



TESIS DOCTORAL

**LA INOPORTUNIDAD E INEFICACIA JURÍDICA DE LA MODIFICACIÓN DEL
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SOCIEDAD POR QUOTAS PORTUGUESA
MEDIANTE EL D.L. 33/2011, DE 7 DE MARZO**

ANTONIO JOSÉ PIRES AMADO

PROGRAMA DE DOCTORADO EN ECONOMÍA Y EMPRESA

2019



TESIS DOCTORAL

LA INOPORTUNIDAD E INEFICACIA JURÍDICA DE LA MODIFICACIÓN DEL
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SOCIEDAD POR QUOTAS PORTUGUESA
MEDIANTE EL D.L. 33/2011, DE 7 DE MARZO

ANTÓNIO JOSÉ PIRES AMADO

DIRECTORES: José Antonio Vega Vega (Catedrático de Derecho Mercantil, UEx), y
Luis J. Marín Hita (Catedrático E.U. de Derecho Mercantil, UEx).

AÑO DE LECTURA

2019

DEDICATÓRIA

Um dia alguém escreveu que “O Sonho Comanda a Vida...”, mas esqueceu-se de acrescentar que quando um Homem Sonha, só o faz porque tem alguém a seu lado que, diariamente lhe dá forças e motivos para continuar a sonhar e a lutar.

Por ti, Ângela Maria Amado, e por vós, António Pedro e André Manuel, não desisti de sonhar e acreditar que podia conseguir alcançar o sonho de qualquer Homem que apenas quer alcançar mais conhecimento.

Sem vós não teria conseguido, sem vós não teria significado.

Por vós e para vós, a minha luta e o meu infindável agradecimento sem plavaras...

Por fim Pai, o Prometido é Devido. Descansa agora em Paz, onde quer que estejas.

AGRADECIMENTOS

Nesta VIAGEM longínqua , não posso deixar de agradecer a duas pessoas que, de forma diferente , mas incessante e incansável, não deixaram de acreditar em mim e no que pretendia alcançar.

Com alterações de Departamentos, pelas inúmeras venturas e desventuras que foram ocorrendo ao longo dos anos, e que me fizeram adiar o objectivo traçado e agora alcançado, mas que felizmente foram sendo ultrapassadas, não posso deixar de agradecer ao Professor Jose Antonio Vega Vega, meu primeiro Tutor e Diretor, que aceitando o desafio do tema da presente Tese, me incentivou sempre e sem reservas a alcançar o desiderato pretendido.

Com ele já tinha aprendido a ser metódico, incisivo e conciso, o que me permitiu delinear “*ad initio*” o tema concreto que pretendia desenvolver, investigar, analisar e defender.

A ele, o meu Muito Obrigado por toda a paciência e resiliência demonstrada para com a minha pessoa e pelo incentivo e preciosos ensinamentos técnicos e científicos que nunca deixou de me dar ao longo dos anos, nem mesmo agora no término desta viagem.

Por último, mas não menos importante, uma palavra de apreço e enaltecimento a um Homem que não me permitindo desistir quando o pensei fazer, aceitou sem reservas a Tutoria desta tese, no Departamento a que pertence, já a meio do seu percurso, tendo-me ensinado muito do que se encontra agora aqui vertido.

Investigar, analisar e ponderar o que deveras se tornava mais pertinente demonstrar, chamar à colação aspectos por demais importantes de referenciar, numa condstate luta de investigação, foi um exercício continuo de alguém que nunca me disse não a um qualquer pedido de ajuda ou duvidas que constantemente lhe foram sendo colocadas.

Por tudo isso, o meu MUITO OBRIGADO ao Professor Luis José Marin Hita, pessoa de uma disponibilidade incondicional que, com o seu saber, conhecimento, persistência e amizade, me fez chegar onde cheguei.

RESUMO

O capital social constitui um elemento essencial do direito societário, cuja definição tem gerado alguma controvérsia na nossa doutrina, sendo, inclusivamente, considerado por alguns autores uma “figura misteriosa que exige esforço para a captação da sua natureza”. O principal objetivo desta tese é, questionando tudo e aceitando todos os pontos de vista opostos, mas quanto a nós, e até prova em contrário, suscetíveis de refutação, demonstrar que a alteração legislativa realizada pelo Decreto-Lei nº. 33/2011, publicado em 7 de março de 2011, que alterou o Código das Sociedades Comerciais portuguesas, adotando medidas para simplificar o processo de constituição de sociedades limitadas, é inócuo e não tem base legal, pondo em causa a aplicabilidade e eficácia dos institutos legais de natureza civil e fiscal que, se essa mudança não tivesse ocorrido no nosso sistema legal, não apenas salvaguardaria os interesses de outros, mas também os interesses pessoais dos próprios comerciantes. A utilização da desconsideração da personalidade jurídica das pessoas jurídicas coletivas, bem como do instituto jurídico da reversão legal nas dívidas tributárias, decorrente da cobrança em sede de execução fiscal dos tributos, deixa de fazer sentido quando da inexistência de capital social e a eventual inexistência de bens pessoais dos sócios de uma sociedade limitada (já que esta mudança legislativa é o que está permitindo e incentivando), não permitirá a possibilidade de sua aplicação prática e sua efetividade legal.

Nestes termos, considerando a análise das origens dogmáticas da desconsideração da personalidade jurídica das pessoas coletivas, do instituto da reversão em sede de execução fiscal e suas várias teorias, bem como a apreciação dos argumentos jurisprudenciais e doutrinários que contribuem para os debates em curso sobre estas questões, e tendo em conta a análise do tratamento e receção pela doutrina portuguesa e jurisprudência destes mecanismos, tentaremos também, analisando alguns casos relacionados com a lei portuguesa sobre este assunto, fazer uma abordagem do ponto de vista de outras jurisdições europeias, especialmente Espanha e Itália, entre outros, tentando demonstrar, finalmente, a ineficiência e inadequação da alteração legislativa ao Código das Empresas Comerciais acima mencionada, propondo soluções legislativas alternativas.

Palavras Chave; Capital Social, Desconsideração da Personalidade Jurídica, Reversão em sede de Processo de Execução Fiscal

RESUMEN

El capital social es un elemento esencial del derecho de sociedades, cuya definición ha creado cierta controversia en nuestra doctrina, e incluso considerada por algunos autores como una "figura misteriosa que requiere esfuerzo para captar su naturaleza".

El objetivo principal de esta tesis es, cuestionando todo y aceptando todos los puntos de vista opuestos, pero en cuanto a nosotros, y hasta que se demuestre lo contrario, susceptibles de refutación, demostrar que el cambio legislativo llevado a cabo por el Decreto Ley nº 33/2011, publicado el 7 de marzo de 2011, que modificó el Código de Sociedades Comerciales portugués mediante la adopción de medidas para simplificar el proceso de incorporación de sociedades de responsabilidad limitada, resulta inocua y carente de fundamento jurídico, poniendo en tela de juicio la aplicabilidad y eficacia de los institutos jurídicos legales, la naturaleza civil y fiscal que, si no hubiera sido este cambio en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo salvaguardaría los intereses de los demás, pero incluso los intereses personales de los propios comerciantes. El uso de la figura de levantamiento del velo corporativo de las personas jurídicas colectivas, así como el instituto jurídico de la reversión legal de las deudas tributarias, resultantes de aplicación forzada de impuestos, deje de tener sentido cuando la no-existencia de capital social y la no existencia eventual de los activos personales de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada (ya que este cambio legislativo es lo que está permitiendo y alentando), no permitieren la posibilidad de su aplicación práctica y de su eficacia jurídica.

En estos términos, el análisis de los orígenes dogmáticos del levantamiento del velo corporativo, de la reversión en la aplicación del impuesto y sus diversas teorías, y que cubre los argumentos jurisprudenciales y doctrinales que contribuyen a los debates en curso sobre estos temas, y a continuación, tratar la recepción por la doctrina y la jurisprudencia portuguesa de estos mecanismos, analizando algunos casos relacionados con el derecho portugués sobre este tema, tentaremos hacer un planteamiento desde el punto de vista de otras jurisdicciones europeas, especialmente España e Italia, entre otros, intentando demostrar, por fin, la ineficacia e inadecuación de la modificación legislativa al Código de Sociedades Mercantiles que se mencionó antes, proponiendo soluciones legislativas alternativas .

Palabras Clave; Capital Social, Levantamiento del Velo, Reversão en proceso ejecutivo, Execucion tributária

SUMMARY

Social capital is an essential element of corporate law, and its definition has generated some controversy in our doctrine, being considered by some authors as a "mysterious figure who takes effort to capture its nature"

The main objective of this thesis is, questioning and accepting any opposing views, but as for us, and until proven otherwise, liable to refutation, demonstrating that the legislative change undertaken by Decree Law n° 33/2011, published on 7 March 2011, which amended the Portuguese Commercial Companies Code by adopting measures to simplify the incorporation of limited companies process proves innocuous and devoid of legal foundation, putting into question the applicability and effectiveness of legal juridical institutes, of civil and tax nature, if there hasn't been this change in our legal system, not only safeguarded the interests of others, but inclusive personal interests of traders themselves. The use of the figure of disregard of legal entity of legal persons as well as, the institute of legal reversal for tax debts, headquartered in tax enforcement, stop making sense when the non-existence of social capital and the eventual non-existence of personal assets of the social partners of a limited company (as this legislative change is allowing and encouraging), cut off the possibility of their practical application and legal effectiveness.

Accordingly, analyzing the dogmatic origins of the disregard of legal entity, the reversal of tax enforcement headquarters and its various theories, covering the jurisprudential and doctrinal arguments that contribute to the ongoing discussions on these topics, and treating then the reception of these mechanisms by portuguese doctrine and jurisprudence, focusing on the analysis of relevant cases treated on Portuguese law, we will make then an approach to the issue from the perspective of other European jurisdictions, especially Spanish and Italian, among others, trying to demonstrate, finally, the ineffectiveness and inexpediency of the above referenced legislative amendment to the Portuguese Commercial Companies Code, by proposing some alternative legislative solutions.

Keywords; Capital Stock, Disregard of legal personality, Reversion in executive process, Tax Execution

LA INOPORTUNIDAD E INEFICACIA JURÍDICA DE LA MODIFICACIÓN DEL
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SOCIEDAD POR QUOTAS PORTUGUESA
MEDIANTE EL D.L. 33/2011, DE 7 DE MARZO

**A INOPORTUNIDADE E INEFICÁCIA JURIDICA DA ALTERAÇÃO DO
REGIME JURIDICO DA SO CIEDADE POR QUOTAS PORTUGUESA
MEDIANTE O D.L. 33/2011, 07.03-**

Índice

Siglas e Abreviaturas Utilizadas.....	19
Introdução.....	23
PARTE I.....	29
CAPITULO I.....	29
O CAPITAL SOCIAL.....	29
1. Noção e âmbito de aplicação do Capital Social.....	29
2. Princípios basilares sustentadores da Noção de Capital Social.....	37
3. Sua consagração histórica em Portugal.....	52
4. Dicotomia Doutrinal sobre Capital Social versus Património Social.....	54
5. A(s) função(ões) do Capital Social.....	55
5.1. Alternativas à Função de Garantia do Capital Social perante os Credores Sociais.....	79
6. Abolição da figura do capital social.....	101
7. O capital social no ordenamento jurídico europeu.....	103
CAPITULO II.....	117
A SOCIEDADE POR QUOTAS.....	117
1. Das Sociedades por Quotas.....	117
1.1 Antecedentes Históricos.....	118
1.2 A Sociedade Por Quotas em Portugal e o Seu Regime Legal.....	121
1.3. Meio de Limitação da Responsabilidade da Sociedade e dos Sócios.....	122
1.4. Capital Social na Sociedade Por Quotas.....	125
1.5. Das Deliberações nas Sociedades Por Quotas.....	130
1. 6 A Sociedade Por Quotas no Direto Comparado.....	133
2. A Sociedade Unipessoal no Direito Comparado face à Internalização da Décima Segunda Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias (Diretiva 89/667/CEE) e da Directiva 2009/102/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Setembro de 2009).....	155
3. A Sociedade Unipessoal em Portugal.....	178
4. Sobre o EIRL (/ Estabelecimento individual de Responsabilidade Limitada) ...	183
5. Sobre as categorias de Unipessoalidade Societária.....	188
CAPITULO III.....	191
O D.L. N°33/2011, DE 07 DE MARÇO.....	191
1. A Inovação imposta face ao Empreendedorismo.....	191
2. As Medidas Inovadoras da Alteração Legislativa.....	194
2.1. Livre fixação do capital social.....	194

2.2. O Património Social como garante dos credores.....	195
2.3. Da Função de Garantia, do Capital Social	197
2.4. . Das Entradas até final do primeiro exercício económico da sociedade.	199
2.5. Demais alterações.....	200
PARTE II.....	203
CAPITULO I.....	203
A Desconsideração da Personalidade Juridica das Pessoas Coletivas	203
1. Enquadramento Dogmático	203
2. Breves Considerações gerais	205
3. A Desconsideração nas Sociedades de Responsabilidade Limitada	206
4. Casos típicos de recurso à Desconsideração da Personalidade Juridica.....	211
5. Breves conclusões sobre a Desconsideração	225
CAPÍTULO II.....	229
ANÁLISE HISTÓRICA DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO PORTUGUES E NO DIREITO COMPARADO.....	229
1. Introdução	229
2. A Contribuição fundamental do Direito Norte-americano	230
3. A Introdução do Durchgriff no Direito Alemão.....	234
4. A Teoria da Desconsideração da personalidade Jurídica na Inglaterra	237
5. O Direito Francês face à Desconsideração da Personalidade Juridica	239
6. O Direito Italiano e “ Il Superamento della personalita giuriduca”	240
7. A opção, no Brasil, pelo Principio da Separação	242
8. A Doutrina do Levantamiento Del Velo de La Personalidad Juridica em Espanha 250	
9. A Disregard na Argentina.....	254
PARTE III	261
CAPÍTULO I.....	261
O INSTITUO DA REVERSÃO FISCAL FACE À RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA TRIBUTÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS .	261
1. Breves Considerações gerais	261
2. A Responsabilidade Subsidiária Tributária no Ordenamento Jurídico Português 265	
3. Sua Evolução Histórica no Ordenamento Jurídico Português.....	270
4. Regime Legal Vigente	272
4.1 O âmbito subjetivo e objetivo da responsabilidade subsidiária tributária dos gerentes/administradores.....	273

4.2 Gerência de direito e gerência de facto - A sua relação com o ónus da prova	275
4.3 Âmbito objetivo – art. 24º da LGT.....	277
4.3.1 Alínea a) do art. 24º da LGT	277
4.3.2. Alínea b) do art. 24º da LGT.....	281
5. Natureza da Responsabilidade Subsidiária Tributária.....	284
5.1 Responsabilidade Subsidiária Tributária como fiança legal	284
5.2 Responsabilidade subsidiária tributária como responsabilidade civil extracontratual	285
5.3 Responsabilidade subsidiária tributária - figura típica do Direito Fiscal	287
6. O enquadramento normativo da reversão fiscal nos EIRL.....	288
CAPÍTULO II.....	293
PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA REVERSÃO FISCAL	293
1. Natureza e caracterização do Instituto da Reversão Fiscal.....	293
2. Pressupostos da Reversão Fiscal	295
3. Marcha processual	297
3.1 Audiência prévia	297
3.2 Meios de defesa.....	302
4. A Reversão no Processo de execução fical Espanhol.....	303
CAPÍTULO III	309
A REVERSÃO DAS MULTAS E COIMAS.....	309
1. A Responsabilidade subsidiária dos administradores ou gerentes pelas multas e coimas	309
2. As diferentes posições da Doutrina	310
3. A Evolução Jurisprudencial.....	317
4. Tomada de posição	323
5. Breves considerações finais.....	326
CONCLUSÃO.....	331
BIBLIOGRAFIA	339
Legislação, Regulação e Jurisprudência	414
Supremo Tribunal Administrativo	415
Webgrafia.....	418

Siglas e Abreviaturas Utilizadas

Ac.(s) Acórdão (s)

Art. (arts.) - Artigo(s)

BBTC - Banca Borsa i Titoli di Credito

BJS - Bulletin Joly Sociétés

BMJ - Boletim do Ministério da Justiça

BOA- Boletim da Ordem dos Advogados

BV - Besloten Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid

C.c. - Codice Civile Italiano

CC – Código Civil

CA - Companies Act

CCiv - Código Civil Português

CEJ - Centro de Estudos Judiciários

Cfr. - Confrontar

CPA - Código de Procedimento Administrativo

CPC - Código de Processo Civil

CIRC Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas

CPCI - Código de Processo das Contribuições e Impostos

CPPT - Código de Procedimento e Processo Tributário

CPT - Código de Processo Tributário

CRP- Constituição da República Portuguesa

CSC - Código das Sociedades Comerciais

CTF- Ciência e Técnica Fiscal

Dir. - Dirigido por

DL - Decreto-Lei n.º

DR - Diário da República

EBOR - European Business Organization Law Review

ECR - European Court Review

ECFR - European Company and Financial Law Review

Ed. - Edição

FDUP - Faculdade de Direito da Universidade do Porto

GmbH - Gesellschaft mit beschränkter Haftung

IS – Instituto de Seguros

IRN- Instituto dos registos e Notariado

LGT- Lei Geral Tributária

LGT – Ley General Tributária

LGP – Ley General Presupuestaria

LPA - Les Petites Affiches

LRJAPPAC Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común.

LSA – Lei das Sociedades Anónimas

LTC - Lei do Tribunal Constitucional

MoMig - Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen

MP – Ministério Público

N.º - Número

Ob. cit. - Obra citada

Op. cit. opus citatum/ opere citato, obra citada

P. (pp.) - Página(s)

Proc. - Processo

QGC – Quadernidi Giurisprudenza Commerciale

RD - Récueil Dalloz

RDerS - Revista de Derecho de Sociedades

RDM - Revista de Derecho Mercantil

RDS - Revista de Direito das Sociedades

RevSoc - Revue des Sociétés

RG Relação de Guimarães

RGIT- Regime Geral das Infrações Tributárias

RJIFNA -Regime Jurídico das Infrações Fiscais não Aduaneiras

RL Relação de Lisboa

RMBCA - Revised Model Business Corporation Act

ROA Revista da Ordem dos Advogados

ROC - Revisor Oficial de Contas

RP Relação do Porto

RS - Rivista delle Società

SA - Sociedade Anónima

SARL - Société à Responsabilité Limitée

SAS - Société Anonyme Simplifiée

SC - Sociedade em Comandita Simples

SLNE - Sociedad Limitada Nueva Empresa

SNC - Sociedade em Nome Colectivo

SNC Sistema de Normalização Contabilística

SPE - Societas Privata Europaea

SPRL - Société Privée à Responsabilité Limitée

SQ - Sociedade por Quotas

Ss. - Seguintes

STA Supremo Tribunal Administrativo

STJ Supremo Tribunal de Justiça

TC Tribunal Constitucional

TCAN Tribunal Central Administrativo Norte

TCAS Tribunal Central Administrativo Sul

TJCE - Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

UCP Universidade Católica Portuguesa

UG - Unternehmergeellschaft

UM - Universidade do Minho

Vd. - Vide

v. g. - verbi gratia, por exemplo

Introdução

O grande objetivo desta tese visa, sobretudo, questionando e aceitando quaisquer teses antagônicas, mas, quanto a nós, e até prova em contrário, passíveis de refutação, demonstrar que a alteração legislativa levada a cabo pelo Decreto lei nº33/2011, publicado em 7 de Março de 2011, que veio alterar o Código das Sociedades Comerciais ao adotar medidas de simplificação do processo de constituição das sociedades por quotas, se revela inócua e desprovida de fundamento legal, colocando em causa a aplicabilidade e eficácia jurídica de institutos jurídicos, de natureza civil e fiscal que, se não tivesse ocorrido esta alteração no nosso ordenamento jurídico, salvaguardavam não apenas os interesses de terceiros/credores, mas inclusive os interesses pessoais dos próprios comerciantes.

