

¹⁹ Cfr. para alguns e qualificados exemplos (por ordem alfabética de autores), ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, “O abuso da personalidade colectiva no Direito das Sociedades Comerciais”, in: AA. VV., *Novas tendências da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 7 e s., ANA MARIA PERALTA, “Sociedades unipessoais”, in: AA. VV., *Novas perspectivas do Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 249 e s. (esp. pp. 265 e s.), ANTÓNIO FERRER CORREIA, “A sociedade por quotas de responsabilidade limitada segundo o C.S.C.”, in: *Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 123 e s. (esp. p. 151), IDEM, “O problema das sociedades unipessoais de responsabilidade limitada”, in: *Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, Coimbra, Almedina, 1985, pp. 171 e s. (esp. pp. 209 e s.), e IDEM, *Sociedades fictícias e unipessoais*, Coimbra, 1948, pp. 312 e s. e 321 e s., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Do levantamento da personalidade colectiva”, cit., pp. 147 e s., IDEM, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 283-284, IDEM, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., pp. 1232-1233, IDEM, *Manual de Direito das Sociedades*, I — *Das sociedades em geral*, cit., pp. 375 e s., e IDEM, *O levantamento da personalidade jurídica no Direito Civil e no Direito Comercial*, cit., CATARINA SERRA, “As novas sociedades unipessoais por quotas (Algumas considerações a propósito do DL n.º 257/96, de 31 de Dezembro)”, in: *Scientia Iuridica*, 1997, n.º 265/267, pp. 115 e s. (esp. pp. 137-138), IDEM, *Direito Comercial — noções fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009 (no prelo), e IDEM, *Falências derivadas e âmbito subjectivo da falência*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 121 e s., DIOGO PEREIRA DUARTE, *Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relação de domínio — contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária*, Coimbra, Almedina, 2007, FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, “Sociedades unipessoais por quotas, exercício individual e reorganizações empresariais — reflexões a propósito do regime legal”, in: *Direito das Sociedades em revista*, 2009, n.º 1, pp. 115 e s. (esp. pp. 119 e s.), e IDEM, *A sociedade unipessoal por quotas — Comentários e anotações aos artigos 270.º-A a 270.º-G do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 49 e s. e 116, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Venda a descendentes e o problema da superação da personalidade jurídica das sociedades”, cit., pp. 513 e s., JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II — *Das sociedades*, cit., pp. 176 e s., IDEM, *Da empresarialidade — As empresas no Direito*, cit., pp. 205 e s., e IDEM, *Do abuso de direito — Ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais*, Coimbra, Almedina, 1983, pp. 105-107, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV — *Sociedades Comerciais. Parte Geral*, cit., pp. 57 e s., MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 120-121 (nota 101) e 169 e s. (nota 121), PEDRO CORDEIRO, “A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais”, in: AA. VV., *Novas perspectivas do Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 289 e s., e IDEM, *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, cit., 1994, e RICARDO COSTA, “As sociedades unipessoais”, in: AA. VV., *Problemas do Direito das Sociedades*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 25 e s. (esp. pp. 52 e s.), IDEM, “Algumas considerações a propósito de regime jurídico da sociedade por quotas unipessoal”, in: *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Cató-

Apesar de a opinião dominante (ainda) ser a de que, enquanto não se encontrar um princípio unificador, a figura deve aplicar-se com parcimónia e a título *subsidiário* (quando não puder aplicar-se nenhum outro instituto mais bem definido no plano positivo)²¹, começa a esboçar-se um movimento no sentido de reconhecer alguma autonomia ao instituto. Os caminhos são, contudo, bastante diversos.

PEDRO CORDEIRO, por exemplo, reduz a questão do afastamento da personalidade jurídica à questão da desfuncionalização da responsabilidade limitada («a desconsideração como instituto jurídico autónomo não é um fenómeno relativo à personalidade jurídica, mas sim à responsabilidade limitada»²²). O afastamento respeitaria apenas aos casos de responsabilidade (subcapitalização e mistura de patrimónios) — já que os restantes casos podem ser resolvidos com uma adequada interpretação das normas ou com recurso a institutos jurídicos já conhecidos — e apareceria como instituto autónomo apenas nas “sociedades de responsabilidade limitada” (*rectius*: nas sociedades com sócios de responsabilidade limitada)²³. O A. evoca, em confirmação, o regime do EIRL: «também aí a desfuncionalização do EIRL acarreta a perda da responsabilidade limitada por parte do seu titular, em total similitude com o que acontece nos casos de desconsideração para efeitos de responsabilidade. Ora, sabe-se que o EIRL não é uma pessoa jurídica, mas um património autónomo. Mas daí não se deve retirar qualquer ilação no sentido de negarmos a desconsideração enquanto instituto jurídico. Pelo contrário, o que se verifica é que também outros institutos jurídicos, em que existe uma autonomia patrimonial perfeita, com a consequente limitação de responsabilidade, são passíveis de ser desconsiderados. Existe, pois, um traço comum em todos os institutos jurídicos em que a desconsideração pode ter lugar — a *limitação de responsabilidade*»²⁴.

lica Editora, 2002, pp. 1227 e s. (esp. pp. 1241 e s. e 1264), IDEM, “Desconsiderar ou não desconsiderar”, in: *Boletim da Ordem dos Advogados*, 2004, n.º 30, pp. 10 e s. (disponível em WWW: <http://www.oa.pt/Publicacoes/Boletim/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=19957&idr=2931&ida=19980>), IDEM, “Unipessoalidade Societária”, in: AA. VV., *Miscelâneas*, n.º 1, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 131 e s., e IDEM, *A sociedade por quotas unipessoal no Direito português*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 665 e s.

²⁰ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a «desconsideração da personalidade jurídica»*, cit.

²¹ Na síntese de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO (*A tutela dos credores da sociedade por quotas e a «desconsideração da personalidade jurídica»*, cit., p. 125), por um lado, a realidade que representa a personalidade jurídica da pessoa colectiva, «uma vez reconhecida pelo ordenamento jurídico, não pode ser posta em causa a cada passo, em nome da busca do caso concreto»; por outro lado, «não deve recorrer-se a uma solução que passe pela desconsideração do instituto quando um resultado justo seja possível através do recurso a soluções que resultam da lei (da aplicação de norma interpretada) ou do contrato». Segundo a A., o sacrifício da personalidade faz com a pessoa colectiva venha a ser “desconsiderada” no futuro, por todos os que se relacionem com ela.

²² Cfr. PEDRO CORDEIRO, *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, cit., p. 104.

²³ Cfr. PEDRO CORDEIRO, *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, cit., pp. 104-105 e 171 e s.

²⁴ Cfr. PEDRO CORDEIRO, *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, cit., pp. 175-176 (itálicos do A.).

OLIVEIRA ASCENSÃO discorda desta visão restritiva, alegando que, assim entendido, o instituto não absorveria todas as hipóteses — deixaria de fora as hipóteses de imputação²⁵. O A. sustenta uma visão *funcional* do afastamento: a sociedade e a sua personificação seriam funcionais; seria o facto de a função ter sido atingida que permitiria chegar ao afastamento da personalidade, aproximando a situação do abuso do direito (da referência ao fim económico e social). O afastamento da personalidade seria, assim, a consequência da inobservância da função a desempenhar pela sociedade²⁶.

Também MENEZES CORDEIRO reconheceu, de início, que o afastamento poderia ser explicado pela ideia de função social e económica: a penetração da personalidade jurídica impor-se-ia quando a personalidade jurídica fosse utilizada fora da funcionalidade que levou a lei a estabelecê-la. As construções assentes na função económica e social dos direitos padecem, contudo, de algum formalismo, logo, de pouca eficácia prática. O princípio subjacente é um tanto vazio e não viabiliza determinações em abstracto, obrigando sempre ao apuramento, em cada situação, dos limites do espaço de liberdade concedido pela ordem jurídica e à utilização de todas as dimensões da interpretação²⁷. Seria porventura mais oportuna, neste contexto, a consideração de eventualidades como o *venire contra factum proprium* para verificar quando é de ignorar a separação entre a pessoa colectiva ou jurídica e os seus suportes singulares. Mais até do que a função económica e social, a boa fé poderia desempenhar aqui um papel determinante como princípio²⁸. Em fase posterior, e referindo-se indiscriminadamente aos casos de confusão de esferas jurídicas, subcapitalização, atentado a terceiros, abuso do instituto de pessoa jurídica e domínio no contexto de grupos societários, o A. vem afirmar que é possível reconhecer ao afastamento uma certa autonomia dogmática — enquanto instituto de enquadramento (instituto que reúne em função de pontos de vista ordenativos figuras que, caso contrário, ficariam dispersas)²⁹.

Mais céptica, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO duvida que o afastamento seja um verdadeiro “instituto”: talvez esteja em causa, simplesmente, a tentativa de atingir, em cada caso, o resultado que se afigura como o mais justo³⁰. Segundo a A. — que discorre no contexto das sociedades por quotas —, impõe-se distinguir os casos de imputação e os casos de responsabilidade: a

²⁵ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV — *Sociedades Comerciais. Parte Geral*, cit., p. 70. Um dos primeiros casos discutido nos Estados Unidos da América respeitava à hipótese de qualificação de determinada sociedade como “negra”: os sócios eram de raça negra; poderiam prosseguir, através da sociedade, uma actividade que lhes estava vedada?

²⁶ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV — *Sociedades Comerciais. Parte Geral*, cit., pp. 68 e s.

²⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., pp. 1231-1232.

²⁸ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., p. 1233.

²⁹ Cfr., neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O levantamento da personalidade jurídica no Direito Civil e no Direito Comercial*, cit., pp. 147 e 153, e IDEM, *Manual de Direito das Sociedades*, I — *Das sociedades em geral*, cit., pp. 402-403.

³⁰ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a «desconsideração da personalidade jurídica»*, cit., p. 131.

responsabilização do sócio pelas obrigações sociais não passa necessariamente pelo afastamento da personalidade jurídica da sociedade e pela imputação das obrigações sociais ao sócio, ou seja, não é necessário “fazer desaparecer” a sociedade da relação jurídica estabelecida com terceiros — a sociedade conserva intactas a sua personalidade jurídica e a sua autonomia patrimonial (que não é posta em causa pela responsabilidade de outro ou de outros patrimónios), havendo apenas que impedir o sócio ou os sócios de invocar o “benefício da responsabilidade limitada”³¹. Em conformidade com isto, não existiria um verdadeiro problema de afastamento da personalidade jurídica nos casos de subcapitalização (os sócios nem têm a obrigação jurídica de “capitalização adequada”³²) e nem tão-pouco — ou nem sempre — nos casos de controlo da sociedade por parte de um sócio (já que existem, em princípio, outras soluções aplicáveis e legalmente previstas). Apenas na hipótese de mistura de patrimónios (quando é impossível a reconstituição da individualidade) o afastamento da personalidade jurídica se justificaria, por ser a única solução capaz de assegurar a tutela dos credores sociais — e, ainda assim, apenas no caso de a sociedade se encontrar insolvente³³.