O recurso à figura da desconsideração da personalidade jurídica das pessoas colectivas e bem assim, o instituto jurídico da reversão por dividas tributárias, em sede de execução fiscal, deixam de fazer sentido quando a inexistência de capital social e a eventual inexistência de património pessoal dos sócios de uma sociedade por quotas (pois esta alteração legislativa é isso que vem permitir e fomentar), coartarem a possibilidade da sua aplicação pratica.

Foi nesse sentido que a presente proposta de tese tomou forma, uma vez que, enquanto juristas, fiscalistas de profissão e investigadores por natureza, nos questionámos seriamente sobre se a oportunidade das alterações legislativas societárias levadas a cabo pelo supra mencionado diploma legal, no que à sociedade por quotas diz respeito, e em concreto, no que à “ inexistência” de capital social mínimo exigível para a sua constituição, poderá colidir com alguns dos institutos jurídicos mais importantes e controversos do nosso ordenamento jurídico, nomeadamente e em concreto, a “desconsideração da personalidade jurídica das pessoas coletivas” e o instituto da “reversão“ em sede de execução fiscal.

O Direito Comercial leva-nos, então, face a uma aparente e inconsequente alteração legislativa, a um dos tipos societários existentes no nosso ordenamento jurídico – sociedade por quotas -, a questionar a existência, ou melhor, a eficácia jurídica e consequente aplicabilidade dos institutos jurídicos acima referenciados, a essas mesmas sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, quando, verificada a inexistência

de capital social próprio assumido na sua criação, a mesma se revelar sinónimo imediato de inaplicabilidade de ambos os institutos, se a inexistência de capital social e património próprios fôr patente, e bem assim, a conseqüente inexistência de quaisquer bens dos sócios em causa, que, face à possibilidade de criação de uma empresa sem capital social que possa garantir o cumprimento das suas obrigações societárias e tributárias perante terceiros, leve os mesmos a optar por não ter quaisquer bens ou património, também em nome próprio.

Tal desiderato não teria sido por nós proposto se, por exemplo, tivéssemos assistido a uma alteração legislativa semelhante à ocorrida em Espanha, que através da lei 14/2003, de 27 de dezembro, intriduziu, entre outras novidades, o subtipo das sociedades de capital, que denominou de sociedade limitada de formação sucessiva, e que, à semelhança da alteração ocorrida em Portugal, também este tipo societário pode ser constituído sem exigência de capital mínimo inicial¹.

Contudo, cabe referir que as sociedades limitadas em Espanha têm na génese da sua constituição, a exigência de um capital mínimo de €3.000,00 euros, sendo apenas este subtipo societário que não exige o mencionado capital social mínimo para a sua constituição.

Aliás, outro subtipo societário espanhol foi criado pelo mesmo diploma legal, a saber sociedade Nova Empresa, similar à nossa Sociedade de Empresa na Hora, onde o foque principal incide no recurso às novas tecnologias para a sua criação e estas continuam mantendo a exigência de um capital social mínimo de €3.000,00 para a sua constituição².

Dai que o tema que constitui a base desta tese se apresente como uma problemática atual no regime jurídico das sociedades comerciais, nomeadamente das sociedades por quotas (SQ), figura importante no âmbito do nosso regime jurídico societário, pelo que, dada a manifesta importância que o mesmo revela, nos propomos a destrinchá-lo.

¹ Cfr. VEGA VEGA, José António, *Sociedades de Capital*, Colección manuales uex-2ª edición, 2014, 25-31

² O Professor VEGA VEGA, José António, na sua obra *Sociedades de Capital*, salienta e bem: “ 7. *Subtipos de la sociedad de responsabilidad limitada son la sociedad limitada de formación sucesiva (art. 4 bis LSC) y la sociedad nueva empresa (arts. 434 a 454 LSC), que tienen por finalidad facilitar la creación de este tipo de sociedades, no exigiendo un capital mínimo inicial, en el primer caso, y aprovechando las nuevas tecnologías en el segundo.*”, 29 in fine.

Pese embora o capital social não seja, de todo, um tema atual, na medida em que tem sido abordado na doutrina ao longo das últimas décadas, foi, com efeito, com a entrada em vigor do DL n.º 33/2011, de 7 de março, que os efeitos económicos da capitalização livre das sociedades por quotas se repercutiram na realidade jurídica portuguesa. Vimos, assim, criada pelo legislador, a possibilidade de as sociedades serem criadas sem fundos que as permitam concretizar convenientemente o seu objeto social.

Aliada a esta subcapitalização encontram-se vários meios de responsabilização dos sócios, gerentes ou administradores, transversais à responsabilidade limitada subjacente às sociedades de capitais, sendo esta um dos princípios fundamentais do direito societário e um incentivo ao empreendedorismo, cuja derrogação não deve ser efetuada sem reflexão em torno do caso concreto.

Na verdade, esta limitação da responsabilidade, quando aproveitada de forma extrema, consubstancia a adoção de condutas potencialmente danosas que não seriam assumidas se a responsabilidade fosse ilimitada, utilizando-a como se se tratasse de um escudo protetor mascarado pela personalidade coletiva da sociedade e que, atuando através desta, originam situações de abuso de direito. Não se pretende com isto dizer que a responsabilidade deveria, por sua vez, ser ilimitada, até porque, considerando que mais de 90%³ do tecido empresarial português está associado a sociedades por quotas e sociedades anónimas (SA) onde a responsabilidade é limitada, tal seria um entrave à constituição de sociedades quando os sócios respondessem ilimitadamente com o seu património pelas dívidas sociais.

Deste modo, o objetivo primordial atinente a configurar meios de responsabilização é tutelar os interesses dos credores sociais, dada a externalização do risco na esfera jurídica destes, o que se consubstancia na assunção do risco de uma atividade que não exploram, ainda que este esteja intrinsecamente ligado ao exercício do comércio.

Importa, assim, no âmbito do nosso estudo, primeiramente atender quer à noção de capital social, que por exemplo, em Espanha, nas sociedades de responsabilidade limitada, é definido como “... *representa la summa de aportaciones económicas que realizan los socios y que constituye el valor contable y teórico de la suma de*

³ Esta percentagem foi o resultado do tratamento dos dados fornecidos pelo sítio www.racius.com (consultado a 10/03/2017), nomeadamente no que concerne à tipologia de sociedades constituídas no presente ano e no ano de 2016.

participaciones sociales (*cf.* Arts.4 y 58 LSC)....”⁴ , quer aos princípios que o estruturam e às funções que tradicionalmente lhe são (ou eram) atribuídas. Cumpre tecer algumas considerações sobre a descrença na função de garantia, doutrinalmente e noutros tempos considerada a função rainha do capital social e que para nós ainda assim permanece. Será precisamente neste âmbito que será analisada a manutenção de um regime de capital social mínimo em vários tipos societários, como a sociedade anónima, a sociedade cotada em bolsa ou a sociedade bancária, entre outras que merecerão a nossa atenção, pelo facto de o legislador, posteriormente à entrada em vigor do DL n.º 33/2011, ter aumentado o capital social mínimo de uma panóplia de sociedades quando afirmou, no diploma supra, que tal regime se mostrava desajustado e sem adequação à realidade pois não cumpria com a função de garantia que lhe era atribuída.

Desta forma, verificaremos que, embora muito em voga há algumas décadas, a tendência tem sido, sobretudo, desprezar a figura do capital social e adotar outras formas de financiamento da sociedade que sejam transversais à estipulação legal de um regime de capital social mínimo. Desde logo porque a estipulação de um valor mínimo que não atenda às especificidades do objeto social e às necessidades respetivas poderá mostrar-se suficiente para umas e insuficiente para outras. Poder-se-ia optar por um valor elevadíssimo para colmatar a crítica anteriormente levantada, mas nesse caso sempre se levantaria uma outra: um valor excessivamente alto limitaria o empreendedorismo.

Para que possamos ter uma melhor perspectiva da questão que aqui se encontra em causa, teceremos algumas notas de direito comparado, nomeadamente com vista a perceber a visão dos Estados Unidos da América (EUA) quanto à supressão do regime do capital social mínimo, e de alguns países da Europa na adoção de novos tipos de sociedades, confrontando desta forma com o previsto no ordenamento jurídico societário português. Neste sentido, revela-se de particular importância atender às formas de tutela dos credores sociais com a supressão do capital social mínimo, tendo em consideração a desconfiança generalizada no seu regime da garantia e à sua índole prática, como é o caso, por exemplo, da exigência pelos credores de outras garantias reais ou pessoais dos sócios, na medida em que esta exigência não se encontra ao

⁴ VEGA VEGA, José António, *Sociedades de Capital*, Citada, pág.280 e 281

alcance de todo e qualquer credor, mas somente àqueles doutrinariamente designados por “credores fortes ou voluntários”.

Contudo, será mister atender às especificidades desses meios de tutela, os quais, na maioria das vezes, se apresentam como verdadeiros desvios à responsabilidade limitada inerente aos sócios.

No entanto, e posteriormente, importará ressaltar a bondosa intenção do legislador na promulgação do DL n.º 33/2011, o qual, pretendendo aproximar-se das atuais legislações europeias (a francesa, por exemplo, com a adoção de um regime de capitalização livre, e a alemã e a espanhola, com a criação de um novo tipo de sociedade de responsabilidade limitada), consagrou o regime de capital social livre para responder às necessidades de fomentação do empreendedorismo. Não obstante, foi mantido pelo legislador o restante regime jurídico do capital social, no qual encontramos a previsão de princípios e funções que se destinam, ainda que de forma indireta, a tutelar os particulares interesses dos credores e que, agora, não se coadunam bem com a natureza e com as intenções do capital social livre.

Para além do anteriormente exposto, serão tecidas algumas considerações sobre as soluções fornecidas pela doutrina como via paralela ao regime do capital social livre, nomeadamente através da criação de um novo subtipo de sociedade por quotas, solução descurada pelo legislador aquando da aprovação do DL n.º 33/2011.

De todo o exposto iremos tentar dar como pacificamente aceite, a inoportunidade da alteração legislativa levada a efeito, sem salvaguarda das situações e dos institutos jurídicos que iremos tentar elencar como passíveis de poder ter sido salvaguardados, à semelhança do que aconteceu em outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente como no caso do ordenamento jurídico espanhol.

PARTE I

CAPITULO I

O CAPITAL SOCIAL

1. Noção e âmbito de aplicação do Capital Social

A temática associada à definição de capital social encontra-se, nos dias de hoje, imensamente abordada pela doutrina, quer nacional quer estrangeira. Não obstante, consideramos que, atendendo ao fito do nosso estudo, se torna necessário aludir às ambiguidades que encerra, contrapondo-a com a definição de património social que, não raras vezes, é confundida ou entranhada na primeira.

Ora, e como se verifica de grosso modo na letra da lei, o legislador não definiu capital social, remetendo para a doutrina para a concretização do conceito que avançou para a criação de noções mais ou menos complexas, as quais nos propomos a destrinçar com vista à plena compreensão do objeto em estudo, porquanto, tal como nos refere Ernesto Simonetto ⁵(1956, p. 48), este conceito é fundamental para compreender a realidade societária.

Fácil seria se partíssemos simplesmente do conceito de capital social de uma sociedade de responsabilidade limitada, entendido por Vega Vega, na sua obra *Sociedades de Capital*, como “... desde una perspectiva jurídica el capital social de una sociedad limitada es una cifra contable del passivo que sirve para retener valores en el activo...”.⁶ Mas não será assim tão linear, como iremos ver ao longo deste trabalho.

Porém, previamente a essa destrinça, entendemos pertinente tecer uma breve nota nesta matéria: focamo-nos no facto de, durante algum tempo, os conceituados do Direito

⁵ SIMONETTO, Ernesto, - “Concetto e composizione del capitale sociale”, In *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, Anno LIV, gennaio-febbraio.1956

⁶ VEGA VEGA, José António, *Sociedades de Capital*, citada, pág.279

terem renegado o capital social por julgarem que este conceito incidia, na sua plenitude, na área económica e, portanto, perante esta ideia, seria aos profissionais da Economia a quem estava incumbida a criação de uma noção de capital social.

Sem mais, recorria-se, frequentemente, às definições economistas deste instituto, até se verificar que a predita definição não preenchia o conceito que o capital social detinha no meio jurídico-societário^{7 8}, sendo, desta forma, necessária a criação de um conceito jurídico de capital social⁹. Neste sentido, e tal como decorre do art. 9.º, n.º 1, al. f), do CSC, deve constar dos estatutos da sociedade o capital social da mesma^{10 11}.

Na verdade, “... *A obrigatoriedade da existência e menção, no contrato de sociedade (e nos actos e documentos das relações externas da sociedade: cfr. O art. 177.º) do montante do capital social tem a sua razão de ser na extrema importância das funções que este desempenha....*”¹² e que mais adiante desenvolveremos.

Contudo, e derivado da inexistência de uma definição legal de capital social, a doutrina jurídica tradicional tem optado por definir este instituto com base em quatro vertentes:

⁷ É mister, quanto a este aspeto, realçar a intenção legislativa disposta no art. 9.º, n.º 1, al. f), do CSC. Referimo-nos ao facto de o legislador apenas obrigar a presença do capital social no contrato de sociedade no caso de uma sociedade de capitais (no nosso ordenamento jurídico incidimos, especialmente, nas sociedades por quotas e sociedades anónimas), excetuando, na própria alínea, as sociedades em nome coletivo (SNC) em que os sócios contribuam apenas com indústria. Desta forma, e sendo as sociedades de capitais sociedades de responsabilidade limitada, parece-nos que o legislador pretendia que o capital social agisse “[c]omo contrapartida da limitação da responsabilidade” (Castro, 1998, p. 282), intenção esta meramente desvanecida, atendendo que, atualmente, os esforços se têm reunido não para manter o capital social, mas para eliminá-lo. Neste sentido, refere Machado (2010, p. 681), que aqueles que defendem que o que o capital social “é o preço a pagar pela responsabilidade limitada” são aqueles que, também, são a favor da sua manutenção (tradução nossa). Assim como esta, todas as traduções no âmbito do presente estudo são da nossa autoria.

⁸ Nos melhores ensinamentos de Domingues (2004, p. 32), a noção de capital social fornecida pelos economistas não acautelava a realidade societária “porque a perspectiva do economista é absolutamente distinta da do jurista: aquele analisa o capital tendo em conta fundamentalmente os problemas atinentes à produtividade e à produção da empresa, enquanto na análise deste relevam sobretudo a constituição e conservação de um fundo de bens que garanta os credores”.

⁹ Não obstante, não queremos com isto afirmar que na abordagem deste instituto se deve afastar, por completo, os ensinamentos da área económica, os quais são, como refere Domingues (2007, p. 168), “da maior utilidade e auxílio para a compreensão da figura, no âmbito jurídico”.

¹⁰ CASTRO, C. O. (1998), “Alguns apontamentos sobre a realização e a conservação do capital social das sociedades anónimas e por quotas,” In *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Volume XII, Tomo I, Universidade Católica Editora.

¹¹ MACHADO, Francisco Soares – *Effective creditor protection in private companies: mandatory minimum capital rules or ex post mechanisms?* In RDS, II:3-4 (2010)..Coimbra: Almedina, Pp. 681 – 718

¹² CORREIA, Miguel J.A. Pupo, *Direito Comercial.Direito da Empresa*, 10.ª ed.Edinforum, Lisboa,, 2007, pág.204,

a) como elemento numérico contabilístico; b) como resultado da soma das entradas dos sócios; c) como cifra formal e abstrata; d) e subdividindo o capital social em capital nominal e em capital real.

- O Capital social como elemento numérico contabilístico

No que concerne à primeira vertente, isto é, ao entendimento desta figura como um elemento numérico contabilístico, há que salientar o facto de o capital social estar inscrito no passivo ¹³ da sociedade, nomeadamente do lado direito do balanço, não constituindo, no entanto, uma dívida da sociedade para com os sócios. A justificação para esta circunstância é de natureza bastante simples: evitar que o valor correspondente ao capital social retorne à esfera pessoal dos sócios, como se estivesse em causa uma distribuição de lucros ou uma dívida da sociedade para com estes ^{14 15}. Assim sendo, o objetivo inerente à inscrição no lado direito do balanço será a solução encontrada para reter, no ativo da sociedade, os bens suficientes para cobrir a cifra em questão ¹⁶.

De acordo com Domingues¹⁷, o capital social “ao constar do lado direito do balanço (...) constitui-se como uma «cifra de retenção» (...) ao impedir a distribuição de bens aos sócios (e a conseqüente diminuição do activo), se não houver, no activo, um fundo patrimonial cujo valor exceda aquela mesma cifra”.¹⁸

¹³ PITA, M. A., “Apontamentos sobre capital social e património nas sociedades comerciais,” In *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. II, 1.ª Edição, Coimbra Editora.2011 Segundo os ensinamentos de Pita (p. 502), o “[p]assivo é uma obrigação presente da entidade proveniente de acontecimentos passados, da liquidação da qual se espera que resulte um exfluxo de recursos da entidade incorporando benefícios económicos”.

¹⁴ Ainda que de forma minoritária, há quem na doutrina defenda que o capital social espelha uma dívida da sociedade para com os sócios, na medida em que estes podem, se estiver em causa a liquidação do património social, “reclamar e exigir o pagamento da sua contribuição para o mesmo” (Domingues, 2004, p. 36). Não obstante este entendimento, somos a favor do abraçado pela doutrina maioritária, ou seja, neste caso estamos perante a quota de liquidação que o sócio tem direito a receber no caso de dissolução da sociedade. Esta quota irá corresponder proporcionalmente à sua participação social atendendo ao património líquido da mesma (Domingues, 2004, p. 36).

¹⁵ DONO, J., “Algumas questões em torno do capital social,” In *Direito e Cidadania*, Ano VI, N.º 19, janeiro a abril, Gráfica do Mindelo.2004.
No mesmo sentido decorre este autor.(p.199)

¹⁶ CUNHA, Paulo Olavo, *Direito Empresarial para Economistas e Gestores*, Coimbra: Almedina.2014
No mesmo sentido vide Cunha (p. 170)

¹⁷ DOMINGUES, Paulo de Tarso, “Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções”, BFDUC, *Studia Iuridica*, 33, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2004.pág.37

No sentido desta interpretação, surge também e desde logo, Oliveira Ascensão, ao definir o capital social como “... a expressão em escudos das entradas iniciais dos sócios...”¹⁹, não deixando contudo de referir em seguida “... Mas a figura é bastante misteriosa e exige esforço para a captação da sua natureza....”²⁰

- O capital social como soma das entradas dos sócios

Quanto ao entendimento do capital social como a soma das entradas dos sócios, verificamos que dentro desta corrente coabitam duas aceções: uma aceção material e uma aceção formal. A primeira considera que a figura do capital social é constituída pelas entradas dos sócios quer estas sejam em dinheiro ou em espécie. Na verdade, na senda de Simonetto, “...a aceção material incide, sobretudo, no carácter concreto e real do capital...”²¹. Aliás, Miguel Pupo Correia refere claramente “...é que o capital social, por definição, representa o valor das entradas dos sócios, ou seja, o valor dos meios patrimoniais que estes quiseram investir, arriscar na criação da sociedade; e o património líquido representa o valor patrimonial de que a sociedade é titular num dado momento....”²².

No entanto, Domingues²³ considera esta solução “absolutamente inaceitável”, na medida em que realizando o sócio uma entrada em espécie e esta for, posteriormente, alienada, segundo esta aceção tal implicaria uma redução proporcional do capital social o que, de acordo com o Autor, não é uma solução viável.

Não obstante, somos a discordar desta posição do Autor, na medida em que o dinheiro resultante da alienação entraria nos cofres da sociedade, não sendo assim, como refere Paulo Domingues²⁴, necessário proceder à redução proporcional do capital social.