5.2. A jurisprudência foi inicialmente pouco receptiva ao afastamento da personalidade. E, não obstante algumas vezes se ergam desvalorizando as dificuldades³⁴, ainda hoje tem relutância em aplicá-lo³⁵.

Neste contexto, o Acórdão da Relação do Porto de 13 de Maio de 1993 (Relator: FERNANDES DE MAGALHÃES)³⁶ pode ser considerado verdadeiramente precursor: pela primeira vez um tribunal português lançou mão da ideia de afastamento da personalidade para aplicar o disposto no art. 877.º do CC ao trespasse de um estabelecimento comercial feito pelos réus a uma sociedade por quotas constituída por dois dos seus filhos.

³¹ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a «desconsideração da personalidade jurídica»*, cit., pp. 135 e s.

³² Dada a ausência de um dever de realização do capital, CLAUS-WILHELM CANARIS (“Autoria e participação na culpa in contrahendo”, in: *Revista de Direito e Economia*, 1990-1993, 16-19, pp. 38 e s.) nos casos de subcapitalização o incumprimento, por parte dos sócios, de um outro dever (um dever especial de informação: o dever de esclarecimento acerca da subcapitalização) e propugne a solução da responsabilidade dos sócios por culpa in contrahendo. A responsabilidade dependeria, assim, da culpa dos sócios (relevando, em princípio, a autoria e não a mera participação) e seriam protegidos apenas os credores que tiveram motivo para confiar e, por esse motivo, sofreram um prejuízo.

³³ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a «desconsideração da personalidade jurídica»*, cit., pp. 177 e s. e 640-641.

³⁴ Diz, por exemplo, RICARDO COSTA [“Desconsiderar ou não desconsiderar”, cit., p. 14]: «[D]esconsiderar não é tarefa que, se não tiver apoio normativo, deva intimidar, antes impõe que se ofereça ao tribunal a conclusão de que o comportamento abusivo e fraudulento não pode ser tolerado na utilização funcional daquela sociedade ou de que aquela conduta não é substancialmente da sociedade mas antes dos seus sócios (ou ao invés)».

³⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (*Manual de Direito das Sociedades*, I — *Das sociedades em geral*, cit., p. 383) explica a resistência com base no «evitável individualismo da doutrina portuguesa (...) — , pelas contínuas flutuações a que se dá azo».

³⁶ O Acórdão pode ser consultado em *Colectânea de Jurisprudência*, 1993, III, pp. 199 e s.

De entre os acórdãos que se sucederam, salientam-se dois: o Acórdão da Relação de Lisboa de 3 de Março de 2005 (Relator: JOSÉ GIL DE JESUS ROQUE) e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25 de Outubro de 2005 (Relator: HENRIQUE ARAÚJO)³⁷⁻³⁸.

No primeiro aprecia-se a situação em que um sujeito, tendo participação simbólica na sociedade A e na sociedade B (sócia da sociedade A) mas sendo, na realidade, a coberto de sócios fictícios, detentor exclusivo do capital social das duas sociedades, utilizava ambas em proveito próprio. O sujeito, que tinha praticado os actos sempre em nome da sociedade B e nunca em nome próprio, foi qualificado como “homem oculto” e considerado pessoal e subsidiariamente responsável pelas obrigações da sociedade A; a sociedade B e os seus sócios foram qualificados como “homens de palha” e isentados de qualquer responsabilidade. Diz-se expressivamente no Acórdão que é possível penetrar sucessivamente no véu da personalidade jurídica de várias sociedades até atingir quem deva ser responsabilizado.

No segundo acaba por não se aplicar o afastamento. Alega-se que este tem carácter subsidiário e que, em concreto, existiam outros fundamentos legais que permitiam invalidar a conduta do sócio ou da sociedade: os negócios em causa eram, um, ofensivo dos bons costumes e contrário à ordem pública e, outro, simulado; logo, aplicaram-se os arts. 280.º, n.º 2, e 240.º, n.º 2, do CC e declarou-se a respectiva nulidade. Reconhece-se, não obstante, que quando a personalidade colectiva é usada de modo ilícito ou abusivo é possível proceder ao afastamento da personalidade: o princípio da separação de patrimónios e de atribuição da personalidade jurídica às sociedades constitui uma solução de compromisso, um ponto de equilíbrio entre interesses opostos (entre o interesse do sócio e o interesse de terceiros, futuros e potenciais parceiros comerciais da sociedade); é preciso preservar a confiança, a credibilidade e a segurança nas transacções comerciais.

6. O afastamento da personalidade jurídica não deixa de estar presente na lei portuguesa. Um dos casos expressamente regulado — o mais paradigmático — respeita à confusão ou mistura de esferas ou de patrimónios e está associado, por um lado, à situação de unipessoalidade — em que a ocorrência de confusão será mais provável — e, por outro, à insolvência

³⁷ Ambos os Acórdãos podem ser consultados em WWW: <www.dgsi.pt>.

³⁸ Cfr. também, de entre os mais recentes e emblemáticos, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Janeiro de 2007 (Relator: PINTO HESPANHOL), de 26 de Junho de 2007 (Relator: AFONSO CORREIA), de 16 de Outubro de 2008 (Relator: PIRES DA ROSA), de 3 de Fevereiro de 2009 (Relator: PAULO SÁ) e de 19 de Março de 2009 (Relator: PINTO HESPANHOL), os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Junho de 2006 (Relator: MARIA JOSÉ SIMÕES), de 24 de Janeiro de 2007 (Relator: NATALINO BOLAS), de 3 de Outubro de 2007 (Relator: MARIA JOÃO ROMBA), de 16 de Janeiro de 2008 (Relator: MARIA JOÃO ROMBA) e de 28 de Maio de 2008 (Relator: SEARA PAIXÃO) e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Junho de 2009 (Relator: MARIA DE DEUS CORREIA). Todos os Acórdãos podem ser consultados em WWW: <www.dgsi.pt>.

— em que, evidentemente, o problema da tutela dos interesses dos credores se põe com maior intensidade. A solução é a de “retroceder” no tratamento como pessoa jurídica ou como património separado sempre que se verifique que o princípio da separação das pessoas ou dos patrimónios (já) não existe ou (já) não é respeitado. Como se verá, nos casos restantes a solução é tendencialmente a mesma mas nem sempre está na dependência do mesmo circunstancialismo.

6.1. São três os casos normalmente evocados no quadro do Direito das Sociedades Comerciais: os das normas dos arts. 84.º, 501.º e 270.º-F, n.º 4, do CSC.

6.1.1. Prevê-se no art. 84.º do CSC a responsabilidade do sócio único pelas obrigações sociais em caso de insolvência da sociedade: «se for declarada falida uma sociedade reduzida a um único sócio, este responde ilimitadamente pelas obrigações sociais contraídas no período posterior à concentração das quotas ou das acções, contanto que se prove que nesse período não foram observados os preceitos da lei que estabelecem a afectação do património da sociedade ao cumprimento das respectivas obrigações».

A aplicabilidade da norma depende, como se vê, de três requisitos: a unipessoalidade (superveniente)³⁹, o desrespeito pela separação patrimonial e a declaração de insolvência da sociedade. Existe, em suma, como que uma “presunção” da contribuição do sócio, com o seu comportamento ilícito, para a insolvência da sociedade. O objectivo é simultaneamente o de punir o sócio pelos factos antijurídicos (permanência em situação de sócio único e desrespeito pela separação patrimonial) e o de tutelar os interesses dos credores dos prejuízos que daí resultem na hipótese-limite de insolvência⁴⁰.

É razoavelmente pacífico que o art. 84.º do CSC é uma concretização legal do afastamento da personalidade jurídica das sociedades comerciais⁴¹. Simplesmente, a responsabilidade do sócio perante os credores sociais é, em princípio, subsidiária⁴². É irresistível perguntar: será este um verdadeiro caso de afastamento da personalidade jurídica? Em rigor, aquilo que se afasta é *apenas* o benefício da responsabilidade limitada do sócio. Em hipóteses do tipo, alguma doutrina portuguesa tem negado o afastamento da personalidade, com fundamento em que a autonomia patrimonial da sociedade não é afectada pela existência de outros patrimónios responsáveis pelas obriga-

³⁹ Sustenta que a norma se aplica também às situações de unipessoalidade originária MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO (*A tutela dos credores da sociedade por quotas e a «desconsideração da personalidade jurídica»*, cit., pp. 371-372 e 642).

⁴⁰ Cfr., sobre a norma do art. 84.º do CSC, entre outros, CATARINA SERRA, *Falências derivadas e âmbito subjectivo da falência*, cit., pp. 121-125.

⁴¹ Cfr., por exemplo, A. MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., p. 284, e MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a «desconsideração da personalidade jurídica»*, cit., pp. 351 e s. e p. 641.

⁴² Cfr., por todos, A. MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., p. 284.

ções sociais, sobretudo quando o são apenas a título subsidiário⁴³ — é justamente o que acontece nas sociedades em nome colectivo e nas sociedades em comandita, que nem por isso deixam de ser pessoas jurídicas.

A análise da norma e da leitura que dela faz alguma doutrina levam a concluir que a expressão “afastamento da personalidade jurídica” tem porventura um alcance maior do que aquele que é geralmente (ou explicitamente) admitido. Primeiro, o afastamento do benefício da responsabilidade limitada não constitui *apenas* a desaplicação de *uma norma*, constitui a desaplicação de *todo um regime jurídico* — do regime relativo aos tipos de sociedades anónimas ou por quotas, que têm autonomia patrimonial perfeita e não integram sócios de responsabilidade ilimitada. No caso da norma em análise, quando se afasta o regime da responsabilidade dos sócios está a afastar-se, não exactamente a pessoa colectiva ou jurídica (que continua a existir através do conjunto de bens primordialmente responsável), mas um dos aspectos essenciais que identifica e distingue as “sociedades de responsabilidade limitada”. O que se trata, afinal, não é de afastar a personalidade jurídica *qua tale* (o conjunto de características gerais e comuns a todas as pessoas colectivas ou jurídicas), mas de afastar as características específicas que a convertem em *certa* pessoa colectiva ou jurídica — de afastar, em suma, *aquela concreta* pessoa colectiva ou jurídica.

6.1.2. Uma cominação semelhante à do art. 84.º do CSC está prevista para as sociedades coligadas ou sociedades em relação de grupo — grupo constituído por contrato de subordinação e, por remissão do art. 491.º do CSC, grupo constituído por domínio total. A norma do art. 501.º do CSC determina que «[a] sociedade directora é responsável pelas obrigações da sociedade subordinada, constituídas antes ou depois da celebração do contrato de subordinação, até ao termo deste», ou seja, determina a responsabilidade da sociedade directora — ou detentora do domínio total — para com os credores da sociedade subordinada — ou totalmente dominada⁴⁴.

O art. 501.º do CSC está próximo do art. 84.º do CSC no plano das fundamentações: ambos introduzem um desvio ao princípio geral da responsabilidade limitada. Existem, porém, várias diferenças. Abstraindo, desde logo, da natureza da responsabilidade (que é tema controvertido⁴⁵), as maio-

⁴³ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a «desconsideração da personalidade jurídica»*, cit., pp. 137-138 e 208.