Por sua vez, a segunda aceção defende que a predita figura será um montante numérico, isto é, “será o valor em dinheiro [das] (...) entradas no momento da constituição da

¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira,- *Direito Comercial, vol. IV, Sociedades comerciais*, Lisboa, 1993 ,pag.154

²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira,- ob.cit., pag.154

²¹ SIMONETTO, Ernesto, “Concetto e composizione del capitale sociale”, In *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, Anno LIV, gennaio-febbraio.1956

²² CORREIA, Miguel J.A. Pupo, - *Direito Comercial.Direito da Empresa*, 10.ª ed.Edinforum, Lisboa, 2007

²³ DOMINGUES, Paulo de Tarso,-“Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções”, ob.cit.pág.38

²⁴ DOMINGUES, Paulo de Tarso,-“Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções”, ob.cit.pág.38

sociedade”²⁵. Esta aceção apresenta algumas incongruências, desde logo se o sócio contribuir com indústria. Importa, antes de mais, clarificar que a entrada em indústria, também designada de entrada com serviços, é a entrada em que o sócio contribui para a sociedade com o seu trabalho, físico ou intelectual, ou com as suas capacidades técnicas que poderão reverter para a sociedade vantagens especiais. Neste caso, a predita entrada não irá ser contabilizada no valor do capital social e, deste modo, este não irá refletir, de forma precisa, o total da soma de todas as entradas dos sócios.

É necessário referir que o capital social não é determinado pelas entradas dos sócios, verificando-se o oposto, ou seja, são as entradas dos sócios que se destinam a cobrir o montante do capital social²⁶, sendo que podem mesmo ser superiores ao próprio capital social. Paulo Domingues²⁷ ressalva mesmo que os sócios podem contribuir “com uma importância superior à sua participação social, o que, a verificar-se, determinará necessariamente a desigualdade (...) entre a cifra do capital social e a quantia resultante da soma das contribuições dos sócios”.

- O capital social como um valor numérico formal e abstrato

No que tange à vertente de o capital social ser um valor numérico formal e abstrato, esta, segundo Paulo Domingues²⁸, é a que reúne maiores adeptos²⁹. Nesta ótica, este instituto é entendido como um valor numérico abstrato, na medida em que não tem de refletir, necessariamente, o valor real³⁰. Para além disso, segundo esta vertente, o predito valor numérico é inalterável. Ora, e como já foi previamente mencionado, o

²⁵ DONO, J., “Algumas questões em torno do capital social”, In *Direito e Cidadania*, ob.cit. 2004,pág.199

²⁶ BLANCO, A. P. (1973), “La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”, In *Studia Albornotiana* (dirigidos por Evelio Verdera y Tuells), XVI, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.

Neste sentido, Blanco (pp. 30-31) indica que a lógica a sublinhar nesta questão é o timing, isto é, antes de os sócios contribuírem para a sociedade, é estipulado, a priori, um valor, o qual, a posteriori, será tido em conta para realizar a sua entrada, até que fique coberta na totalidade a cifra do capital social inicialmente estabelecida.

²⁷ DOMINGUES, Paulo de Tarso,-“*Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*”, ob.cit,4.pág.42

²⁸ DOMINGUES, Paulo de Tarso,-“*Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*”, ob.cit.pág.43

²⁹ No mesmo sentido, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, - *Curso de Direito Comercial – Vol. II – Das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2016

³⁰ GORÉ, F., “La notion de capital social,” In *Études ofertes à René Rodière*, pp. 85-98, Editions Dalloz.1981. Segundo Goré (1981, p. 86), o valor do capital social será uma “representação puramente figurativa”.

capital da sociedade deve ser, tendencialmente, estável. No entanto, existem situações expressamente previstas na lei, como o aumento de capital (arts. 87.º a 89.º do CSC) ou a redução do mesmo (arts. 94.º a 96.º do CSC), que invalidam a definição fornecida por esta vertente ³¹ ³². Não obstante, os defensores desta corrente tendem a distinguir o capital social do património societário³³, com vista à plena compreensão da noção supra referida, matéria que abordaremos mais à frente mas que se deixa agora, aqui, brevemente referenciada.

Neste âmbito, o património é perspectivado em três instâncias: como património global, como património ilíquido e como património líquido. É considerado como património global a esfera quer dos direitos quer das obrigações de que a sociedade seja titular, suscetíveis de serem pecuniariamente avaliadas ³⁴. Será património ilíquido apenas os elementos que constam do ativo ³⁵ da sociedade, ou seja, nesta instância descarta-se o passivo. Por sua vez, e contrariamente à última vertente, será considerado como património líquido, sendo esta a instância a ressaltar na utilização do termo “património”, o valor do ativo após lhe ser descontado o passivo.

Contrapondo agora o capital social com o património, observamos que, por seu turno, este é um valor real, observável, enquanto o capital é, segundo Paulo Domingues ³⁶, “uma entidade puramente formal, um puro nomen iuris”. Há ainda quem defenda que o

³¹ ANTUNES, José A. Engrácia, - “*A redução do capital por extinção de ações próprias*”, *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 6, Ano 3, Coimbra, Almedina, Outubro 2011
.De acordo com este autor (p. 584), “o capital social funciona como uma espécie de fronteira meramente ideal ou «imaginária» (...), que poderá ser deslocada para cima [aumento de capital (...)] ou para baixo [redução de capital (...)]”.

³² A este propósito, cfr. VENTURA, Raúl, *Alterações do contrato de sociedade*, Comentário ao código das sociedades comerciais, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

³³ MACHADO, Francisco Soares – *Effective creditor protection in private companies: mandatory minimum capital rules or ex post mechanisms?* ob.cit, Pp. 681 – 718

³⁴ E, portanto, na senda de Cunha (2014, p. 171), deverão “expressar-se numa mesma unidade monetária”.

³⁵ PITA, M. A., “Apontamentos sobre capital social e património nas sociedades comerciais”, In *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. II, 1.ª Edição, Coimbra Editora.2011
É entendido como ativo os recursos de que a sociedade seja detentora e que sejam resultado de acontecimentos passados, com vista a que produzam para a sociedade futuros benefícios económicos (p. 501).

³⁶ DOMINGUES, Paulo de Tarso, - “*Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*”, ob.cit.pág.45

capital social é um conceito jurídico, ao invés do património que deve ser olhado como um conceito económico ³⁷.

Pese embora não consideremos que esta vertente seja a correta para relatar a melhor definição de capital social, a doutrina foca outra questão que, atualmente, e como já mencionámos anteriormente, está em desvanecimento. Refere então a doutrina maioritária que esta noção não conserva os direitos dos credores sobre o capital social, na medida em que este não age, sendo uma cifra abstrata, como garantia de satisfação de créditos no caso de insolvência da sociedade.

De facto, e temos de perfilhar esta posição, esta noção não defendia os interesses dos credores societários porquanto estes não poderiam estar dependentes de um valor meramente ideal, mas sim de um valor real. Desta forma, e tal como indicava J. Dono ³⁸, “[a] garantia dos credores (...) [teria] de ser, necessariamente, um fundo patrimonial, um conjunto de bens suscetíveis de penhora e não um mero ideal como concebe e propõe esta doutrina” ³⁹. Neste sentido pugnam também

- O capital social como capital nominal e capital real

No que respeita à vertente do capital social como capital nominal e capital real, tem considerado a doutrina, posição da qual perfilhamos, que esta figura, quando analisada tendo em conta a perspetiva do nosso ordenamento, deve ser encarada em duas óticas inseparáveis: o capital social nominal e o capital social real.

Já Oliveira Ascensão alertava que “... *Pode-se perguntar se o capital social se identifica com a noção económica de capital, como meio de produção. É verdade que resulta de aforro, e foi afectado para proporcionar a formação de uma estrutura de produção. Mas basta que o capital seja um número, um valor, para mostrar que as*

³⁷ CUNHA, Paulo Olavo, *Direito Empresarial para Economistas e Gestores*, Coimbra: Almedina.2014. Neste sentido, enquanto para os juristas o património é encarado como um conjunto de direitos e de obrigações suscetíveis de avaliação em dinheiro, Cunha (p. 171) indica que “[p]ara os economistas, contudo, prevalece a ideia de conjunto de elementos e valores (incluindo os créditos e as dívidas) utilizados pelas entidades no exercício da sua atividade ou sujeitos a uma gestão unitária e afetos a determinado fim”.

³⁸ DONO, J., “Algumas questões em torno do capital social”, In *Direito e Cidadania*, ob.cit.,pág.201

³⁹ No mesmo sentido, vide Domingues (2004, ob.cit.pp. 45-46).

noções não se identificam. Apenas se poderá dizer que o capital social exprime tendencialmente o valor do investimento inicial realizado... »⁴⁰

É pertinente alertar que a letra da lei não é clara quanto à utilização do vocábulo “capital social” e, neste âmbito, a doutrina considera que se deve ter em conta qual o sentido do normativo em análise. Desta forma, ao atentar no estatuído, por exemplo, no art. 95.º do CSC, quanto à redução do capital social, observamos que, *in casu*, o legislador pretendeu cingir-se à aceção formal previamente abordada, isto é, ao capital social como um elemento “inalterável” e previsto no pacto social.

Por sua vez, noutras normas como o art. 35.º do CSC, o legislador parece referir-se ao capital social como se se cingisse aos bens da sociedade, ou seja, ao património desta.

Neste âmbito, é necessário aludir aos ensinamentos de Paulo Domingues ⁴¹, ao referir que “uma cifra (...) não se perde, pelo que a lei, quando ali se refere à perda do capital social, está claramente a significar uma massa concreta de bens, um fundo patrimonial, porque este, sim, é que pode perder-se, como consequência das vicissitudes da actividade empresarial” ⁴².

O capital social nominal será, portanto, a cifra inscrita no lado direito do balanço e que será coberta pelo capital real, ou seja, pelos bens da sociedade que perfaçam o valor do capital nominal ^{43 44 45}.

Posto isto, é mister ressaltar a noção fornecida por J.C.Abreu ⁴⁶, que identifica o capital social como a “cifra representativa da soma dos valores nominais das participações sociais fundadas em entradas ou dinheiro e/ou espécie”.

⁴⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira,- *Direito Comercial, vol. IV, Sociedades comerciais*, ob.cit.,pag.159

⁴¹ DOMINGUES, Paulo de Tarso,-“*Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*”, ob.cit.pág.49.

⁴² Cremos, assim, que o próprio legislador confunde capital social com património social.

⁴³ No mesmo sentido, vide Dono (2004, ob.cit. p. 201) e SIMONETTO, Ernesto, “Concetto e composizione del capitale sociale”In *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, Anno LIV, gennaio-febbraio.1956 p. 51.

⁴⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Volume II, 4.ª Edição, Almedina., 2014.

De acordo com Abreu (2014, p. 445), “[s]erá contudo correcto dizer que o capital social real coincide com o património social líquido equivalente ao capital social nominal”.

⁴⁵ DOMINGUES, Paulo de Tarso,-“*Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*”, BFDUC, ob.cit.pág.53.

2. Princípios basilares sustentadores da Noção de Capital Social

Se, como vimos, encontrar uma noção de capital social é uma tarefa ambígua, não será de menor precisão a de sublinhar os princípios que sustentam esta figura, dada a diversidade de apreciações doutrinárias encontradas.

Torna-se desde já curial referir que os princípios basilares que comumente encontramos na doutrina para sustentar a definição de Capital Social e sobre os quais discorrermos em seguida, não são, na sua totalidade, idênticos ao que a doutrina jurídica espanhola preconiza, pois tal como discorre o Professor José António Vega Vega, na sua obra *Sociedades de Capital*:

“...La ordenacion legal del capital se fundamenta en los siguientes principios:

1.º Determinación: ...

2.º Unidad: ...

3.º Capital mínimo : ...

4.º Integridad: ...

5.º Desembolso total: ...

6.º Realidad: ...

7.º Estabilidad: ...”⁴⁷

Sendo que, a acrescer a estes princípios de ordem geral, acrescem outros de natureza especial tendentes a procurar uma efectiva correlação entre Capital e Património, mas que para já não escusamos de elencar na sua plenitude.

- Princípio da Determinação

⁴⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Volume II, 4.ª Edição, Almedina, 2014, pág. 444

⁴⁷ VEGA VEGA, José António, *Sociedades de Capital*, citado, pág. 280 e 281

Tal como anteriormente mencionámos, o capital social deve constar (estar determinado) nos estatutos da sociedade ⁴⁸, por força do estatuído no art. 9.º, n.º 1, al. f), do CSC, com as exceções também já referidas.

O nosso Código das Sociedades Comerciais (“CSC”) consagra, na alínea f), do n.º 1, do artigo 9º, as sociedades com capital social obrigatório.⁴⁹

Esta situação verifica-se não só no nosso ordenamento jurídico, mas também na Ley de Sociedades de Capital espanhola, cujo Artículo 23.º, al. d), sobre os Estatutos sociales, exige que “nos estatutos que hão-de reger o funcionamento das sociedades de capital deve constar o capital social, as participações ou as ações (...)”.

De igual modo se verifica no Code de Commerce francês, cujo art. L223-2 prevê que “o montante do capital social da sociedade está fixado nos estatutos (...)”, no § 3 n.º 3 da GmbH-Gesetz alemã, que estipula que “os estatutos devem conter (...) o montante de capital social”, e bem assim também o Codice Civile italiano no art. 2328.º, n.º 4, o qual prevê que “os estatutos devem ser redigidos através de escritura pública e nele deve constar o montante do capital subscrito e pago”.

Por este facto, se o legislador considera esta figura como um elemento essencial no contrato, no caso em que a sua previsão não se verifica torna-se necessário imputar as devidas consequências.

Neste âmbito, e conforme podemos comprovar pelo estatuído no n.º 1, do art. 41.º, do CSC, se o capital social não constar do pacto e tal for arguido antes do registo do mesmo, é causa de invalidade tendo em conta as normas relativas aos negócios jurídicos nulos ou anuláveis previstas no CC.

Se, eventualmente, após o registo dos estatutos, se constatar que o instituto em análise não foi incluído no mesmo, há que diferenciar dois regimes, designadamente o regime atribuído às sociedades por quotas, às sociedades anónimas e às sociedades em comandita por ações, e o regime das SNC e SCS. Neste último aplicar-se-ão, também, as disposições previstas no CC para os negócios jurídicos nulos ou anuláveis, mas, no entanto, deve-se ressaltar o disposto no art. 43.º, do CSC.

⁴⁸ CASTRO, C. O. (1998), “Alguns apontamentos sobre a realização e a conservação do capital social das sociedades anónimas e por quotas”, *In Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Volume XII, Tomo I, Universidade Católica Editora.

⁴⁹ PITA, M. A., “Apontamentos sobre capital social e património nas sociedades comerciais”, *In Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, ob.cit.

Segundo o n.º 1 do art. 42.º ex vi n.º 2 do art. 43.º do CSC, e também do n.º 3 deste artigo, estando em causa a falta de previsão do capital social no contrato no caso de uma SNC ou SCS, este vício é sanável por deliberação dos sócios tomada tendo em consideração as normas previstas para as deliberações sobre a alteração do contrato⁵⁰.

Por sua vez, o mesmo não se verifica quanto às sociedades por quotas, anónimas e comandita por ações. Para estas é obrigatória a presença do capital social nos estatutos da sociedade, sendo que, se tal não ocorrer, como se depreende da al. b), do n.º 1, do art. 42.º, pode ser arguida a nulidade do contrato de sociedade, nos termos do art. 44.º, visto que este vício não é sanável, tal como podemos aferir pelo n.º 2, do art. 42.º, à contrario.

- Princípio da Unidade

Para relacionar o princípio da unidade com a figura do capital social, é mister analisar a letra da lei, nomeadamente a al. f), do n.º 1, do art. 9.º, do CSC, na qual se observa que o legislador, ao referir-se ao capital social, define-o como um só, de existência única, porquanto utiliza a expressão “O capital social (...)” e não “Os capitais sociais”.

No mesmo sentido, a título exemplificativo, se pode referir o n.º 5, do art. 3.º, do CSC, quando menciona “75% dos votos correspondentes ao capital social”. Também o art. 42.º, n.º 1, al. b), ao mencionar “do capital da sociedade (...)”, e bem assim, o art. 197.º ao indicar que “o capital está dividido em quotas (...)”, todos do CSC. Na mesma senda encontra-se o art. 201.º do CSC, o qual refere que “o montante do capital social (...)”. No que concerne às SA veja-se o art. 288.º n.º 1 quando refere “1% do capital social (...)” ou ainda o art. 341.º n.º 1, ambos do mesmo diploma, na parte em que indica “até ao montante representativo de metade do capital social”.

Desta forma, observamos que, e tal como menciona Paulo Domingues⁵¹, “[n]ão é possível (...) fazer referência no pacto a dois ou mais capitais sociais; [devendo] a sociedade (...) ter um capital social único”, atenta a singularidade da figura.

- Princípio da Publicidade

⁵⁰ Desta forma, e tal como prevê o n.º 1, do art. 44.º, do CSC, estando em causa um vício sanável, a ação de declaração de nulidade do contrato não poderá ser proposta sem que, previamente, a sociedade seja interpelada para saná-lo num prazo de 90 dias.

⁵¹ DOMINGUES, Paulo de Tarso, -*Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*. BFDUC, ob.cit.pág.62.

Este princípio, tal como refere Paulo Domingues, não se encontra explanado nos ensinamentos doutrinários, mas resulta, segundo este, da preocupação do legislador que se encontra inclusivamente refletida na letra da lei.

Segundo Paulo Domingues ⁵², o legislador toma várias medidas no sentido “de tornar público e dar a conhecer o capital das sociedades, sobretudo das sociedades de capitais” como, por exemplo, sujeitar o pacto social a registo comercial, nos termos dos arts. 18.º, n.º 5 e 166.º do CSC e art. 3.º, n.º 1, al. a) do Código do Registo Comercial (CRC), o que confere à sociedade, conforme o art. 5.º do CSC, personalidade jurídica.

Desta forma, verificamos que se o capital é um dos elementos essenciais do contrato, na medida em que se encontra previsto no art. 9.º do CSC e este está, por sua vez, sujeito a registo comercial pelo art. 3.º, n.º 1, al. a), do CRC, então este está sujeito à publicidade atribuída ao próprio estatuto da sociedade ⁵³.

Parece-nos no entanto, neste caso, que o capital social é publicitado, mas o objetivo não é, a priori, dar a conhecê-lo, mas sim o contrato de sociedade. Deste modo, estamos perante um ato principal que é publicitar os estatutos, que abarca todos os elementos neles previstos e que, por consequência, são publicitados.

Não obstante, o capital social é um dos elementos que tem de estar presente em todas as comunicações externas das sociedades por quotas, anónimas e comanditas por ações, ou seja, para além do registo há ainda a obrigatoriedade de o dar a conhecer em determinados atos societários, nomeadamente “em todos os contratos, correspondência, publicações, anúncios, sítios da Internet e de um modo geral em toda a actividade externa”, nos termos do art. 171.º, n.os 1 e 2, do CSC. Se este preceito for violado pelas sociedades, há lugar a ilícito de mera ordenação social, punido, de acordo com o n.º 2, do art. 528.º, do CSC, com coima de valor entre os €250 a €1.500.

Ora, não se entende que estas medidas do legislador tenham outro objetivo senão o de publicitar e dar a conhecer o capital social, pelo que, cremos, existe uma associação entre este princípio e a função de garantia.

⁵² DOMINGUES, Paulo de Tarso, *-Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*, BFDUC, ob.cit.pág.63.

⁵³ Note-se que, estando em causa uma sociedade de capitais, o contrato deve ser publicado num endereço de acesso público da Internet (www.publicacoes.mj.pt) (art. 167.º, n.º 1, do CSC e art. 70.º, n.º 2, do CRC), previsto e regulado pela Portaria n.º 590-A/2005, de 14 de julho, incumbindo à sociedade o suporte dos custos da publicação, nos termos do art. 71.º do CRC. Para um maior aprofundamento sobre a matéria, vide Domingues (2004, pp. 63-65).