⁴⁴ Cfr., sobre a norma do art. 501.º do CSC, entre outros, CATARINA SERRA, *Falências derivadas e âmbito subjectivo da falência*, cit., pp. 175-176.

⁴⁵ Alguns autores afirmam que é responsabilidade subsidiária (cfr., por exemplo, MARIA AUGUSTA FRANÇA, *A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 67); outros recusam tal possibilidade [cfr. MARIA DA GRAÇA TRIGO, “Grupos de sociedades”, in: *O Direito*, I, 1991, p. 93, e FRANCISCO PEREIRA COELHO, “Grupos de sociedades. Anotação preliminar aos arts. 488.º a 508.º do Código das Sociedades Comerciais”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIV, 1988, p. 326 (nota 71)]; outros ainda, considerando as dificuldades da

res localizam-se ao nível dos pressupostos da responsabilidade: a aplicabilidade do regime consagrado no art. 501.º do CSC não depende do desrespeito pelas regras de afectação e separação patrimonial nem da insolvência. Em primeiro lugar, a norma aplica-se em qualquer caso, independentemente dos termos em que ocorreu a gestão da sociedade devedora e ainda quando se prove que tais princípios foram observados — como tem sido apontado, «a responsabilidade estabelecida no art. 84.º parece só querer proteger os credores sociais contra os riscos de *abuso* pelo sócio único do *poder de domínio fáctico*; a responsabilidade do art. 501.º protege os credores da sociedade dominada contra os riscos do *uso lícito* pela sociedade dominante de um *poder legal de direcção*»⁴⁶. Em segundo lugar, a responsabilidade cominada na norma é desencadeada pela simples ocorrência daquela situação de domínio e à margem do estado patrimonial da sociedade.

As diferenças são significativas e dão que pensar: será este verdadeiramente um caso de afastamento da personalidade jurídica das sociedades? Alguns autores respondem negativamente⁴⁷ — nem tanto por causa da diversidade de regimes mas com o argumento de que o conceito de personalidade jurídica das sociedades comerciais é compatível (nos planos histórico, lógico e legal) com a imposição de diferentes regimes de responsabilidade aos sócios. O argumento não parece, por si só, suficiente para recusar a qualificação. Como se disse, não é necessário que a sociedade deixe de ter personalidade jurídica mas sim que ela deixe de ser a pessoa colectiva ou jurídica que era até então, que lhe sejam retiradas uma ou algumas das qualidades que a lei associa àquele modelo de pessoa colectiva ou jurídica.

As particularidades da norma do art. 501.º do CSC relativamente à do art. 84.º do CSC (a desnecessidade de uma conduta censurável por parte dos sócios e da ocorrência da insolvência da sociedade) tão-pouco comprometem a qualificação. Sendo criada uma situação que faça perigar os interesses de terceiros ou que, de alguma forma, modifique a ponderação de interesses subjacente a determinada concepção jurídica, cabe ao ordenamento proceder às alterações necessárias ou convenientes para reconstituir o equilíbrio inicial. Considerou-se que o acto de criação do grupo societário, pelo especial risco a que expõe os interesses dos credores, reclama, por si só, uma alteração deste tipo, devendo impedir-se que a sociedade continue sendo a sociedade originalmente constituída.

6.1.3. Por sua vez, a norma do art. 270.º-F, n.º 4, do CSC estabelece que o incumprimento das regras que regulam o contrato do sócio com a

qualificação, dizem que a resposta deverá obter-se teleológico-casuisticamente (cfr. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 663 e s.).

⁴⁶ Cfr. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, cit., p. 743 (nota 1446) (itálicos do A.).

⁴⁷ Cfr. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, cit., pp. 125 (nota 264) e 667-668 (nota 1293).

sociedade unipessoal por quotas (SUQ) «implica a nulidade dos negócios jurídicos celebrados e responsabiliza ilimitadamente o sócio».

É natural que o legislador português tenha atribuído relevo à previsão do contrato do sócio com a SUQ. Sendo, em princípio, o sócio quem exclusivamente forma e manifesta a vontade da sociedade, não existe a saudável contraposição de interesses de que depende o equilíbrio de todo o negócio jurídico bilateral. Por isso, importa evitar o risco de sucumbência do interesse social ao interesse particular do sócio e dissuadir o sócio de comportamentos que, ao arrepio da função que o legislador reservou para o instituto “sociedade comercial” (de operador autónomo da actividade económica), venham convertê-la em instrumento de realização dos seus planos pessoais e lesar os interesses de terceiros⁴⁸⁻⁴⁹.

As regras que regulam o contrato do sócio com a SUQ reconduzem-se a três requisitos: um requisito material — a adequação do negócio ao objecto social (cfr. n.º 1 do art. 270.º-F do CSC) —, um requisito de forma — a forma legalmente prescrita para o negócio e, em todos os casos, da forma escrita (cfr. n.º 2 do art. 270.º-F do CSC) — e um requisito de publicidade — o patenteamento dos documentos de que consta o negócio em conjunto com o relatório de gestão e os documentos de prestação de contas (cfr. n.º 3 do art. 270.º-F do CSC). Na inobservância delas, o sócio torna-se ilimitadamente responsável. É geralmente admitido que esta responsabilidade é subsidiária, não sendo pacífico se respeita ao negócio em causa ou às obrigações assumidas a partir daí pela sociedade⁵⁰⁻⁵¹.

⁴⁸ Cfr. CATARINA SERRA, “As novas sociedades unipessoais por quotas (Algumas considerações a propósito do DL n.º 257/96, de 31 de Dezembro)”, cit., pp. 137-138.

⁴⁹ Alguma doutrina tem sustentado que a diferença entre o substrato da SUQ e o substrato das demais sociedades (respectivamente unipessoal e pluripessoal) não pode ser considerado inconsequente em matéria de personalização: sendo a personalidade da SUQ um desdobramento da personalidade do único sócio, ela é, em certa medida, apenas relativa, o que implica que os casos de abuso sejam “re-imputações” ao sócio das relações constituídas; mas, como reconhece quem sustenta tal posição, isso não altera significativamente a solução geral do afastamento da personalidade, concretizando-se, quando muito, num mais fácil afastamento e aditando casos à tipologia geral (cfr., neste sentido, FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, “Sociedades unipessoais por quotas, exercício individual e reorganizações empresariais — reflexões a propósito do regime legal”, cit., pp. 120 e s., e IDEM, *A sociedade unipessoal por quotas — Comentários e anotações aos artigos 270.º-A a 270.º-G do Código das Sociedades Comerciais*, cit., pp. 52 e s.).

⁵⁰ Cfr., no primeiro sentido, FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *A sociedade unipessoal por quotas — Comentários e anotações aos artigos 270.º-A a 270.º-G do Código das Sociedades Comerciais*, cit., pp. 115-116, e MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a «desconsideração da personalidade jurídica»*, cit., pp. 391-392. Cfr., no segundo sentido, RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal no Direito português*, cit., pp. 682-683 (nota 890).

⁵¹ Tendo em consideração a dualidade ou ambivalência da posição do sócio das sociedades unipessoais, cabe equacionar a aplicabilidade do regime do “autocontrato” ou “contrato consigo mesmo”. Como é do conhecimento geral, existem duas hipóteses típicas, previstas no n.º 1 do art. 261.º do CC: a do contrato consigo mesmo *stricto sensu* (exemplo: A, procurador de B, agindo em nome de B e em seu próprio nome, vende a si próprio bem pertencente a B) e a da dupla representação (exemplo: A, agindo em nome de B e de C, vende a C bem per-

Quando objecto de interpretação declarativa, a norma do art. 270.º-F, n.º 4, do CSC, tem um alcance um tanto restrito; por isso tem-se defendido a sua extensão teleológica. A ideia é ampliar a sua aplicação a todas as situações em que uma pessoa singular ou colectiva exerce uma actividade empresarial com as vantagens da sociedade unipessoal e adopta comportamentos abusivos e fraudulentos, que extravasam a medida de atribuição de um privilégio condicionado pelo seu bom uso. A norma seria, assim, elevada a norma central da disciplina dos abusos do sócio único no regime da SUQ, para efeito de atribuição de responsabilidade ilimitada ao sócio único. Convoca-se, como argumento fundamental, um regime em que o legislador adoptou uma tomada de posição genérica, envolvendo todos os abusos de separação patrimonial — o regime do estabelecimento individual de responsabilidade limitada (EIRL)⁵².

6.2. No regime do EIRL, encontra-se, com efeito, uma derrogação da regra da responsabilidade limitada — mais precisamente, nas normas dos n.ºs 2 e 3 do art. 11.º do DL n.º 248/86, de 25 de Agosto⁵³. O que aí se dis-

tendente a B). Muito antes de 1996, quando ainda se discutia, *de iure constituendo*, o tema das SUQ, a doutrina portuguesa havia propugnado a inaplicabilidade do art. 261.º do CC, alegando que não havia o antagonismo de interesses que fundamenta a invalidade (anulabilidade) cominada na norma (cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Sociedades fictícias e unipessoais*, cit., pp. 312 e s.). À primeira vista, o princípio da proibição do autocontrato, directamente formulado para o domínio da representação propriamente dita (representação legal e voluntária), abrangia também, pela evidente analogia das situações, o da chamada representação orgânica (cfr. IDEM, *Ibidem*, p. 312). Porém, a razão da norma proibitiva é a de que não é razoável confiar a uma só vontade a representação e a defesa de dois interesses antagónicos, pelo risco de sacrifício injusto que de outra forma um deles teria de suportar. Ora, no contrato do sócio único com a sociedade unipessoal não há verdadeiro antagonismo de interesses (cfr., em sentido contrário, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a «desconsideração da personalidade jurídica»*, cit., pp. 380-381). Sem dúvida o sócio, contratando com sociedade, estabelece sempre o contacto entre duas esferas jurídicas distintas. Mas esta circunstância não pode ser decisiva: pois que interesse prossegue a sociedade unipessoal senão o do sócio único? O regime do contrato consigo mesmo, por um lado, seria insuficiente ou mesmo inútil, pois, sendo estabelecido no interesse do representado, quem poderia arguir a anulabilidade seria a sociedade e não os seus credores; a arguição da anulabilidade, por outro lado, configuraria um *venire contra factum proprium*. Cfr., sobre o contrato consigo mesmo, RAUL GUICHARD, “O negócio consigo mesmo: uma tentativa de justificação de regime legal”, in: *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 2007, n.º 11, pp. 25-74.

⁵² Cfr., neste sentido, RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal no Direito português*, cit., pp. 688-709. Evidentemente, para quem sustenta que o art. 84.º do CSC se aplica também aos casos de unipessoalidade originária, a extensão teleológica da norma do art. 270.º-F, n.º 4, do CSC torna-se dispensável. Pertence a este grupo MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO (*A tutela dos credores da sociedade por quotas e a «desconsideração da personalidade jurídica»*, cit., pp. 371-372, e 642), que, em conformidade, critica aquela extensão (cfr. IDEM, *Ibidem*, p. 404). A extensão tem a vantagem de resolver o problema sem sair do regime especial das SUQ. Seja como for, havendo lugar à extensão teleológica do art. 270.º-F, n.º 4, do CSC ou à aplicação directa do art. 84.º do CSC (e mesmo que não houvesse lugar a nenhuma operação, por não haver norma legal que se prestasse a isso), a solução para os casos em que a SUQ é objecto de utilização abusiva pelo sócio único encontra sempre fundamento na teoria do afastamento da personalidade jurídica.