- Princípio da Estabilidade

De acordo com este princípio (considerado como fundamental na regulamentação deste instituto), o capital social é uma cifra fixa e estável (ao contrário do património social, que sofre oscilações durante a vida da sociedade), sendo permitido, em determinadas e pontuais situações, que o mesmo sofra variações. Parece-nos, portanto, e contrariando assim a doutrina defensora deste princípio, que só se poderia considerar como fixo e estável aquilo que é inalterável e não aquilo que se pode alterar sob determinadas circunstâncias.

A isso, na nossa perspetiva, não se titula de estável, nem de variabilidade condicionada e nem de fixidez, porquanto consideramos que não se poderá considerar como fixo algo que é mutável. Para além do disposto, referem os apoiantes deste princípio que o capital social apenas poderá ser alterado quando respeitadas determinadas condições, para que se protejam, desta forma, os interesses quer dos sócios quer de terceiros ⁵⁴.

Por outro lado, há quem defenda, nomeadamente A.P.Blanco ⁵⁵, que este princípio é um corolário do princípio da determinação (anteriormente explanado), não sendo, por conseguinte, um princípio autónomo.

Segundo o Autor, se neste princípio se incide sobretudo nas variações a que o capital social possa estar sujeito quando este já se encontra determinado nos estatutos, então estamos perante o princípio da determinação, designadamente pelo facto de o capital social inicialmente determinado poder sofrer oscilações (vide Paulo Domingues, 2004, p. 68).

Estas oscilações derivam do aumento ou redução que o capital social inicial e previsto nos estatutos pode sofrer. Considera-se aumento de capital a operação que vise dotar a sociedade dos meios financeiros para que esta, por exemplo, prossiga o seu objeto social ou se expanda. Este aumento está sujeito a deliberação dos sócios, conforme estipula o n.º 1, do art. 85.º, do CSC, tomada em conformidade com o disposto para cada tipo de

⁵⁴ De acordo com o mesmo Autor, os sócios são os principais interessados na estabilidade do capital porquanto, a priori, este reflete a posição em que os mesmos estarão dentro da sociedade tendo em conta o valor da sua entrada, como o próprio direito de quinhão nos lucros que será, também, proporcional à entrada. No que tange aos interesses de terceiros, verificamos que Domingues (2004, p. 67), cingiu-se apenas aos credores sociais, os quais, naquela data, se encontravam, ainda que idilicamente, protegidos pela função de garantia que era atribuída ao capital social.

⁵⁵ BLANCO, A. P. (1973), “La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”, In *Studia Albortiana (dirigidos por Evelio Verdura y Tuells)*, ob.cit, pag,53

sociedade. A alteração ao contrato deve ser reduzida a escrito, nos termos do n.º 2 do predito artigo.

As observações anteriores revelam particular importância se em causa estiver a modalidade de aumento de capital por novas entradas em que a sociedade é dotada dos meios financeiros para que lhe seja possível prosseguir o seu objeto social. Neste caso, o aumento operará por alteração ao pacto social através de deliberação dos sócios com as menções e maioria legalmente exigidas. Estas novas entradas poderão ser realizadas em dinheiro ou em espécie ⁵⁶. É relevante sublinhar que o aumento de capital por novas entradas não opera quando não esteja definitivamente registado um aumento anterior, nem existam entradas ainda por realizar, conforme se depreende do n.º 3, do art. 87.º, do CSC, sob pena de se proporcionarem situações de desigualdade entre os antigos e os novos sócios.

No que tange à modalidade de aumento de capital por incorporação de reservas (também designado de “aumento gratuito” ⁵⁷), nas melhores palavras de Paulo Olavo Cunha⁵⁸, este define-se como a “utilização de meios de que a sociedade já dispõe e que, pela sua incorporação no capital, adquirem estabilidade, elevando a medida da sua responsabilidade e tornando mais exigentes os respetivos resultados para que ela possa proceder à distribuição lícita e legítima de bens”. Esta modalidade encontra-se prevista nos arts. 91.º a 93.º, do CSC, e só se verifica se as contas do exercício anterior à

⁵⁶ Sendo a entrada realizada em dinheiro, considera-se que este deve ser entregue na data da deliberação (art. 88.º n.º 1), mas quando tal não se verifique, pelo art. 89.º, n.º 2, do CSC, a entrada é exigível a partir do registo definitivo do aumento do capital social. O aumento considera-se verificado e, por conseguinte, o capital aumentado e as participações constituídas “na data em que qualquer membro da administração declarar, por escrito e sob a sua responsabilidade, quais as entradas já realizadas e que não é exigida pela lei, pelo contrato ou pela deliberação a realização de outras entradas” (n.º 2, do art. 88.º, do CSC). Note-se ainda que a não cobrança pelo administrador ou pelo gerente das novas entradas está sujeita a pena de multa até 60 dias com limite máximo correspondente ao crime de infidelidade, nos termos dos arts. 509.º, n.os 1 e 2, do CSC, e 224.º, n.º 1, do CP. Caso estejamos, contudo, perante uma entrada em espécie (tratando-se de um bem imóvel a entrada deve revestir forma solene por força do art. 875.º do CC), a lei é omissa quanto à sua realização, pelo que há na doutrina quem defenda que as entradas devem ser realizadas antes da deliberação de aumento do capital social ou da declaração que confirme a sua realização, como quem propugne a aplicabilidade do n.º 3, do art. 89.º, do CSC, e defenda assim que a realização da entrada deve ocorrer no prazo de um ano sob pena de caducidade (Domingues, 2009, p. 449). Somos a considerar, in casu, a realização da entrada antes de concluída a deliberação, na medida em que cremos que o aumento de capital pressupõe uma necessidade urgente de financiamento por parte da sociedade, pelo que um aumento de capital por entrada em espécie que apenas seja realizável daqui a 11 ou 12 meses, não atenderá a esse caráter urgente.

⁵⁷ Esta designação deriva do facto de os sócios, através do aumento de capital por esta via, verem o valor das suas participações sociais ser aumentado sem que tenham contribuído nesse sentido, pois são utilizadas as reservas da sociedade.

⁵⁸ CUNHA, Paulo Olavo, - *Direito Empresarial para Economistas e Gestores*, ob.cit.2014, pág.847

deliberação estiverem aprovadas, devendo esta aprovação conter as menções exigidas no art. 91.º, n.º 4, do CSC. No caso de já terem decorrido mais de seis meses sobre a aprovação prevista no n.º 2, do art. 91.º, do mesmo artigo, “a existência de reservas a incorporar só pode ser aprovada por um balanço especial”^{59 60}, confo rme se depreende do normativo em análise. À semelhança do verificado para o aumento de capital por novas entradas, caso existam entradas iniciais ou derivadas de anterior aumento por realizar, não é permitido que o aumento por incorporação de reservas ocorra.

O aumento de capital social por incorporação de reservas demonstra ser um suporte financeiro para a sociedade, evitando que esta, por insuficiência económica, atinja uma situação de subcapitalização.

Alias a doutrina entende classificar-se como reserva os valores patrimoniais da sociedade derivados, na sua maioria, “...*de lucros que os sócios não podem ou não querem distribuir, que serve principalmente para cobrir eventuais perdas sociais e para autofinanciamento...*”⁶¹.

Quanto ao regime de redução do capital social, estatuído nos arts. 94.º a 96.º do CSC, importa mencionar que lhe precede uma convocatória da assembleia-geral, a qual deve respeitar o disposto no n.º 1, do art. 94.º, do diploma supra, nomeadamente, a finalidade da redução (al. a)) e a forma da redução (al. b)), assim como especificar as participações que serão reduzidas caso a redução não incida sobre todas (n.º 2 do mesmo artigo).

Constitui impedimento à deliberação da redução o facto de a situação líquida da sociedade não exceder o novo capital social em, pelo menos, 20%, nos termos prescritos no n.º 1, do art. 95.º, do CSC. Não obstante, o n.º 2 deste artigo estipula a permissão desta redução a um montante inferior ao mínimo estabelecido, desde que esta fique condicionada ao aumento igual ou superior ao mínimo legal nos 60 dias seguintes à deliberação.

⁵⁹ Note-se que o n.º 1, do art. 93.º, do CSC, estipula que o pedido de registo do aumento de capital deve ser acompanhado do balanço que serviu de base à deliberação, caso este não se encontre depositado na conservatória.

⁶⁰ Nos termos dos n.os 1 e 2, do art. 93.º, do CSC, compete ao órgão de administração e ao órgão de fiscalização, caso exista, declarar não ter conhecimento de diminuição patrimonial ocorrida entre o dia a que se reporta o balanço que serviu de base à deliberação e a data em que esta foi tomada, que impeça o aumento de capital, devendo a declaração revestir forma escrita.

⁶¹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Volume II, 5.ª Edição, Almedina., 2016, pág.435

Posto isto, urge referir que a redução do capital pode operar por duas vias distintas, nomeadamente através de uma redução nominal ou através de uma redução real, não sendo lícito a criação de outras formas de redução. A distinção entre estas duas vias prende-se, sobretudo, quanto à questão da existência, ou não, de libertação de bens do património líquido da sociedade, isto é, no caso da redução nominal não há lugar a restituição de bens da sociedade aos sócios, o que, por conseguinte, não altera o património social. Por seu turno, na via da redução real existe uma restituição por parte da sociedade de bens aos sócios, bens esses que, como vimos, se destinam a cobrir a cifra do capital social, revelando-se assim numa diminuição da garantia que o património social poderia oferecer aos credores no caso de insolvência da sociedade. Isto não significa, no entanto, que a redução ocorrerá e que colocará em causa o limiar do capital social, até porque, se atentarmos no disposto na al. a), do n.º 1, do art. 94.º, do CSC, a redução destina-se a cobrir prejuízos, a libertar excesso de capital ou a outra finalidade especial, especificamente prevista no diploma mencionado.

Pese embora o legislador haja descurado a função de garantia do capital social nas sociedades por quotas, importa aqui fazer especial referência ao estabelecido no art. 96.º, n.º 1, do CSC, que, encontrando-se previsto na parte geral do Código, aplica-se também às referidas sociedades e funciona como uma norma de proteção dos interesses dos credores. Estipula o mencionado artigo que os credores sociais dispõem do prazo de um mês após a publicação do registo da redução para requerer ao tribunal que a distribuição de reservas disponíveis ou dos lucros seja impedida ou limitada, num determinado período, exceto se o crédito do requerente puder ser satisfeito caso seja exigível ou, não sendo, que esteja adequadamente garantido. Contudo, esta faculdade apenas pode ser exercida se os credores tiverem solicitado à sociedade a satisfação do seu crédito ou a prestação de garantia adequada, há pelo menos 15 dias, e este pedido não tenha sido atendido, conforme se pode verificar pelo estatuído no n.º 2, do art. 96.º, do CSC. As distribuições não ocorrerão, no entanto, sem que os prazos se encontrem corridos e, caso se verifique, a partir do conhecimento da sociedade do requerimento de algum credor (n.º 3, do predito artigo).

- Princípio da Exata Formação

Este princípio tem, a nosso ver, uma grande correspondência com as noções de capital social outrora expostas. Segundo este, no momento da constituição da sociedade, o valor do património social desta deve corresponder, efetivamente, ao valor do capital

social nominal. Ou seja, no património societário devem constar bens cujo valor preencha a cifra do capital social. Desta forma, só adquirirá a qualidade de sócio aquele que, efetivamente, contribua para a sociedade, sendo que, cingindo-nos às sociedades de capitais, às quais não são permitidas entradas em indústria ⁶² (cfr. n.º 1, do art. 202.º para as sociedades por quotas e n.º 1 do art. 277.º para as SA, ambos do CSC), apenas será sócio aquele que contribuir com bens ou dinheiro para a sociedade ⁶³. Esta proibição verifica-se também noutros ordenamentos jurídicos europeus, nomeadamente no art. 58.º do Código de Derecho de Sociedades, cujo n.º 1 prevê que “[n]as sociedades de capital apenas poderão ser objeto de entrada os bens ou direitos patrimoniais suscetíveis de avaliação económica”, e o n.º 2 expressamente menciona que “[e]m nenhum caso poderá ser objeto de entrada o trabalho ou os serviços”.

Em França, contudo, são permitidas as entradas em indústria, veja-se, neste sentido, o art. L223-7 do Code de Commerce que prevê que “[c]aso seja necessário, os estatutos devem especificar as condições em que as entradas poderão ser subscritas em forma de indústria”.

Na Alemanha, o legislador permaneceu omissivo quanto à admissibilidade das entradas em indústria, mencionando apenas no § 5º, n.º 4, da GmbH-Gesetz que “[s]endo realizada uma entrada em espécie, deve constar do pacto social a identificação do sócio que efetuou essa entrada e o seu valor nominal”.

⁶² Esta proibição de admissão de entradas em indústria tem uma índole prática, pelo facto de a valorização de uma entrada deste género estar revestida de uma extrema dificuldade de avaliação. Para além do disposto, uma entrada em indústria, supostamente, nunca está realizada, pois pressupõe-se que a sua realização se configure durante a vida da sociedade. Outro aspeto a ressaltar é a impossibilidade de se garantir, a priori, o seu cumprimento, na medida em que durante toda a vida da sociedade poderão emergir situações que desencadeiem o incumprimento da mesma. Veja-se, por exemplo, uma discussão entre o sócio A e o sócio B, sendo que o B contribuiu com indústria e, derivado da predita discussão, decidiu não prestar mais a sua atividade à sociedade. Neste caso, torna-se extremamente difícil no momento da constituição da sociedade, aferir se uma entrada em indústria será, ou não, efetivamente cumprida. Para além de que, a nosso ver, estas entradas estão revestidas de um rigoroso carácter prático, isto é, enquanto nas restantes entradas, as mesmas ficam cumpridas ou ab initio, ou a posteriori no caso de diferimento, uma entrada em indústria terá, como refere Domingues (2004, p. 77), de ser realizada “ao longo da vida da sociedade, não sendo, por isso, possível que fiquem integralmente liberadas naquele momento”. Para além do disposto, a permissão de uma entrada em espécie e conseqüente avaliação induziria em erro os próprios credores sociais, pelo facto de uma avaliação errada repercutir-se num valor errado de capital social. Há, contudo, quem defenda a avaliação da entrada em indústria nos termos prescritos para a entrada em espécie, acompanhada da opinião dos sócios sobre a utilidade do serviço a prestar.

⁶³ Há que ainda tecer uma breve nota neste aspeto pelo facto de o valor nominal da participação não poder ser superior ao valor real da contribuição efetuada pelo sócio, ou seja, tal como exemplifica Domingues (2004, p. 74), o sócio X não pode cumprir a sua entrada com €100 e ser titular de uma participação social no valor de €200. Para um maior aprofundamento nesta temática, vide Domingues (2004, pp. 74-76).

Já em Itália a questão revela-se pouco explícita, pelo que a doutrina tem considerado, face ao estatuído no art. 2464.º do Codice Civile (“[s]e nada ficar estipulado em contrário no pacto, as entradas devem ser realizadas em dinheiro), que as entradas em indústria devem ser incluídas.

Em Portugal, atentando no art. 26.º, n.º 1, do CSC, observamos que, por regra, as entradas devem ser realizadas até ao momento da celebração do contrato. No entanto, o mesmo artigo contempla exceções, nomeadamente o n.º 2 que estipula a permissão da realização das entradas até ao termo do primeiro exercício económico, nos casos em que a lei o permita. O n.º 3 do mesmo artigo prevê também uma exceção quanto às entradas em dinheiro, sendo que, quando a lei o permita, os sócios podem estipular contratualmente esse diferimento. Ressalve-se ainda que, nos termos do art. 27.º, n.º 1, do CSC, as deliberações que visem liberar os sócios da realização de entradas estipuladas são nulas, salvo no caso de redução do capital social.

Se, por sua vez, o sócio pretender contribuir para a sociedade com uma entrada em espécie, esta deve ser avaliada por um ROC (Revisor Oficial de Contas) sem interesses na sociedade ⁶⁴, tal como estatui o n.º 1, do art. 28.º, do CSC. O objetivo desta avaliação por parte de um profissional alheio à sociedade em causa é evitar que o valor do bem seja alterado (nomeadamente para valor superior), visando não só beneficiar o sócio que pretende efetuar a entrada, como também aumentar o valor do capital social sem que o bem tenha sido avaliado com base no seu valor real. Se, porventura, estiver em causa uma entrada com know-how, e perfilhando da posição jurídica de Paulo Domingues ⁶⁵, ao considerar que esta é uma entrada em espécie e não uma entrada in natura, esta apenas deve ser admitida no caso de “os conhecimentos técnicos se encontrarem incorporados e materializados num qualquer suporte” (Domingues, 2004, p. 80). Atenta a especificidade desta entrada, deve o ROC analisá-la com o maior cuidado e cautela,

⁶⁴ Este profissional irá, conforme o previsto no art. 28.º do CSC, elaborar um relatório sobre a entrada em questão, devendo o mesmo conter o disposto no n.º 3 do mesmo artigo, e ser elaborado com uma antecedência não superior a 90 dias tendo em conta a data em que o contrato de sociedade deverá ser formalizado.

⁶⁵ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*, BFDUC, ob.cit.pág.79,80.

com vista a que lhe seja atribuído não o valor real (porquanto tal mostra-se insustentável), mas um valor próximo a este ^{66 67}.

- Princípio da Intangibilidade

É transversal à doutrina observada que o princípio da intangibilidade, previsto no art. 32.º do CSC, é um dos princípios basilares para regulamentar a figura do capital social, aliando-o à função de garantia dos credores. ⁶⁸

Segundo este princípio, a predita figura é intangível, na medida em que, conforme nos refere Paulo Domingues (2004, p. 133), “os sócios «não podem tocar» no capital social, isto é, aos sócios não poderão ser atribuídos bens nem valores que sejam necessários à cobertura do capital social”. Isto significa, portanto, que “só poderão ser distribuídos aos (...) sócios valores que representem lucros” ⁶⁹.

Desta forma, facilmente aferimos que os montantes entregues pelos sócios a título de entrada não poderão retornar à esfera destes, excetuando nos casos de liquidação ou de redução do capital social (exuberante). Esta medida revela-se também na esfera dos credores como uma medida de garantia, sendo apenas permitida a distribuição de bens aos sócios quando a situação líquida da sociedade assim o permita, isto é, pela análise do n.º 1, do art. 32.º, do CSC, é permitida a distribuição de bens aos sócios quando o capital próprio da sociedade (com inclusão do resultado líquido), seja superior à soma do capital social e das reservas indisponíveis .

No que concerne às reservas, veja-se o art. 295.º do CSC que prevê uma reserva legal (imposta pela lei) em matéria de lucros.

Por outro lado, as reservas podem resultar, também, “... *de cláusulas previstas no pacto social...*” ⁷⁰, ou de subvalorização contabilística dos bens da sociedade, sendo

⁶⁶ Para um maior desenvolvimento sobre as entradas em espécie no princípio em análise, vide Domingues (2004, pp. 78-90).

⁶⁷ Para melhores desenvolvimentos sobre o princípio da exata formação, vide Domingues (2004, pp. 81-132).

⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira,- *Direito Comercial, vol. IV, Sociedades comerciais*, ob.cit pag.165,

⁶⁹ MARTINHO, E. (2008), “Princípio da Intangibilidade do Capital Social”, *In Revisores e Auditores – Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas*, N.º 41 abril/junho, (s.n), PÁG.54

⁷⁰ MARTINHO, E., Princípio da Intangibilidade do Capital Social, *In Revisores e Auditores – Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas*, ob.cit, pág.54,

designadas neste caso de reservas ocultas, bem como de bens constituídos pela sociedade e que não tenham sido distribuídos aos sócios, sendo denominadas neste caso de “...reservas livres...”⁷¹.