⁵³ O EIRL terá sido acolhido na lei portuguesa como uma alternativa à SUQ, figura contra a qual se manifestava (e manifesta) alguma doutrina portuguesa (cfr. LUÍS BRITO

põe é determinante para a compreensão do afastamento e a sua delimitação: em caso de insolvência do titular do EIRL (ou do sujeito que exerceu anteriormente a sua gestão) por causa relacionada com a actividade aí exercida, o insolvente responde com todo o seu património pelas dívidas contraídas nesse exercício, contanto que se prove que o princípio da separação patrimonial não foi devidamente observado na gestão do EIRL⁵⁴.

A solução tem, em simultâneo, o propósito repressivo da conduta do sujeito e de tutela dos interesses de terceiros. Como é evidente, apesar das afinidades com o afastamento da personalidade jurídica, a norma não cabe na respectiva categoria, se a interpretarmos restritivamente: não há no EIRL personalidade jurídica susceptível de ser afastada. Mas isto não impede que se veja que está em causa, do mesmo modo, o afastamento da única coisa que é essencial à entidade em causa — a separação patrimonial. Não fica precludida, portanto, a sua inclusão naquela categoria, mais ampla, de afastamento, em que, a despeito da sua designação — de afastamento da *personalidade jurídica* —, o que se atende é à necessidade ou conveniência de destituir determinada entidade de uma ou algumas das suas características ou qualidades específicas. Com esta referência ao EIRL, estão finalmente reunidas as condições para renomear a figura e precisar o seu alcance: o *afastamento da personalidade jurídica ou da autonomia patrimonial*, em que caberia o afastamento das características ou qualidades específicas das sociedades comerciais (e outras pessoas colectivas e jurídicas) bem como dos patrimónios de afectação especial.

6.3. A finalizar, observe-se um regime que tem sido (quase) ignorado pela doutrina portuguesa que tratou a matéria⁵⁵. Trata-se do disposto nos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º do CIRE, no quadro da qualificação da insolvência.

Os n.ºs 2 e 3 do art. 186.º do CIRE consagram presunções (respectivamente, *de iure* e *iuris tantum*) de insolvência culposa: uma vez apurado algum dos factos aí elencado, presume-se que se verificam, em concreto, os dois requisitos fundamentais da insolvência culposa (a culpa qualificada e o nexo de causalidade); não sendo ilidida (quando seja ilidível) a presunção, a insolvência é qualificada como culposa e os sujeitos culpados são expostos a graves sanções⁵⁶.

CORREIA, “A sociedade unipessoal por quotas”, in: AA. VV., *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais — Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. I — *Congresso Empresas e Sociedades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 638).

⁵⁴ Cfr., sobre a norma do art. 11.º, n.ºs 2 e 3, do DL n.º 248/86, de 25 de Agosto, entre outros, CATARINA SERRA, *Falências derivadas e âmbito subjectivo da falência*, cit., pp. 175-176.

⁵⁵ A excepção é MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO (*A tutela dos credores da sociedade por quotas e a «desconsideração da personalidade jurídica»*, cit., pp. 490 e s.).

⁵⁶ A qualificação da insolvência é um incidente oficiosamente aberto em todos os processos de insolvência, excepto no caso de apresentação de um plano de pagamentos aos credores. Visa apurar se a insolvência é fortuita ou culposa (cfr. art. 185.º do CIRE). É culposa quando a situação de insolvência tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação dolosa

Aparentemente, os factos que dão origem às presunções são idênticos aos que, em geral, dão origem ao afastamento da personalidade das sociedades — atente-se, sobretudo, nos previstos nas als. *d)* a *g)* do n.º 2 do art. 186.º do CIRE. Mas o regime é, à primeira vista, insusceptível, de recondução a ele.

Em primeiro lugar — e acima de tudo —, os sujeitos afectados são os gerentes ou administradores, de direito ou de facto, das sociedades e não os sócios (ou, pelo menos, não nesta qualidade), faltando, pois, aquilo que é típico do afastamento: o intuito de punir os sujeitos que constituem o substrato pessoal da sociedade, que formam e manifestam os interesses e a vontade da sociedade (o “homem oculto” atrás do ente societário). Depois, não está em causa exactamente o afastamento da personalidade jurídica da sociedade, mas sim o que podem considerar-se as consequências directas da violação dos deveres fundamentais por parte dos gerentes ou administradores no caso de insolvência da sociedade — sobretudo do dever de lealdade, consagrado no art. 64.º, n.º 1, al. *b)*, do CSC. Por último, a qualificação da insolvência como culposa não dá origem à responsabilidade ilimitada dos sujeitos afectados. O único efeito de carácter patrimonial que sobre eles impende é a perda dos créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente e a condenação na obrigação de restituir os bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos, nos termos do art. 189.º, n.º 2, al. *d)*, do CIRE.

Dúvidas podem, contudo, levantar-se quando um sócio é gerente ou administrador de facto. Nesta hipótese, deixa de poder invocar-se o primeiro argumento referido (passa a estar em causa um sujeito que faz parte do substrato pessoal da sociedade) e tão-pouco pode invocar-se o segundo (o gerente ou administrador de facto, não tendo sido formalmente designado, não estará, em rigor, sujeito aos deveres mencionados nem a qualquer dos deveres típicos dos gerentes e administradores de direito⁵⁷).