Na melhor descrição de Garrigues, citado por Paulo Cunha⁷² “a cifra do capital social é uma linha fechada ou círculo ideal traçado no ativo da sociedade, que não contempla bens determinados, mas que impõe à sociedade a obrigação de tê-lo sempre coberto com bens equivalentes àquela cifra. Tudo o que exceda esse círculo pode ser distribuído entre os sócios”.

Note-se que aquilo que se afigura como garante dos credores não é a cifra do capital social, mas os bens suscetíveis de penhora com que os sócios entram para a sociedade por imposição da al. a), do art. 20.º, do CSC, as entradas em dinheiro e o património real. Se assim não fosse estar-se-ia a convencer terceiros credores de um falso valor de capital social, pelo que o que lhes realmente interessa é que no património da sociedade se encontrem bens suscetíveis de penhora e que cubram esse valor, dado que o art. 601.º do CC prevê também que “pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora”.

Salienta-se, assim, que, neste princípio, e inversamente ao observado para o princípio da exata formação, não se tem como objetivo garantir que a sociedade tenha um fundo de bens (capital social real) que cubra a cifra do capital social nominal, mas somente e apenas que esses bens sejam distribuídos, na senda do art. 32.º do CSC, quando a situação líquida da sociedade assim o permita. Nas melhores palavras de Paulo Domingues⁷³, o princípio da intangibilidade visa assegurar “a não diminuição do capital real por virtude da atribuição de benefícios aos sócios”.

Ora, estas medidas têm como consequência a garantia dos credores, pelo que se deve reforçar a sua interligação com a função de garantia bem como a sua relação com os princípios anteriores, nomeadamente o da estabilidade, dada a existência de todo um conjunto de imposições legais que visam salvaguardar esta figura. A consequência da proteção dos credores revela-se na lei, através do princípio da intangibilidade, no

⁷¹ CUNHA, P. O. (2014), *Direito Empresarial para Economistas e Gestores*, Almedina, Coimbra: pág.173,

⁷² CUNHA, P. O. (2014), *Direito Empresarial para Economistas e Gestores*, ob.cit: pág.256.

⁷³ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*, , ob.cit., pág.147..

aumento da capacidade da sociedade de reter bens insuscetíveis de distribuição quando a situação líquida da sociedade não o permita. Se assim não fosse encontraríamos múltiplas situações em que os sócios, perante a insolvência iminente da sociedade, procederiam a uma distribuição de bens para salvaguardar os seus interesses, prejudicando aqueles que contrataram com a sociedade e que sairiam prejudicados na ocorrência da insolvência da empresa.⁷⁴

- Princípio da Efetividade

O princípio da efetividade é, não raras vezes, confundido com o princípio da intangibilidade explanado anteriormente. No entanto, enquanto este último pretende assegurar que o património líquido da sociedade (capital social real) não é inferior à cifra do capital social nominal, o princípio da efetividade pretende que os bens que integram o predito património líquido sejam efetivamente capazes de cobrir a cifra do capital social, não sendo assim apenas necessário ter bens no património líquido como que esses bens sejam suficientes e capazes de cobrir a cifra do capital social nominal.

Desta forma, concluímos que este princípio tem uma dupla função: pretende não só que existam bens no capital social real (função de existência), como que esses bens sejam suficientes para cobrir a cifra do capital social nominal (função de idoneidade).

Encontramos na letra da lei vários reflexos deste princípio, nomeadamente na avaliação a que os bens que constituem entradas estão sujeitos. Ora, e como já referimos previamente, o art. 28.º do CSC obriga a que as entradas em espécie sejam avaliadas por um ROC despido de interesses na sociedade. Tal facto obsta, assim, a que um revisor munido de interesses avaliasse o bem e lhe atribuísse um valor superior àquele que, efetivamente, este teria na realidade, o que consubstanciaria num falso valor do capital social.

Outra das soluções encontradas pelo legislador para garantir o cumprimento e eficácia deste princípio diz respeito às reservas legais. Estas, tal como podemos confirmar pelo estatuído no art. 296.º do CSC, só podem ser utilizadas para cobrir perdas (als. a) e b) do artigo supra) ou para incorporação no capital (al. c) do mesmo normativo). Deste modo, se do decorrer da atividade empresarial resultarem perdas para a sociedade, no caso de existir reserva legal, tais perdas serão absorvidas por esta ao invés de atingirem

⁷⁴ A este propósito importa uma leitura profunda de ASCENSÃO, José de Oliveira, - *Direito Comercial, vol. IV, Sociedades comerciais*, por forma a entender a sua visão da altura, reflectida na realidade dos dias de hoje.

diretamente o capital social. No entanto, se a reserva legal já tiver sido utilizada, deve-se observar o disposto no n.º 1, do art. 295.º, do CSC (quer para as sociedades por quotas quer para as sociedades anónimas por força do art. 218.º, n.º 2, do CSC), ou seja, deve-se reintegrá-la até que ela represente a 5.ª parte do capital social, se montante superior não for estabelecido nos estatutos da sociedade, o qual, existindo, deve ser respeitado ab initio⁷⁵.

O legislador avança ainda com outra solução para efetivar o princípio em análise e que se prende com o regime previsto no art. 35.º do CSC sobre a perda de metade do capital. Segundo este artigo, se do decurso da vida empresarial resultarem perdas para a sociedade, os terceiros a esta associados, por força deste normativo, têm a garantia de que a sociedade dispõe, efetivamente, de pelo menos metade do seu património líquido, sendo assim permitido que este desça abaixo da cifra do capital social, mas apenas até metade⁷⁶. O objetivo principal é que, devido às condicionantes que uma sociedade possa estar sujeita e que determinem perdas de capital, que estas não se repercutam na perda total do seu património, ou seja, pretende-se que o património líquido da empresa não seja de valor inferior ao valor do capital social conhecido por terceiros, considerando-se perdido metade do capital social quando o capital próprio seja igual ou inferior a metade do valor daquele, tal como se pode verificar pelo disposto no n.º 2, do art. 35.º, do CSC.

Deste modo, por força do art. 35.º, n.º 1, do CSC, se das contas de exercício ou das contas intercalares resultar que metade do capital social se encontra perdido, os gerentes ou administradores devem convocar a assembleia-geral tendo em consideração o n.º 3 do mesmo artigo, com vista a informar os sócios da situação da sociedade para que estes tomem as medidas adequadas. Quanto a estas, atentando no n.º 3, do art. 35.º, do mesmo diploma, verificamos que o legislador estipulou como medidas a dissolução da sociedade – al. a) –, a redução do capital social para montante não inferior ao capital próprio da sociedade – al. b) –, e a realização de entradas pelos sócios destinadas a reforçar a cobertura do capital – al. c) –, mas não tendo estas medidas carácter taxativo, poderão os sócios adotar outra que considerem mais apropriada.

⁷⁵ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*, ob.cit.pág. 146-152.

⁷⁶ Note-se que, neste caso, estamos perante uma situação em que o património líquido da sociedade se tornou insuficiente para cobrir a cifra do capital social nominal não por uma distribuição indevida de bens aos sócios, mas sim pelo risco associado à própria exploração da atividade, tendo em conta que a distribuição supra se encontra protegida pelo princípio da intangibilidade explanado anteriormente.

No que tange à dissolução da sociedade, medida considerada como a mais grave pois determina a perda das entradas dos sócios, observamos que o art. 141.º do CSC estipula os casos em que a sociedade poderá ser dissolvida, determinando a al. b) do predito artigo que ocorra por deliberação dos sócios. Esta deve ser tomada com uma maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social, de acordo com o n.º 1, do art. 270.º, do CSC.

Quanto à al. b), do n.º 3, do art. 35.º, do CSC, abordada a respeito do princípio da estabilidade, urge apenas ressaltar que a redução não poderá ser efetuada para valor inferior ao capital próprio da empresa, sendo este o limite a ter em consideração na redução, ou seja, se estivermos perante uma sociedade com um capital social no valor de €2.000 mas com uma situação líquida no valor de €1.000, o capital social poderá ser reduzido até ao limite desses €1.000, quando o fundamento se baseie em perdas⁷⁷.

No que concerne à al. c) do mesmo normativo, sobre a realização de novas entradas para reforçar a cobertura do capital social, muito se discute na doutrina sobre a sua apreciação relacionando com as realizadas a título constitutivo da sociedade. Esta relação não deve, contudo, verificar-se, pelo facto de estas entradas não se destinarem a preencher a participação social de um sócio ou um a aumento de capital, mas sim a reforçar a cobertura do mesmo, não existindo na lei uma ligação direta entre a realização destas entradas e um aumento proporcional da participação do sócio. Podem incidir, na senda de A.M. Pinto⁷⁸, e nada estipulando a lei em sentido contrário, em entradas em espécie ou em dinheiro.

Quanto à deliberação que determine a realização de novas entradas, a doutrina tem avançado no sentido de que deve ser tomada por maioria simples ou, se existir nos estatutos uma cláusula que preveja a realização deste tipo de entrada, que a deliberação seja tomada por unanimidade, dado que, na senda de Paulo Domingues, a limitação da responsabilidade do sócio tem em conta a sua entrada. Todavia, somos a discordar do ilustre Autor, pelo facto de nada estar previsto na lei no sentido de que esta entrada realizada pelo sócio a título de reforçar o capital devido a perdas, se refletir proporcionalmente no aumento da participação social deste.

⁷⁷ Cfr. PINTO, A. M., O artigo 35º do Código das sociedades comerciais na versão mais recente, In *Temas Societários*, II, Coimbra: Almedina.2006, pp. 109-151

⁷⁸ Cfr. PINTO, A. M., O artigo 35º do Código das sociedades comerciais na versão mais recente, In *Temas Societários*, IIob.cit., pp. 109-151

Domingues propugna ainda que esta entrada se trata de uma prestação acessória dos sócios, prevista no art. 209.º do CSC, pelo que, neste caso, e como se depreende do n.º 3, do art. 250.º, do CSC, a deliberação pode ser tomada com a maioria absoluta dos votos. Quanto à exigência das entradas, tem-se entendido que, nada sendo estipulado na deliberação, que os gerentes ou administradores devem interpelar os sócios no sentido da sua realização, entrando estes em mora, nos termos do art. 203.º, n.º 3, do CSC, num prazo variável entre os 30 e os 60 dias.

Creemos, por sua vez, que este princípio se confronta com alguns dos princípios atrás assinalados, na medida em que, se o objetivo é proteger a integridade do capital social para que ele possa ser uma garantia para terceiros e estes ao contratar com a sociedade podem ter em conta o capital social da mesma, não nos parece fiável o regime deste art. 35.º, por contrariar os referidos princípios (Paulo Domingues,⁷⁹. Não obstante a nossa posição, devemos, contudo, salientar as melhores palavras de Blanco⁸⁰, ao mencionar que “a lei não (...) pode evitar que, por efeito das vicissitudes económicas do negócio, se chegue ao ponto em que o património social não tem condições para satisfazer a cobertura do capital”.

3. Sua consagração histórica em Portugal

Não obstante já ser bastante conhecido na praxis societária, o capital social apenas se tornou objeto de consagração legislativa em meados do séc. XIX, com a designada *Preussisches Gesetz über die Aktiengesellschaften*, de 1830⁸¹. Para a importância que o capital social veio a assumir contribuíram bastante, por um lado, a imposição da sua inscrição no lado direito do balanço⁸² e, por outro, o facto de se ter vindo a admitir a

⁷⁹ DOMINGUES, P. T. , “Do Capital Social – Noção Princípios e Funções”, *Boletim da Faculdade de Direito*, ob.cit., PÁG 153-154

⁸⁰ BLANCO, A. P. (1973), “La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”, In *Studia Albornotiana* (dirigidos por Evelio Verdera y Tuells), XVI, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia., pág.5

1

⁸¹Esta primeira consagração legal do capital social apenas visava a protecção dos sócios, não se preocupando, assim, com a garantia dos credores sociais. P. TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 28.

⁸²Imposição que ocorreu pela primeira vez com a Novela alemã (Aktiennovelle) de 1870.

constituição de sociedades de responsabilidade limitada⁸³. Entre nós, a consagração legislativa desta figura ocorreu com a Lei sobre as Sociedades Anónimas, de 22 de Julho de 1867.

O conceito de capital social apresenta-se algo incerto e vem dividindo a doutrina portuguesa. Assim, enquanto alguns autores o definem como “ (...) a cifra representativa da soma das entradas dos sócios”^{84 85 86}, outros criticam a supra definição, pois que nem sempre há uma correspondência perfeita entre o valor nominal e o valor de subscrição das partes.

De facto, esta noção de capital social apresenta-se pouco rigorosa. Em primeiro lugar, é importante não olvidar que o valor das entradas em indústria não é computado no capital social (arts. 9.º, n.º 1, f) e 178.º, n.º 1 CSC). Por outro lado, pode suceder que os sócios contribuam com uma entrada cuja importância seja superior ao valor da participação social (art. 295.º, n.º 2, a) e n.º 3, a) CSC) ou inferior (art. 298.º, n.º 2 CSC).⁸⁷.

⁸³A criação deste tipo societário ficou a dever-se ao legislador alemão (as GmbH, criadas através da lei de 20 de Abril de 1892). De facto, é a partir do momento em que se torna impossível para os credores responsabilizarem o património pessoal dos sócios pelas dívidas da sociedade, ou seja, a partir do momento em que se assegura a intocabilidade do capital social, que este passa a ser encarado como um meio adequado de defesa dos interesses dos credores, P. TARSO DOMINGUES, “Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções”, BFDUC, *Studia Iuridica*, 33, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 140 e A. MOTA PINTO, “Capital social e tutela dos credores para acabar de vez com o capital social mínimo nas sociedades por quotas”, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 844 e ss.

⁸⁴FERRER CORREIA, António de Arruda, *Lições de direito comercial, Sociedades comerciais*. Doutrina geral, vol. II, Coimbra, 1968, p. 218.

⁸⁵No mesmo sentido, vd. entre outros, P. OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 460, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 147, A. MOTA PINTO, *ibidem*, p. 837, L. BRITO CORREIA, *Direito comercial, Sociedades Comerciais*, 2.º vol., Lisboa, AAFDL, 2000, p. 337, J. H. PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, p. 514 e A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, II, Das sociedades em especial, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011.

⁸⁶Cfr. VEGA VEGA, José António, *Sociedades de Capital*, ob.cit., que nos refere :” *Para las sociedades de responsabilidade limitada el capital representa la suma de aportaciones económicas que realizan los socios y que constituye el valor contable y teórico de la suma de participaciones sociales (cfr.art.4 y 58 LSC).*”

⁸⁷Ora, nestes casos, não existe qualquer correspondência entre a cifra do capital e a quantia adveniente da soma do valor das entradas dos sócios. Por tal motivo, vários autores defendem uma concepção diferente de capital social. Segundo esta concepção – e com a qual concordamos, o capital social representaria o valor nominal das participações sociais, independentemente de se tratar de entradas em dinheiro ou em espécie. Neste sentido, vd. J. M. COUTINHO ABREU, *Curso de Direito Comercial*, 4.ª ed., vol. II, Almedina, 2011, pp. 443 e 444, P. TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social*, Coimbra,

Dai surgir doutrinalmente a eterna discussão sobre a dicotomia Capital Social versus Património Social

4. Dicotomia Doutrinal sobre Capital Social versus Património Social

Na verdade, o conceito de capital social facilmente se confunde com o de património social, de modo que se torna preponderante assinalar as principais diferenças. Assim, enquanto o património social se configura como uma realidade tangível, composta por bens, direitos ou deveres, contrariamente, o capital social é uma mera cifra estatutária e contabilística que consta obrigatoriamente do pacto social (art. 9.º, n.º 1, f) CSC). Por outro lado, ao invés do património social, que se apresenta como um elemento variável, o capital social constitui um elemento tendencialmente estável. Por fim, o património é essencial à vida da sociedade, enquanto o capital social não existe em todas as sociedades⁸⁸. Assim, embora não constitua um elemento essencial em alguns tipos societários – designadamente nas sociedades civis e nas sociedades em nome coletivo – o capital social é um elemento fundamental nas sociedades de capitais, as SA e as SQ⁸⁹. Na verdade também no ordenamento jurídico espanhol existe esta ideia. Veja Veja⁹⁰, refere-nos que *“Desde un punto de vista económico, en las sociedades limitadas el capital suele identificarse con el patrimonio, dándosele el valor del conjunto de bienes de una sociedad o fondo de explotación económica. Sin embargo, el capital solo suele coincidir con el patrimonio en el momento de la constitución, puesto que después el patrimonio, como conjunto de bienes de la sociedad, puede fluctuar y, de hecho, continuamente se ve alterado según el resultado de la explotación.”* Contudo, o capital

Almedina, 2009, p. 48, J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades, Parte geral*, Porto, 2011, p. 345 e A. PEREIRA ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 88.

⁸⁸Efectivamente, podem existir sociedades desprovidas de capital social, designadamente as sociedades em nome colectivo que possuam sócios que entraram para a sociedade apenas com a sua indústria (arts. 9.º, n.º 1 f) e 178.º CSC). Vd. J. ENGRÁCIA ANTUNES, *ibidem*, pp. 347 ss. e P. OLAVO CUNHA, *ibidem*, p. 370.

⁸⁹Sobre a distinção entre sociedades de pessoas e sociedades de capitais, vd. J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades comerciais – Perspectivas do seu ensino*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 89 ss.

⁹⁰ Cfr. VEGA VEGA, José António, *Sociedades de Capital*, citada, pp. 279-280

social - anteriormente, um elemento essencial no direito societário - está hoje posto em crise, de tal forma que vários Estados-membros optaram pela sua extinção⁹¹.

5. A(s) função(ões) do Capital Social

Na continuidade do nosso trabalho parece-nos apropriado e de interessante relevância não só reassignar a origem da consagração legislativa da figura do capital social no âmbito do Direito das Sociedades, bem como, a forma como a criação de sociedades de responsabilidade limitada na lei alemã impulsionou o nascimento das sociedades por quotas no nosso ordenamento jurídico, referindo ainda, num breve esboço a evolução do valor do capital social neste tipo societário desde a sua génese até aos dias de hoje. No seguimento desta introdução e porque ao longo da exposição desta temática temos vindo várias vezes a aludir às funções inerentes ao capital social, consideramos deveras pertinente traçar as principais funções que lhe têm vindo a ser associadas e até desassociadas, tendo em conta a jurisprudência portuguesa anterior e posterior à entrada em vigor do DL n.º 33/2011.

Ora, assim sendo, a primeira lei a regular o capital social como elemento obrigatório dos estatutos das sociedades (somente para as sociedades anónimas) foi a chamada *Preussisches Gesetz über die Aktiengesellschaften* – Alemanha 1843, tendo em vista a proteção dos interesses dos sócios e não a garantia dos credores sociais⁹².

No entanto, em Portugal, a consagração legislativa do capital social surgiu com a Lei sobre as Sociedades Anónimas, de 22 de junho de 1867 (como elemento indispensável

⁹¹Hoje pode mesmo falar-se numa crise do capital social. De facto, nos EUA, a aprovação do “Model Business Corporation Act” (MBCA) de 1980 acabou com a noção de stated capital e em 1984, após revisto o MBCA, foi, também, eliminada a noção de valor nominal de acções, bem como a necessidade de se estipular um valor mínimo de emissão das acções. Entretanto, a corrente que defendia a abolição da figura do capital social foi ganhando mais adeptos na Europa. Assim, no Reino Unido, foram criadas as private limited, nas quais a figura do capital social assumia apenas um valor simbólico. Em França, o legislador criou as “sociétés à responsabilité limitée” que podem ser constituídas sem qualquer capital social mínimo (art. 1 da “Loi n.º 2003-721”, de 1 de Agosto de 2003), na Alemanha permitiu-se a constituição de sociedades por quotas com um capital social inferior ao previsto na lei (art. § 5ª, Abs.1 da “GmbH-Gesetz”) e em Itália, a exigência de um capital social mínimo de 1 euro foi adoptada na Proposta de Regulamento sobre a “Societas Privata Europae”, publicada em Julho de 2008.