Tudo considerado, talvez possa ver-se aqui um afloramento da figura. Continua a faltar a cominação típica destes casos (a responsabilidade ilimitada do sujeito afectado). Mas a verdade é que o efeito patrimonial previsto contribui reflexamente para uma satisfação mais eficaz dos direitos dos credores

ou com culpa grave do devedor ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência (cfr. art. 186.º, n.º 1, do CIRE). Cfr., sobre a insolvência culposa, CATARINA SERRA, “«*Decoctor ergo fraudator*»? — A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) — Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008”, in: *Cadernos de Direito Privado*, 2008, n.º 21, pp. 54 e s., e sobre todo o regime da qualificação da insolvência, IDEM, *O novo regime português da insolvência — uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 52-61 e 94-97.

⁵⁷ Embora haja quem defenda a aplicação, por interpretação extensiva, das normas que consagram estes deveres aos gerentes e administradores de facto (cfr., neste sentido, RICARDO COSTA, Responsabilidade civil societária dos administradores de facto”, in: AA. VV., *Temas societários*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho — Colóquios n.º 2, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 27-43).

da sociedade, o que demonstra que, afinal, também esta solução se preordena à tutela dos interesses de terceiros.

7. Os casos descritos demonstram a necessidade de “desdramatizar” a questão do afastamento da personalidade jurídica. A doutrina tem insistido — porventura demasiado — na necessidade de apurar com precisão os grupos de casos susceptíveis de ser coordenados à categoria (e os que dela devem ser excluídos), quase sempre centrando-se na expressão eleita para a designar⁵⁸. Sem prejuízo do extraordinário esforço que isso constitui e, naturalmente, da sua utilidade, talvez fosse de aliviar a pressão que tal designação imprime, admitindo-se que o afastamento (a superação, a penetração, a desconsideração ou o levantamento) da personalidade jurídica das sociedades comerciais tem uma acepção mais ampla: não estará sempre em causa a personalidade jurídica *qua tale* nem estarão só em causa os entes com personalidade jurídica.

A designação “afastamento da personalidade jurídica” (aditada, como se disse, de uma referência à autonomia patrimonial), poderia — deveria — indicar as operações que, na hipótese de ocorrência de uma modificação gravemente comprometedor dos fins ou da função que corresponde a determinado modelo de entidade⁵⁹, tendessem ao afastamento da entidade em causa, de forma a atingir os sujeitos que compõem o seu substrato. Em conformidade com isto, haveria/haverá afastamento sempre que, por força de circunstâncias imprevisíveis, anómalas ou excepcionais, fosse/seja necessário “subverter” as características essenciais, naturais ou típicas de determinada entidade.

Não se perde a consciência de que, assim definida, a figura se mantém um tanto vaga e imprecisa. Mas isso não pode — não deve — intimidar o julgador. Esta não é — nem será — caso único; há outras “realidades flexíveis” no Direito. A flexibilidade é necessária à realização da justiça e exige mesmo um certo grau de imprecisão⁶⁰.

Quanto à questão de o afastamento ser ou não um instituto entende-se, na senda de MENEZES CORDEIRO, que ele é um “instituto de enquadramento”.

⁵⁸ Paradoxalmente, uma das autoras que com maior profundidade e rigor estudou o tema refere uma definição “despreocupada” do afastamento: a «operação pela qual a personalidade jurídica de uma pessoa colectiva é afastada, retirada» (Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a «desconsideração da personalidade jurídica»*, cit., pp. 67-68).

⁵⁹ No categoria compreendem-se as entidades com ou sem personalidade jurídica, mas sempre com autonomia patrimonial.

⁶⁰ Sob este ponto de vista, talvez até seja vantajosa a ausência de um princípio do afastamento no Direito positivo [cfr., em sentido contrário, REBECCA J. HUSS, “Revamping veil piercing for all limited liability entities; forcing common law doctrine into the statutory age”, in: *University of Cincinnati Law Review*, 2001, n.º 1, pp. 95 e s. [disponível em WWW: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014432> e MOHAMMAD RIZAL SALIM, “Corporate insolvency and the protection of creditors”, in: *UiTM Law Review*, 2007, vol. 3, pp. 143 e s. (disponível em WWW: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1462902>)].

Quer dizer: apesar de, aparentemente, se concretizar em soluções que poderiam derivar da aplicação isolada de outros institutos, ele permite tomar consciência das novas hipóteses que cabem em cada um destes institutos e exige o apuramento deles, de tal modo que, isolada ou articuladamente, possam funcionar como critérios orientadores da resposta aos seus problemas específicos⁶¹.

A desdramatização por que se pugna já foi feita há muito tempo — na realidade, desde o início. É altura de recuperar as palavras (intemporais) de FERRER CORREIA: «[s]aber quando a ideia de separação de personalidades deva ser abandonada, em homenagem aos referidos princípios [da boa fé e do abuso do direito], é problema que só caso a caso poderá resolver-se. Terá aqui um largo papel a desempenhar o prudente arbítrio do julgador, o seu humano sentido da justiça devida às coisas — o seu bom senso. Porque, na verdade, o avaliar das consequências admissíveis da distinção entre personalidade social e individual é, antes de tudo, uma simples questão de bom senso»⁶².

⁶¹ Cfr., também neste sentido, CATARINA SERRA, *Direito Comercial — noções fundamentais*, cit. (no prelo).

⁶² Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Sociedades fictícias e unipessoais*, cit., p. 325.