⁹² Pese embora, existam registos do uso da figura do capital social previamente ao século XIX, quer no exercício da vida contabilística, quer societária. Cfr. TARSO DOMINGUES (2009), pp. 28-29.

dos estatutos destas sociedades),⁹³ a qual se tem mantido no atual CSC⁹⁴, ao determinar-se que do contrato de qualquer sociedade (exceto nas sociedades em nome coletivo quando todos os sócios são sócios de indústria) deve constar o capital social (cfr. art. 9º, nº1, al. f) do CSC).

Por conseguinte, ao longo do tempo, o capital social assumiu uma importância no Direito societário ao nível europeu, devido não só à obrigação da sua inscrição no lado direito do balanço⁹⁵ que adveio com a Novela alemã Aktiennovelle de 18705, bem como,

Tal como já tivemos ocasião de referir anteriormente, e não nos querendo tornar repetitivos, mas fazendo-o por ruma questão de enquadramento da matéria em causa, o conceito de capital social surge diversificadas vezes referenciado nas normas legais, contudo, não existe em concreto uma definição legal do mesmo.

Desta forma, as tentativas de definir capital social passam por considerá-lo como já referido anteriormente, “a cifra representativa da soma das entradas dos sócios”, conforme define Ferrer Correia⁹⁶.

⁹³ Cfr. DOMINGUES, Paula de Tarso, *Variações sobre o capital social*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 31-32

⁹⁴ O CSC foi aprovado pelo DL nº 262/86, de 2 de setembro, sendo importante referir que todas as alterações a que esteve sujeito, as mencionaremos no lugar indicado.

⁹⁵ O nosso país só adotou tal obrigação com o primeiro Plano Oficial de Contabilidade (presente na conta 52), aprovado pelo Decreto-Lei nº 47/77, de 7 de fevereiro. Pese embora, de já existirem normas de contabilidade anteriores a 1977, nomeadamente no primeiro Código Comercial, aprovado por decreto de 18 de setembro de 1833, denominado de Código de Ferreira Borges (arts. 218º a 240º); no segundo Código Comercial aprovado por carta de lei de 28 de Junho de 1888, designado de Código de Veiga Beirão (arts. 29º a 44º, 62º e 63º) e no Código da Contribuição Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei nº 45103, de 1 de julho de 1963 (que continha no seu art. 22º sobre a determinação do lucro tributável, a referência “obediência a são princípios de contabilidade” por parte dos sujeitos passivos do imposto). Cfr. TARSO DOMINGUES (2009), p.30- nota de rodapé nº 47. Sobre os Códigos Comerciais de Ferreira de Borges e de Veiga de Beirão vide RUI PINTO DUARTE (2008), pp. 81-92.

É importante referir-se que, o Decreto-Lei nº 47/77 (POC 77) foi revogado pelo art. 6º, nº1 do DL nº 410/89, de 21 de novembro que aprovou o Plano Oficial de Contabilidade. Contudo, com o passar dos anos o DL nº410/89 foi objeto de alterações, a saber: pelo DL nº 238/91, de 2 de julho; pelo DL nº 127/95, de 1 de julho e pelo DL nº 79/2003, de 23 de abril que por sua vez também foi revogado, bem como, legislação complementar, pelo DL nº 158/2009, de 13 de julho (retificado pela Declaração de Retificação nº 67-B/2009, de 11 de Setembro) que, por sua vez, criou o Sistema de Normalização Contabilística (SNC). Atualmente em vigor entre nós, desde 1 de janeiro de 2010. Sendo ainda importante mencionar que o DL nº 158/2009 foi objeto de alterações pela Lei nº 66-B/2012, de 31 de dezembro e pela Lei nº 83-C/2013, de 31 de dezembro

⁹⁶ CORREIA, António de Arruda Ferrer,- Lições de direito comercial, Sociedades comerciais. Doutrina geral, ob.cit.

Podemos então afirmar que, o capital social se traduz no valor monetário dos bens entregues pelos sócios à sociedade, com o fim de dotar a mesma de meios financeiros necessários à constituição do seu património inicial.

Acontece que, tal como já referido anteriormente, esta acepção de capital social não é isenta de críticas, na medida em que são várias as razões das quais resulta uma desigualdade entre o capital social e a soma das entradas dos sócios. Para além disso, o valor da participação social poderá não corresponder exactamente ao valor da entrada do sócio. Por outro lado, a cifra do capital social pode variar, sem que necessariamente tenha havido novas entradas ou restituição delas.

Tendo em conta as críticas apresentadas, a seguinte definição de J.C. Abreu apresenta-se, para nós, agora, como a mais adequada: “elemento do pacto que se consubstancia numa cifra tendencialmente estável, representativa da soma dos valores nominais das participações sociais que não correspondam a entradas em serviços, necessariamente expressa em moeda com curso legal em Portugal, e que – inscrita do lado direito do balanço – determina o valor em que o activo há-de superar o passivo”.

É preciso no entanto, sublinhar de forma peremptória e repetitiva, a inexistência de unanimidade acerca da noção e definição de capital social.

Efetivamente, o capital social constitui um elemento essencial do direito societário, cuja definição tem gerado alguma controvérsia na nossa doutrina, sendo, inclusivamente, considerado por alguns autores uma “figura misteriosa que exige esforço para a captação da sua natureza”⁹⁷.

Não obstante, a esta figura têm sido imputadas essencialmente três funções:

- a) a de organização – uma vez que o capital social se assume como um instrumento regulador dos direitos e dos deveres dos sócios,
- b) a de produção – na medida em que o seu regime visa assegurar a existência de meios fundamentais ao desenvolvimento da atividade societária, e, por fim,
- c) a de garantia dos credores sociais - que, não obstante, se encontram por vezes referenciadas em subdivisões como por exemplo funções Internas e funções externas, e que aqui tentaremos dar conta, sem contudo, perder o norte do que objectivamente nos iniciou nesta aventura, ou seja, demonstrar que o capital

⁹⁷ ASCENSÃO, J. Oliveira, *Direito Comercial*, vol. IV, *Sociedades comerciais*, ob.cit. p. 147.

social deve existir e tem como principal função garantir a responsabilidade da empresa perante os credores sociais, algo que com a alteração legislativa em estudo neste trabalho, não se nos depara passível de acontecer.

Partindo então do conceito de funções Internas (Ad Intra), englobamos nesta sub divisão, além da Função de Organização supra referenciada e que mais adiante desenvolveremos, a Função de Produtividade, que designada na doutrina de “função de produtividade” ou “função de produção”, importa ressaltar que o capital social, entendido como a figura que possibilitaria aos sócios a prossecução de uma determinada atividade, teve, efectivamente, como principal e única função atribuída a função de produtividade. Contudo, e pela necessidade de fomento do empreendedorismo, a limitação da responsabilidade foi regulada, o que se repercutiu, no âmbito desta figura, na atribuição de outras funções como, por exemplo, a função de garantia, que assumiu os contornos necessários para que na doutrina fosse designada de função “rainha” do capital social.

Há na doutrina quem entenda, por seu turno, que a função de garantia é um reflexo da função de produção, entendimento este que levanta algumas questões que, desde logo, nos propomos destrinçar.

Ora, com base nesta teoria, sendo que o principal objetivo de uma sociedade não é garantir a satisfação dos créditos dos credores, mas sim gerar lucro para os sócios e para a sociedade, é de comum perceção que esse lucro só será gerado pela função de produtividade que o capital social desempenha, o que, por sua vez, irá permitir que a sociedade disponha de meios para garantir os interesses dos credores.

A função de produtividade é, nestes termos, entendida, nas melhores palavras de Paulo Domingues ⁹⁸, “como o conjunto dos meios disponíveis destinados a promover o desenvolvimento da actividade da empresa (...), pelo que o capital social representa o conjunto de meios postos que os sócios quiseram colocar em comum (...) para o desenvolvimento da actividade económica que se propõem exercer”.

Neste sentido, tal como refere, e bem, J. Dono⁹⁹, “[n]ão se compreende que o capital social sirva os credores antes de servir os sócios”. Pretende-se com isto afirmar que este

⁹⁸ DOMINGUES, P. T. *Do Capital Social – Noção Princípios e Funções*, ob.cit.pág.263

⁹⁹ DONO, J. (2004), “Algumas questões em torno do capital social”, *In Direito e Cidadania*, Ano VI, N.º 19, ob.cit.pág. 205.

instituto terá como objetivo primário possibilitar à sociedade explorar aquele que será o seu objeto de negócio, sendo-lhe permitida tal exploração através das entradas efetuadas pelos sócios no momento da constituição da empresa.

Ainda dentro desta sub divisão, surge-nos a função de atribuição da qualidade de sócio.

É de senso comum que só existe sociedade se existirem sócios, mas sendo condição numa sociedade de capitais que os sócios tenham de participar no capital social através da realização de entradas, será o cumprimento desta obrigação que atribuirá ao sócio essa mesma qualidade. Será, deste modo, pelo cumprimento da obrigação de entrada, que os sócios saberão qual a sua participação social na sociedade.

Situação diferente é, no entanto, a verificada nas sociedades de pessoas, onde, como já mencionámos, são permitidas entradas em indústria, as quais não são contabilizadas no capital social da sociedade, conforme o previsto nos arts. 9.º, n.º 1, al. f) e 178.º, n.º 1, do CSC. Assim sendo, neste caso, verifica-se o inverso, ou seja, para se ser sócio não é obrigatório ter uma participação no capital social. Por este motivo, Paulo Domingues afirma que o capital social nas sociedades de capitais não é “apenas funcional mas fundacional”)^{100 101}.

Por último e dentro desta primeira sub divisão conceptual, surge-nos a Função de organização, que também designada como “função de ordenação” ou “função de determinação da posição jurídica dos sócios”, atribui ao capital social a função de determinar, quantitativamente, os direitos e obrigações daqueles.

Partindo do estatuído no art. 22.º do CSC, os sócios participarão nos lucros e nas perdas da sociedade proporcionalmente em relação à sua participação social. Outras normas do CSC apontam também no sentido de o “poder” dos sócios no seio da sociedade estar relacionado com a sua participação social, como, por exemplo, o n.º 1, do art. 288.º, do CSC, que exige que um acionista que pretenda consultar um dos documentos previstos nesse mesmo número possua ações correspondentes a, pelo menos, 1% do capital social, para além de um motivo justificativo da pretensão de consulta.

¹⁰⁰ DOMINGUES, P. T. *Do Capital Social – Noção Princípios e Funções*, Boletim da Faculdade de Direito, ob.cit., pág.258-259

¹⁰¹ No mesmo sentido, vide DONO, J. (2004), “Algumas questões em torno do capital social”, In *Direito e Cidadania*, ob.cit. pág.20.

Também no mesmo sentido se encontra o n.º 2, do art. 375.º, do CSC, que exige que um ou mais acionistas sejam detentores de ações correspondentes a, pelo menos, 5% do capital social para convocarem a assembleia geral. O n.º 1, do art. 77.º, do mesmo diploma, prevê também que os sócios que possuam, pelo menos, 5% do capital social, ou 2% caso esteja em causa uma sociedade emitente de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, possam propor ação social de responsabilidade contra gerentes e administradores para reparação, a favor da sociedade, do prejuízo que esta tenha sofrido.

Desta forma, a participação social dos sócios permite que o capital social seja o principal indicador dos direitos e obrigações daqueles ^{102 103}.

Tendo em conta a outra sub divisão conceptual, nomeadamente Funções externas (ou ad extra), a primeira a referir incluída nesta subdivisão, é a . Função de avaliação económica.

Esta função atribuída à figura do capital social assume relevância, pelo menos, uma vez por ano, com o balanço. Através do resultado deste, é possível efetivar se a sociedade está, ou não, a gerar lucro, ou a ter perdas. Para tal, atenta-se no valor do património líquido da sociedade que, sendo superior ao do capital social nominal, revela que a mesma gerou lucro durante aquele exercício económico. À *contrario*, se o valor se revelar inferior, então a sociedade teve perdas.

Esta função de avaliação económica encontra a sua previsão no art. 65.º do CSC, o qual estipula o dever de relatar a gestão e apresentar contas. O n.º 1 deste artigo obriga os membros da administração a elaborar e submeter o relatório de gestão, as contas do exercício e os demais documentos de prestação de contas legalmente previstos aos órgãos societários competentes. A elaboração destes documentos deve obedecer ao disposto na lei, não sendo permitido, pelo n.º 2 do artigo supra, que o contrato afaste as disposições legais.

¹⁰² DONO, J. (2004), *Algumas questões em torno do capital social*, In *Direito e Cidadania*, ob.cit., pág. 203-204,

¹⁰³ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Volume II, 4.ª Edição, Almedina., 2014, pág.449-451

Como corolário desta obrigação, é assim possível avaliar a situação económica da sociedade, tendo como base o capital social e o património líquido da mesma, que pela confrontação de valores ditará a existência de lucros ou perdas.

Por último, surge a não menos importante Função de Garantia, quiçá, para nós a mais importante e relevante no âmbito da investigação agora apresentada, e que pretende justificar a inoportunidade e inoperância legal da alteração legislativa levada a cabo no ordenamento jurídico português, através do Decreto lei n.º 33/2011, de 07.03, ao regime Jurídico da Sociedade de Responsabilidade Limitada.

Com efeito, a função de garantia atribuída ao capital social é aquela que mais críticas tem sofrido. Segundo os ensinamentos doutrinários esta função está diretamente associada ao princípio da intangibilidade, previamente abordado, porquanto o capital social é considerado como intocável pelos sócios, não sendo assim lícito que lhes sejam distribuídos bens da sociedade quando estes se destinem a cobrir a cifra do capital social nominal, nos termos do art. 32.º do CSC ¹⁰⁴.

De facto, se atentarmos que do cumprimento dos princípios orientadores do capital social supra mencionados resulta uma figura estável e intocável, parece-nos que, ainda que o capital social não tivesse um valor elevado para cumprir todas as dívidas da

¹⁰⁴ No entanto e inicialmente com a criação desta figura, a função de garantia nem lhe era atribuída. Era-lhe sim, somente, apontada uma função de produção, na medida em que este se destinava a permitir que a sociedade tivesse fundos para explorar a atividade a que estava sujeita. Não obstante e decorrente do próprio desenvolvimento cultural, bem como do próprio Direito, foram criadas as sociedades de responsabilidade limitada, nas quais os credores, se se verificasse a situação de insolvência da sociedade, não poderiam responsabilizar o património social dos sócios pelo facto de o próprio instituto daquela não o permitir. Nas melhores palavras de Payne (2008, p. 4), “os sócios obtêm o benefício da responsabilidade limitada mas isso acarreta custos para os credores”. No entanto, a Autora refere também que no ordenamento jurídico do Reino Unido existem exceções a esta responsabilidade limitada, embora sejam raras.

No nosso sistema jurídico observamos também essas exceções, nomeadamente o instituto de desconsideração da personalidade jurídica, que, segundo o Ac. do TRL de 16-06-2015 (em que foi relatora Maria do Rosário Morgado; disponível em www.dgsi.pt – consultado a 01/10/2016), “foi arquitetado como forma de evitar que, sob a capa da personalidade jurídica coletiva, se prossigam interesses de terceiros (...). Todavia, para não pôr em causa a segurança jurídica decorrente do reconhecimento legal da pessoa coletiva, nem quebrar a relação de confiança entre os diversos sujeitos do direito, o instituto em causa (...) obedece a determinados pressupostos que (...) enfatizam a sua natureza subsidiária”. Deste modo, verifica-se que “a responsabilidade limitada incentiva os sócios a arriscar em projetos com um risco superior àquele que era o verificado quando os credores pretenderam contratar” (Ax, 2004, p. 12). Neste âmbito, e considerando que os credores se encontravam excessivamente desprotegidos, verificando-se até que eram estes que assumiam o risco de exploração da atividade, na medida em que os seus créditos poderiam nunca vir a ser satisfeitos, começou a verificar-se a atribuição de uma função de garantia ao capital social. Ou seja, se como consequência do azar da prossecução do objeto social a sociedade se mostrasse incapaz de cumprir com as suas obrigações vencidas e vincendas, os credores sociais poderiam, ainda que idilicamente, recorrer-se do capital social como via de satisfação dos seus interesses.

sociedade, era o garante mais próximo dos interesses dos credores. Neste sentido, a principal ideia em que o capital social se baseia consiste na redução do risco para os credores de não verem os seus créditos satisfeitos. De facto, é esta a ideia principal e que consideramos pertinente ressaltar, mas é mister também atender que o que realmente interessa aos credores é a existência de bens concretos, suficientes e suscetíveis de penhora no património da empresa que cubram o valor das dívidas desta ¹⁰⁵. Se não for este o entendimento, questiona-se a obrigação de o legislador, no art. 20.º, al. a), do CSC, exigir que os sócios entrem para a sociedade com bens suscetíveis de penhora, norma que, regulada na parte geral do Código, se aplica também às sociedades por quotas.

Embora o objetivo inicial da norma tenha sido a sua aplicação apenas nas sociedades anónimas, com base no art. 7.º da Segunda Diretiva ¹⁰⁶, o qual estatuiu que “o capital subscrito só pode ser constituído por elementos do activo suscetíveis de avaliação económica”, com a transposição para o ordenamento jurídico português, o legislador entendeu por bem suprimir a parte que obrigava à suscetibilidade de avaliação económica e estatuí-la na parte geral, tendo sido levantadas críticas doutrinárias mormente por os bens serem passíveis de avaliação económica, ainda que com a supressão do legislador ¹⁰⁷, ou caso os bens fossem impenhoráveis.

Neste último caso, a doutrina dá azo a várias interpretações, desde logo A. Matos ¹⁰⁸, que considera que quer os bens totalmente, quer os bens relativamente impenhoráveis poderão constituir entradas dos sócios e, bem assim, servir de garante aos credores. Encontramos como exemplo o direito de uso e habitação previsto no art. 1484.º, n.º 1, do CC, que, por se tratar de um direito intransmissível, é impenhorável.

Face ao exposto, o facto de a lei impor a satisfação de um mínimo legal de capital inicial para as sociedades era visto pela doutrina como uma garantia para a satisfação das dívidas sociais. Já em 1989 se propugnava neste sentido, nomeadamente L.B.

¹⁰⁵ Inicialmente, a visão desta função de garantia consistia na penhora e execução dos bens existentes no ativo da sociedade, surgindo problemas nesta aceção nomeadamente quando se tratavam de ativos intangíveis (Garcia, 2009, p. 75).

¹⁰⁶ Diretiva n.º 77/91/CEE, de 13 de dezembro de 1976

¹⁰⁷ ABREU, J. C. , *Curso de Direito Comercial*, Volume II, 5.ª Edição, ob.cit. pág.250

¹⁰⁸ MATOS, A. (2001), *Constituição de Sociedades, Teoria e Prática Formulário*, 5.ª Edição, Coimbra: Almedina, pág.82-83.

Correia ¹⁰⁹, o qual defendia que é devido ao “facto de o capital social constituir uma garantia para terceiros (designadamente os credores sociais), (...) que a lei fixa, para certos tipos de sociedades, um valor mínimo para o capital social”.

O que importa aqui aferir é de que forma ou em que medida o capital social se apresenta como um garante para os credores, quer numa sociedade por quotas com um capital social de, pelo menos, €5.000, como se verificava no período anterior à entrada em vigor do DL n.º 33/2011, como na presente data com a estipulação da consagração de um regime de capital social livre.

Através de uma análise ao capital social das sociedades criadas no período 2006-2011 ¹¹⁰, numa amostra composta por 373 sociedades por quotas, concluímos que 51,5% dessas sociedades foi criada com o valor mínimo de capital social (encontrámos, não raras vezes, situações em que as sociedades eram criadas com valores entre os €5.001 e €6.000), pelo que concluímos que a imposição de um capital social mínimo se repercute na constituição de sociedades pelos sócios que cumpram apenas o valor mínimo obrigatório estipulado na lei. Não existia, à semelhança do que se verifica à data, uma adequação ao objeto da sociedade. Verificámos ainda que, na maioria das sociedades com capital social a rondar os €5.000, este era manifestamente desadequado relativamente ao objeto que a sociedade iria explorar, pelo que a insolvência dessas mesmas sociedades foi posteriormente declarada.

Observámos também que, no ano de 2008, numa amostra de 95 sociedades, 75% delas foi criada com o capital social entre os €5.000 e os €6.000. No que concerne ao período 2012-2013, a média de capital social com que as sociedades foram constituídas ronda os €240,42. Em ambos os períodos as sociedades descritas insolveram.

¹⁰⁹ CORREIA, L. B. (1989), *Direito Comercial, Volume II*, Associação Académica de Lisboa, pag.155.

¹¹⁰ Os dados fornecidos na função de garantia, quando não se fizer referência à sua proveniência, consideram-se retirados do sítio www.racius.com (consultado a 10/03/2017) e, posteriormente, analisados.

Para o efeito, foram consideradas cerca de 400 sociedades por quotas insolventes e tidos em conta o capital social com que foram constituídas e a sua duração. Sempre que possível, na medida em que o predito sítio nem sempre refere o objeto social das empresas, foi tido em consideração o objeto social das sociedades para comparar com o capital social investido pelos sócios e verificar a existência de adequação entre um e outro. Foram, também, realizadas médias no sentido de apurar o valor médio de capital social das sociedades com referência a determinados períodos. O objetivo prendeu-se com a verificação de um eventual nexo de causalidade entre o capital social e o objeto da sociedade e a sua posterior insolvência.

Analisadas também as estatísticas trimestrais sobre os processos de insolvência fornecidas pela Direção-Geral da Política de Justiça ¹¹¹, observámos que no período 2007-2010 o número de insolvências era relativamente reduzido, sendo que, comparando o segundo trimestre do ano de 2007 com o segundo trimestre do ano de 2016, verificámos um aumento de cerca de 303,9% de processos de falência, insolvência, recuperação de empresas e Processo Especial de Revitalização (PER) que deram entrada nos tribunais de 1.ª instância. No mesmo período a percentagem de processos findos ronda os 344,5%.

Já no que concerne ao valor da ação do processo de insolvência, determina o art. 15.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) que o valor do ativo seja o critério a ter por base para determinação do valor do processo e seus incidentes, sendo o valor suscetível de correção logo que se verifique ser diferente do valor real. Pelas estatísticas apresentadas pela Direção-Geral da Política de Justiça ¹¹², o valor da ação compreendido entre os €1.000 e os €9.999, no período de 2007-2010 revelava, designadamente, valores entre os 40 e os 53%, os quais assumiam o contorno a ressaltar perante os restantes valores.

Já no período entre 2011-2016 o valor da ação até aos €999 rondava os 40-45%, sendo estas as percentagens que se destacavam comparativamente com as restantes.

Verificámos, deste modo, que as sociedades eram detentoras de um ativo manifestamente irrisório para fazer face às adversidades do comércio societário, motivo pela qual insolveram.

Não podemos, contudo, afirmar que o capital social foi o principal e único responsável pela insolvência dessas sociedades, até porque, se atentarmos no art. 3.º do CIRE, o capital social livre não constitui requisito para uma sociedade ser considerada insolvente. No entanto, não pode deixar de ser realçada tal leitura.

¹¹¹Leitura do Boletim n.º 33, de outubro de 2016. Disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/siej_pt/destaques4485/estatisticas-trimestrais_3/downloadFile/file/Insolvencias_trimestral_20161104.pdf?nocache=1478261862.48. Consultado a 05/03/2017.

¹¹²Leitura do Boletim n.º 33, de outubro de 2016. Disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/siej_pt/destaques4485/estatisticas-trimestrais_3/downloadFile/file/Insolvencias_trimestral_20161104.pdf?nocache=1478261862.48. Consultado a 05/03/2017.

Mostrou-se, por sua vez, particularmente difícil considerar as sociedades constituídas no período pós-2014 e correspondentes insolvências, dado que é necessário o decorrer de um determinado lapso de tempo depois de inserida a empresa no comércio, para que estejam reunidas as condições para apresentação à insolvência e consequente sentença declaratória.

Podemos afirmar, contudo, e por análise de vários montantes de capitais sociais irrisórios de sociedades criadas no período pós-2011, que muitas sociedades declaradas insolventes tinham capital social irrisório. Tendo sido, ou não, esse fator promotor da insolvência, certo é que muitos foram os credores não tiveram por satisfeitos os seus interesses. Encontrámos, a título meramente exemplificativo, uma sociedade constituída com capital social de €4, criada no final do ano de 2011, com insolvência decretada em 2014, cujo objeto social era o fabrico de artigos em mármore e rocha. Cremos que não são necessários estudos que comprovem que, neste caso, a sociedade nasceu manifestamente subcapitalizada, pois, os sócios não colocaram à disposição da sociedade, exceto se as entradas reais tivessem sido manifestamente superiores aos valores nominais, património suficiente para, pelo menos, iniciar o desenvolvimento da atividade. Poder-se-á dizer que, neste caso em particular, a sociedade nascer com €4 ou com €5.000 era indiferente, pois, mesmo este último montante seria manifestamente insuficiente para o desenvolvimento da atividade. Aceitamos e concordamos com tal objeção.

Porém, sempre questionaremos o seguinte: será que os sócios teriam interesse em iniciar a atividade se tivessem de realizar, pelo menos, €5.000 em entradas? Ou seja, não estando, como não está nem estava antes de 2011, o capital social mínimo associado ao objeto social, é provável, salvo se o valor mínimo fosse exorbitantemente elevado, que muitas sociedades, constituídas por aquele mínimo de €5.000, não tivessem o suficiente para dar início à atividade, porém, sempre os sócios refletiriam sobre a constituição da sociedade, coisa que, atualmente, pode não suceder com entradas de €1. Ou então somos forçados a não descurar a hipótese de tais sociedades serem constituídas com um fim que não seja propriamente o de desenvolver e fazer crescer a actividade escolhida.

Outro exemplo encontrado apresenta-nos uma sociedade criada em 2011, com o capital social de €100 e que insolveu em 2014, cujo objeto social consistia na exploração de um estabelecimento de bebidas com espaço de dança. Encontrámos, também, várias sociedades criadas com capital social inferior a €500, as quais insolveram cerca de 2

anos depois, e cujas atividades a que se propunham explorar necessitavam de um valor mais robusto que permitisse essa devida exploração (estamos aqui perante a função de produtividade do capital social).

Pela análise realizada entre o período de 2007-2017 ¹¹³ ¹¹⁴, verificámos que foram constituídas 344.401 sociedades, sendo que 164.351 (47,7%) dessas sociedades eram sociedades por quotas. Quanto ao número de insolvências nesse mesmo período, observámos que num montante total de 76.290, cerca de 50.851 se tratavam de sociedades por quotas (66,7%).

A título de curiosidade atentámos também nas sociedades anónimas que insolveram nesse período, pelo que correspondiam a 7.264 empresas (9,62%) do valor total supra indicado. Verificámos, também, que o incentivo ao empreendedorismo que o legislador pretendia com a adoção do regime do capital social livre foi efetivado, dado que numa análise ao número de sociedades constituídas no período 2007-2010 encontrámos o valor de 129.780 empresas criadas, e no período 2011-2017 um total de 214.621.

No entanto, estes números quando comparados ao número de dissoluções e insolvências, demonstram que de nada serve a criação de 100 novas sociedades se do comércio saírem 300.

Não obstante, somos a referir a existência de sociedades criadas com um capital social meramente irrisório mas que se mostraram capazes de gerar lucro. Temos como exemplo a Uber¹¹⁵, mundialmente conhecida como a aplicação para smartphones que possibilita ao utilizador, através de geolocalização, uma “boleia remunerada”. Esta aplicação foi criada nos EUA com o capital social inicial de \$1000 (aproximadamente €940), mas atualmente encontra-se avaliada em mais de 18 biliões de dólares. No mesmo sentido encontra-se a rede social Facebook ¹¹⁶, também criada com o capital social de \$1000 e avaliada em 38 biliões de dólares, com valor de mercado a ultrapassar os 250 biliões de dólares.

¹¹³ Para os dados do ano de 2017 foram tidos em conta os meses de janeiro, fevereiro e os primeiros dez dias de março.

¹¹⁴ Tivemos como referência os dados fornecidos pelo sítio www.racius.com, os quais foram analisados e tratados para podermos concluir como o fizemos.

¹¹⁵ Para mais informações consultar www.observador.pt/2015/04/29/sabe-funciona-uber/. Consultado a 10/03/2017, mas agora indisponível.

¹¹⁶ Informações retiradas de <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2016/01/valor-de-mercado-do-facebook-cresce-em-us-38-bilhoes.html>. Consultado a 10/03/2017, mas já indisponível.

Porém, cremos que estes exemplos representam a exceção e não a regra.

Na verdade, mesmo com grandes investimentos iniciais, alcançar as repercussões financeiras, económicas e sociais destas duas sociedades é algo que não se verifica muitas vezes. Ainda assim, sempre se dirá que, em ambos os casos, não existiram especiais despesas com a atividade inicial, pois trataram-se de atividades que assentaram sobretudo na exploração de uma ideia que aproveitou a originalidade e recetividade do mercado nestas matérias. Ainda assim, no momento em que precisaram de financiamento, para desenvolvimento de software e, em especial, para efeitos de proteção intelectual e industrial, tiveram de recorrer a investimentos que facilmente foram angariados atendendo ao facto de a própria ideia valer por si.

Não podemos, por isso, comparar estas duas sociedades com aquelas outras que referimos supra. Por exemplo, o fabrico de artigos em mármore e rocha não traduz uma inovação, só por si, no mercado cuja ideia possa isoladamente representar um excelente valor económico. Por outro lado, não se trata de um trabalho intelectual, necessitando obrigatoriamente de máquinas adequadas à produção da atividade. Tais máquinas têm obrigatoriamente de estar à disposição da sociedade desde o início sob pena de a sociedade não poder concretizar o objeto social. São, pois, cremos, situações com dissemelhanças tais que não podem tão pouco ser comparáveis. Acresce que o mercado dos EUA comporta, em potência, mais de 318.000.000 de pessoas enquanto o mercado português pouco ultrapassa os 10.000.000. Também esta realidade deve importar, portanto, na forma como devemos analisar as políticas legislativas dos EUA, neste particular das sociedades comerciais.

Aqui chegados, importa tecer alguns esclarecimentos sobre o entendimento americano sobre a figura do capital social, dado que este é encarado como um entrave à prossecução da atividade a desenvolver, bem como as pretensões de eliminação definitiva deste instituto na União Europeia (UE).

É mister salientar, no que concerne à posição dos EUA, quanto ao capital social, as palavras de Ax ¹¹⁷(2004, p. 29), que indicam que o capital social na perspetiva americana difere drasticamente da perspetiva europeia, porquanto o legislador americano baseia o Direito das Sociedades no individualismo assente nas empresas,

¹¹⁷ Ax, SANDRA.. *Legal Capital, Creditor Protection and Efficiency?*, Goteborg University, Department of Law, School of Economics and Commercial Law, October 2004, pág.29.

tentando, por isso, não interferir com a imposição de condições para as sociedades. Não obstante, no início do aparecimento do instituto do capital social, observou-se uma competição entre os vários Estados americanos no sentido de criar a legislação mais favorável para as empresas ¹¹⁸, as quais, posteriormente, se fixavam no Estado menos exigente (Delaware) ¹¹⁹ (Booth, 2005, p. 4¹²⁰).

Segundo a visão americana, o capital social revelou-se um instituto que não cumpre com a função de garantia que deveria desempenhar, o que se repercutia num não acautelamento dos interesses dos credores. Neste âmbito, se a figura não cumpria com aquela que era considerada a sua função principal, não existia motivo para a manutenção da sua existência. Estas considerações americanas não significam, no entanto, que os credores das empresas lá sediadas estejam desprotegidos, pois foram criadas soluções a que os credores podem recorrer com vista à satisfação dos seus interesses, como mais adiante teremos ocasião de referir.

No seguimento da defesa americana no sentido de que o capital social era uma “figura bizarra do século XIX”, a UE reuniu esforços no sentido de o abolir, sendo vários os Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que demonstram a impotência da figura.

Os famosos acórdãos Centros ¹²¹, Inspire Art ¹²², Überseering¹²³ e Cartesio ¹²⁴, refletem a tendência que se tem verificado nos últimos anos quanto à matéria da existência de um

¹¹⁸ Note-se que, e no sentido do referido por Booth (2005, p. 4), noutras áreas do Direito uma competição neste sentido não se mostra como irrazoável. Por sua vez, na área do Direito Societário, uma competição do género cria atritos, essencialmente porque as próprias empresas não estão restritas a operar apenas num Estado, podendo operar tanto num, como em dois, como em todos, mas o que releva essencialmente é o Estado onde se constitui.

¹¹⁹ Na senda de Ax (2004, p. 30), o Estado de Delaware inclui mais de 50% das empresas dos Estados Unidos da América.

¹²⁰ BOOTH, R. A., *Capital Requirements in United States Corporation Law*, In www.ssrn.com/abstract=864685. Consultado a 13/05/2016.

¹²¹De 09-03-1999, correspondente ao proc. n.º C-212/97; Disponível em www.eurlex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997CJ0212:PT:PDF

¹²²De 30-09-2003, correspondente ao proc. n.º C-167/01; Disponível em www.eurlex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:275:0010:0011:PT:PDF.

¹²³De 05-11-2002, correspondente ao proc. n.º C-208/00; Disponível em www.eurlex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000CJ0208:PT:PDF..

¹²⁴De 18-12-2008, correspondente ao proc. n.º C-210/06; Disponível em www.eurlex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:044:0003:0003:PT:PDF.

valor mínimo de capital social. Neste âmbito, nos três primeiros acórdãos supramencionados o TJUE afastou a exigência da satisfação de um capital social mínimo para a constituição de sociedades. Por sua vez, o acórdão Cartesio incidiu na questão da liberdade de estabelecimento estatuída nos arts. 43.º e 48.º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE). Neste âmbito, um Estado-Membro (EM) não poderia impor restrições ao estabelecimento de uma sociedade estrangeira nesse mesmo EM, porquanto tal situação se encontrar precavida pelo predito Tratado, não sendo assim permitida a imposição de restrições de qualquer género. Esta situação surge, no entanto, no âmbito da fixação de um valor de capital social mínimo para a constituição de uma sociedade. Como corolário desse estabelecimento de valor, é notória a pretensão dos sócios em iniciar uma sociedade num EM em que tal se afigure mais fácil, isto é, com um capital social inferior ao EM de onde os sócios são, efetivamente, naturais. Por seu turno, não se pode, por contrariar os normativos supra identificados, impedir o estabelecimento dessas mesmas sociedades, pois tal consubstancia uma violação ao princípio da liberdade de estabelecimento ¹²⁵.

Ora, decorrente quer da visão americana quer da própria tendência de modernização da UE, o legislador português dispôs, através da promulgação do DL n.º 33/2011, a eliminação do capital social mínimo de €5.000 das sociedades por quotas e tornou-o num capital social livre, tal como se pode aferir pelo previsto no art. 201.º do CSC. Deste modo, observamos que o próprio legislador põe em causa o “limiar de seriedade” ¹²⁶ frequentemente atribuído pela doutrina a esta figura, pois não o elimina definitivamente, mas impõe, entre linhas, um capital social mínimo de €1 correspondente a cada quota, ou seja, de pelo menos €2 no caso de uma sociedade pluripessoal e de €1 no caso de uma sociedade unipessoal.

Outra questão ainda a enfatizar está presente no próprio preâmbulo do DL n.º 33/2011, o qual menciona que “[a]ctualmente o capital social não representa uma verdadeira garantia para os credores e, em geral, para quem se relaciona com a sociedade” ¹²⁷. Ora, questiona-se, se o capital social não é uma garantia para os credores nas sociedades por

¹²⁵ Note-se que nos EUA também não existem imposições à liberdade de estabelecimento, pelo que os sócios são livres de fixar a sociedade num qualquer Estado.

¹²⁶ Este “limiar de seriedade” é considerado como o mínimo de segurança (de idoneidade, de seriedade) transmitido pela sociedade àqueles que com ela pretendem contratar (Domingues, 2004, p. 211).

¹²⁷ Neste sentido : ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, - *Curso de Direito Comercial*, Volume II, ob.cit.

quotas, como o poderá ser nas sociedades anónimas, pelo facto de continuar prevista a exigência de €50.000 de capital social mínimo. Nesta senda, não podemos negar que o capital social previsto para as sociedades anónimas é manifestamente superior ao mínimo anteriormente previsto para as sociedades por quotas, precisamente porque, na teoria, aquelas representam mais riscos do que estas já que são tendencialmente destinadas a sociedades de maiores dimensões.

No mesmo sentido de manutenção de capital social mínimo nas sociedades anónimas, encontra-se também a estipulação para as Sociedades Europeias (SE), cujo capital social mínimo subscrito não deve ser inferior a €120.000; para os bancos encontra-se previsto o capital social mínimo de €17.500.000 (al. a), do art. 1.º, da Portaria n.º 335/2013, de 15 de novembro) e para as sociedades de investimento o valor compreende os €7.500.000. No que concerne a este último valor, observamos que o legislador aumentou, dois anos depois da entrada em vigor do DL n.º 33/2011, em €2.500.000, o valor anteriormente previsto pela Portaria n.º 95/94, de 2 de fevereiro, (al. d) da Portaria n.º 335/2013).

Já para as sociedades de locação financeira o capital social mínimo estabelecido corresponde a €3.500.000, caso tenham por objeto a locação financeira mobiliária, sendo que, quando tal não se verifique, o capital social mínimo é de €7.500.000 (al. e)). Estes montantes foram também aumentados pelo legislador pela Portaria n.º 335/2013. Antes correspondiam, respetivamente, a €3.000.000 e €5.000.000. No que concerne às sociedades de factoring, o valor mínimo a respeitar é de €1.000.000 (al. f)), e nas sociedades financeiras para aquisições a crédito corresponde a €2.500.000 (al. g) da Portaria n.º 335/2013).

Quanto às sociedades mediadoras do mercado monetário ou de câmbios o capital social mínimo previsto na al. j) é de €50.000 ou €500.000, consoante as sociedades operem exclusivamente no mercado monetário ou simultaneamente nos dois mercados. Se se tratar de uma sociedade gestora de fundos de investimento mobiliário ou imobiliário, o capital social mínimo exigido, de acordo com a al. l), é de €125.000. No que tange à al. m), observamos que o capital social mínimo a respeitar para a criação de uma sociedade emitente ou gestora de cartões de crédito corresponde a €500.000, e para uma sociedade gestora de património o montante é de €250.000 (al. n)). Se se tratar de uma sociedade de desenvolvimento regional deve o capital social ser de pelo menos €3.000.000, nos termos da al. o) da Portaria n.º 335/2013.

Caso se pretenda criar uma sociedade administradora de compras em grupo, o legislador estipulou um capital social mínimo de €500.000 ou €250.000, consoante a sociedade administre ou não grupos constituídos para aquisição de bens imóveis (al. q)).

Já se se tratar de uma agência de câmbios, o capital social mínimo a respeitar é de €100.000, de acordo com o estatuído na al. r). Se estiver em causa uma sociedade de garantia mútua, o legislador exige o montante de €2.500.000 (al. s)).

Se a constituição tiver por tipologia uma sociedade financeira de microcrédito, o capital social mínimo exigido é de €1.000.000 (al. t)), e se for uma instituição financeira de crédito, o montante corresponde a €10.000.000 (al. u) da Portaria n.º 335/2013).

Importa ressaltar o art. 2.º da Portaria n.º 335/2013, pelo facto de o legislador não só exigir o cumprimento dos capitais sociais mínimos elencados para as novas sociedades que se constituam, como exige no n.º 1 que, se a sociedade já existir e o montante de capital social não respeitar o novo mínimo estabelecido, este deve ser aumentado.

Na mesma posição encontramos as sociedades desportivas, reguladas pelo DL n.º 10/2013, de 25 de janeiro, cujo art. 7.º, n.º 1, al. a), estatui que o valor mínimo do capital social das sociedades que participem nas competições profissionais de futebol não pode ser inferior a €1.000.000 ou €250.000 (caso a sociedade participe em competições na 1.ª Liga), conforme adote a tipologia de sociedade anónima ou sociedade unipessoal por quotas. Quanto às sociedades que compitam na 2.ª Liga, a al. b) prevê o capital social de €200.000 ou €50.000, consoante a tipologia adotada seja anónima ou unipessoal por quotas. Para além do disposto, o legislador previu ainda, no n.º 2 do art. 7.º que, se a sociedade ascender da 2.ª Liga para a 1.ª, não poderá ingressar se não dispuser do capital social mínimo previsto pela al. a). No que tange às sociedades constituídas para participar noutras competições profissionais, o n.º 3 do mesmo artigo estipula o capital de €250.000 ou €50.000, conforme a tipologia da sociedade seja anónima ou unipessoal por quotas. Por sua vez, se a sociedade desportiva se destinar a competições não profissionais, o capital social mínimo estatuído compreende os valores de €50.000 e €5.000, consoante a sociedade seja anónima ou unipessoal por quotas.

No mesmo sentido de imposição de um capital social mínimo pelo legislador, encontra-se o art. 9.º, n.º 2, do DL n.º 257/2007, de 16 de julho, que estipula o capital das sociedades de transporte de mercadorias, o qual não deve ser inferior a €125.000 ou €50.000, caso respeite a veículos ligeiros. Quanto a este valor é pertinente atentar no

Processo n.º C. Co. 10/2012 SJC-CT, no qual o Registo Nacional de Pessoas Coletivas (RNPC) pretende apurar o valor atualmente exigido para a atividade de transporte rodoviário nacional e internacional, alegando uma incompatibilidade entre os preceitos do art. 9.º, n.º 2, do DL n.º 257/2007 e do n.º 1, do art. 7.º, do Regulamento (CE) n.º 1071/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de outubro ^{128 129}.

Em síntese, o DL n.º 257/2007 foi publicado ainda na vigência da Diretiva n.º 96/26/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro, que fixava o regime jurídico da atividade de transporte de mercadorias, estabelecendo, desta forma, as condições de acesso e de exercício da atividade.

O cerne da questão colocava-se no art. 9.º do indicado Decreto-Lei, na medida em que exigia que as empresas que se pretendessem constituir no âmbito do transporte de mercadorias, deveriam dispor, para efeitos de início de atividade, de um capital social mínimo de €125.000 ou €50.000, sendo que, durante o exercício da atividade, o montante de capital social e reservas não poderia ser inferior a €9.000 pelo primeiro veículo automóvel licenciado e €5.000 ou €1.500 por cada veículo automóvel adicional, conforme se tratasse de veículo pesado ou ligeiro. Não obstante, o n.º 1 do mesmo artigo ressalva que a capacidade financeira da sociedade “consiste na posse de recursos financeiros necessários para garantir o início da actividade e a boa gestão da empresa”.

Ora, constituía entendimento do RNPC que ambos os artigos referidos se mostravam incompatíveis, pelo que o Instituto dos Registos e do Notariado (IRN) propugnou no sentido de que “a dicotomia é bem compreensível se tivermos em consideração que os recursos financeiros indispensáveis para garantir o início da atividade são, naturalmente, superiores aos exigíveis para a manutenção dessa mesma atividade”. Ressalve-se também, neste aspeto, o n.º 2, do art. 3.º, do referido Regulamento, que estipula que “[o]s Estados-Membros podem impor requisitos suplementares, que devem ser proporcionados e não discriminatórios, a preencher pelas empresas para serem autorizadas a exercer a actividade de transportador rodoviário”.

¹²⁸ Refere o predito preceito que: “[p]ara preencher o requisito previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º, a empresa deve poder cumprir em qualquer momento as suas obrigações financeiras no decurso do exercício contabilístico anual. Para esse efeito, a empresa deve demonstrar, com base nas contas anuais, depois de certificadas por um auditor ou por outra pessoa devidamente acreditada, que dispõe anualmente de um capital e de reservas de valor que totalizem pelo menos 9 000 EUR, no caso de ser utilizado um único veículo, e 5 000 EUR por cada veículo adicional utilizado”.

¹²⁹Disponível em: www.amt-autoridade.pt/media/1314/regulamento-ce-n%C2%BA-10712009-do-parlamento-europeu-e-do-conselho-de-21-de-outubro.pdf. Consultado a 10/03/2017.

Creemos que esta interpretação do legislador europeu e, bem assim, do legislador português, não corrobora no sentido de que o capital social deve ser eliminado das legislações por não cumprir com eficácia a sua função principal de garantia.

Não obstante o já anteriormente exposto, existem outras disposições legislativas nas quais se encontra bem patente a exigência de capital social mínimo, desde logo as instituições de pagamento e de moeda eletrónica, ambas reguladas pelo DL n.º 242/2012, de 7 de novembro, cujo art. 10.º, n.º 2, al. b) indica que “[a]s instituições de pagamento e as instituições de moeda eletrónica com sede em Portugal devem (...) ter o capital social mínimo correspondente aos serviços a prestar, nos termos do art. 29.º”. Atentando no n.º 1, al. a), deste artigo, observamos que o capital social mínimo das instituições de pagamento não deve ser inferior a €20.000 para as instituições que prestem o serviço de pagamento indicado na al. f) do art. 4.º. Segundo a al. b), do n.º 1, do art. 29.º, o capital social mínimo previsto corresponde a €50.000 para as instituições que prestem o serviço de pagamento da al. g) do art. 4.º. No que concerne à al. c), do n.º 1, do art. 29.º, encontramos a estipulação de um montante mínimo de €125.000 aplicável às instituições que prestem qualquer dos serviços de pagamento indicados nas als. a) a e) do art. 4.º. Quanto ao capital social mínimo das instituições de moeda eletrónica, aferimos pelo disposto no art. 33.º- B, n.º 1, do Decreto-Lei supramencionado, que não deve ser de valor inferior a €350.000.

Mias ainda, também o art. 19.º, n.º 2, al. b), do DL n.º 144/2006, de 31 de julho, prevê que o capital social mínimo dos corretores de seguros, quando se tratem de uma pessoa coletiva, não seja de montante inferior a €50.000, devendo este valor ser inteiramente realizado na data do ato de constituição. No que concerne a esta disposição legislativa, é mister tecer algumas considerações, sobretudo no que respeita ao Processo n.º C. Co. 5/2012 SJC-TC, em que o Instituto de Seguros (IS) proclamou que não deveria ser aplicado às sociedades por quotas e unipessoais por quotas respeitantes a agentes de seguros, o disposto no DL n.º 33/2011, pelo que propugnaram no sentido da manutenção do anterior regime de €5.000.

Era entendimento do referido Instituto que o cumprimento de um capital mínimo naquele montante constituía “um requisito essencial para que se (...) [pudesse] concluir pela adequação da estrutura económico-financeira para efeitos de exercício da atividade de agente de seguros”. Por seu turno, face à exposição do IS, o IRN procedeu à análise e consequente decisão da situação, expondo que “para a constituição de algumas

sociedades encontra-se também fixado por lei, com carácter obrigatório, um montante mínimo para o capital social, independentemente de essas sociedades estarem ou não vinculadas à observância de outros requisitos especiais, sejam eles tendentes à sua constituição sejam meramente condição para o acesso e exercício da atividade”. Como conclusão da pretensão do IS, o IRN socorreu-se do art. 9.º, n.º 3, do CC ¹³⁰ para afirmar que “se o legislador não consagrou um regime mínimo que se lhe aplique [às sociedades agentes de seguros] não foi, certamente, por desatenção”.

Pelo exposto, cumpre tecer algumas considerações.

Desde logo, há que compreender qual o rumo que o legislador pretende tomar relativamente ao capital social. Sublinhe-se que, face aos elevados montantes anteriormente descritos e ao número de sociedades existente em Portugal na qual o capital social mínimo continua a ser exigido, não corrobora a favor da posição legislativa patente no DL n.º 33/2011. Note-se que foi única e exclusivamente nas sociedades por quotas que incidiu a supressão do capital social, com o fundamento de que não era o garante dos credores e que constituía um entrave à iniciativa económica. De facto, não negamos a afirmação do legislador no sentido de que a imposição de um capital social mínimo constitui, sem dúvida, um entrave à criação de sociedades. Não obstante, a imposição de um mínimo a respeitar afastaria situações impulsivas e não refletidas de criação de sociedades, dado que qualquer montante irrisório, em Portugal, é suficiente para criar uma sociedade por quotas ou unipessoal por quotas ¹³¹.

Sendo que o objetivo do legislador na promulgação do DL n.º 33/2011 se baseou nas considerações expostas, questiona-se qual o fundamento que viabilize, cinco anos depois, a imposição de mínimos elevados de capital social e consequentes aumentos de valor após a promulgação do mencionado diploma.

Questiona-se ainda se essa manutenção não terá por base a função de garantia associada à figura. Note-se que o Parlamento e o Conselho Europeu também defendem, por exemplo, no transporte de mercadorias, a imposição de um valor mínimo para a criação

¹³⁰ Prescreve o predito número que: “[n]a fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”.

¹³¹ Também neste sentido PEREIRA, A. S., A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais: Um estudo de Direito Comparado, Dissertação de Mestrado, Escola de Direito da Universidade do Minho.2011, pág. 33) refere que o mínimo exigido apenas servia para “impedir a criação de sociedades precipitadamente”.

de uma empresa, pelo que não corrobora, também, no sentido da supressão da figura que tendem ser a favor.

Creemos, por seu turno, que o legislador na tentativa de colocar Portugal na competição do comércio societário e atrair no território o estabelecimento de empresas, aboliu o anterior regime de capital social mínimo das sociedades por quotas criando um regime sem dúvida mais flexível, mas que abre portas a que a maioria das sociedades nasçam sem poder financeiro que as permita impulsionar e manter no meio societário ¹³². Revela-se, contudo, contraditório quando as restantes sociedades continuam a ter capital social mínimo.

Consideramos, assim, que a entrada em vigor deste Decreto-Lei apenas veio ajudar à constituição de sociedades subcapitalizadas à nascença, tal como observámos pelos dados supramencionados. Mais observámos que um elevado número dessas sociedades constituídas com capital social reduzidíssimo acabou por insolver (muitas com duração média de apenas um ano), pese embora não possamos, naturalmente, atribuir ao capital inicialmente investido a única culpa de tal consequência. Parece-nos, assim, que sempre terá de se estudar se existe ou não algum nexo de causalidade entre ambos os factos para que, existindo, se corrija o que é possível de corrigir. Cumpre promover o empreendedorismo, o desenvolvimento da economia e a robustez do tecido empresarial nacional, mas não à custa de atos irrefletidos cujas consequências jurídicas e riscos podem ser transferidos apenas para esferas jurídicas alheias.

Neste sentido, perfilhamos das sábias palavras de M.M. Carvalho ¹³³, ao referir que “[g]ostariámos muito de pensar que os sócios de uma sociedade vão tentar dotá-la do capital próprio necessário prossecução, com estabilidade, da actividade proposta. Não obstante, antevemos que (...) tal possa não suceder (...) [e, nesse caso,] importa acautelar, desde logo, os riscos dos credores dessas sociedades”.

Posto isto, parece-nos que seria, de facto, mais proveitoso se o legislador português, à semelhança do verificado noutros países europeus, ao invés de ter tornado o capital social livre nas sociedades por quotas, ter criado um subtipo de sociedades de

¹³² Porque de outra forma, o legislador seria conciso e optava por manter o instituto em toda a tipologia de sociedades ou retirá-lo, também, na sua totalidade.

¹³³ CARVALHO, Maria Miguel (2011), “O novo regime jurídico do capital social das sociedades por quotas”, In *O Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, Coimbra: Almedina. , pp. 9-35

responsabilidade limitada para as sociedades de menor dimensão, as quais obedeceriam a um regime jurídico diverso e para as quais não estava estipulado um capital social mínimo.

Para além do disposto, há que ainda fazer referência ao facto de que a própria jurisprudência portuguesa, posteriormente à entrada em vigor do DL n.º 33/2011, ter continuado a propugnar no sentido da existência de uma função de garantia do capital social¹³⁴.

De facto, é a esta função que se tem vindo a atribuir um maior relevo. O nosso Código das Sociedades Comerciais, em prol da tutela destes credores, apresenta um elenco normativo que pretende garantir a constituição e a conservação do capital. De entre as principais medidas legislativas destinadas a assegurar aquela finalidade de tutela dos credores sociais, e tal como acabamos de expor, destacam-se as relativas à redução do capital social. Efetivamente, com a operação de redução do capital social há uma libertação ou devolução de bens do património aos sócios, diminuindo, assim, a principal garantia dos credores sociais, isto é, o património social.

Na verdade, nesta tese, é mister analisar o regime da redução do capital social consagrado no nosso CSC; e, uma vez examinados os mecanismos de proteção previstos no ordenamento jurídico português, verificar se tal regime é suscetível de tutelar, adequadamente, os interesses dos credores sociais potencialmente afetados pela operação em causa, face à clara inaplicabilidade dos institutos jurídicos conhecidos como a Desconsideração da personalidade Jurídica das Pessoas Coletivas e bem assim, a reversão fiscal em sede de execução fiscal., que claramente deixam de fazer sentido poder ser analisadas e postas em funcionamento em sociedades subcapitalizadas à nascença.

Senão vejamos com mais acutilância e em concreto esta principal função, a de garantia dos interesses dos credores sociais

É, essencialmente, nesta sua função – garantia dos interesses dos credores sociais - que nos iremos basear e debruçar para dar corpo à defesa do tema que nos propusemos tratar,

¹³⁴ Neste sentido, veja-se o Ac. do STJ de 12-01-2012 (em que foi relator Álvaro Rodrigues; disponível em <http://www.dgsi.pt>), ao mencionar que se “costuma (...) dizer que o capital social é garantia comum dos credores”.

E tal como já referimos anteriormente, uma das principais funções atribuídas ao capital social é a de garantia dos interesses dos credores sociais. Deste modo, qualquer operação que tenha como objetivo a redução da cifra do capital social, independentemente de visar a libertação de capital excessivo ou a compensação de perdas, poderá resultar numa diminuição da sua garantia.

A limitação da responsabilidade ao valor do capital social, proporcionada pela sociedade comercial, não representa uma capa protectora infalível para os sócios que pretendem através dela obter resultados ilícitos, sendo certo que tais pretensões são um desvio à função para a qual foi a sociedade constituída como figura jurídica.

De facto, a defesa dos interesses e princípios sobre os quais assentam as sociedades comerciais vem, sucessivamente, a ser acautelada quer através da criação de normativos legais que permitem corrigir os desvios de função verificados, quer por meio de correntes doutrinárias e jurisprudenciais que permitem conduzir a tal objectivo.

Ora, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que iremos aprofundar mais adiante, constitui em Portugal, apenas uma corrente doutrinária, embora noutros países, como nos Estados Unidos da América, na Alemanha ou mesmo até no Brasil, já represente uma via jurisprudencial assinalável.

No direito moderno a personalidade jurídica atribuída à sociedade comercial apenas pode ser entendida como um instrumento jurídico-formal para a prossecução de interesses e fins pacificamente aceites e como tal valorizados pela ordem jurídica.

Nesta medida, se nos debruçarmos sobre o aspecto comercial, económico ou ainda patrimonial do problema, poderemos alinhar alguns desses fins aceites pela ordem jurídica:

A conveniência ou viabilização dos empreendimentos económicos, a necessidade técnica dos grandes empreendimentos e a necessidade de elevados investimentos exigem conjugação de esforços e confiança recíproca entre os agentes económicos, traduzida em cooperação que a ordem jurídica uniformiza através da personalização.

De facto, todas estas necessidades, cuja satisfação é vital para a existência de um comércio saudável e progressista, levaram à criação de mecanismos legais que permitiram o aparecimento de entes jurídicos distintos dos sócios que as constituíram

com determinado propósito, sendo elas próprias caracterizadas por elementos que definem a pessoa jurídica enquanto tal.

Na riquíssima realidade que a ordem jurídica pretende regulamentar, situações existem em que a criação de uma sociedade comercial enquanto tal, como pessoa jurídica, é imposta legalmente. É assim que, por razões de política económica, a lei só autoriza que certas actividades sejam exercidas por sociedades comerciais, como é o caso, por exemplo, da actividade financeira e da actividade seguradora, entre outras.

Ressalta assim a ideia de que, por um lado, a limitação da responsabilidade dos sócios serve de instrumento de viabilização da actividade económica, diminuindo os seus riscos e assim promovendo o investimento, e de que por outro lado, o credor que contrata com tais sociedades, sabe que a responsabilidade dos sócios se limita ao capital subscrito, daí poder precaver-se, se o entender necessário, por exemplo, exigindo garantias adicionais.

A sociedade comercial representa assim, um instrumento legítimo de destaque patrimonial para a exploração de certos fins económicos, de modo a que o património titulado pela sociedade responda pelas obrigações sociais, só se chamando os sócios à responsabilidade em situações restritas.

O destaque patrimonial é a principal característica das sociedades comerciais, mas a autonomia da pessoa jurídica não tem, no entanto, o condão de transformá-la em ente totalmente alheio às pessoas dos sócios. Senão vejamos: o património da sociedade é através da acção ou quota de capital, expressão também do património dos sócios. A vontade da sociedade sendo balizada pelos estatutos e pelas decisões dos órgãos de administração neles previstos, é, em grande medida, o reflexo da vontade dos sócios.

Em síntese, podemos afirmar que a sociedade exerce uma função legítima, não representando abuso a limitação de responsabilidade que propícia. Contudo, a sua autonomia em relação às pessoas dos sócios é relativa, pois indirectamente, o seu património a eles pertence e a sua vontade é, pela vontade deles, fortemente direccionada.

É um facto que o reconhecimento da personalidade jurídica da sociedade resulta na sua compreensão como uma entidade jurídica distinta dos seus sócios e que possui bens separados dos bens dos seus sócios. Tal significa, por outras palavras, que a personificação da sociedade, e a sua consequente consideração como uma pessoa

jurídica, estabelece o princípio fundamental da separação da sociedade dos seus sócios bem como a separação dos respectivos patrimónios.

No que diz respeito aos tipos de sociedades mais usados no nosso país – as sociedades anónimas e as sociedades por quotas -, verifica-se que esta separação é muito relevante do ponto de vista dos bens, o que pode ser demonstrado se atentarmos em três características constantes do nosso ordenamento jurídico:

- os credores da sociedade podem obter os pagamentos dos seus créditos promovendo a execução judicial dos bens da sociedade;
- os credores da sociedade não podem executar os bens dos sócios;
- os credores pessoais dos sócios não podem, em regra, executar os bens da sociedade.

Assim há que discorrer um pouco sobre as formas alternativas de que os credores sociais se podem socorrer para , eventualmente, poderem vir a ser ressarcidos de quaisquer danos em que venham a incorrer por incuria das sociedades por quotas com quem venham a contratualizar.

5.1. Alternativas à Função de Garantia do Capital Social perante os Credores Sociais

Desde logo, encontramos a exigência pelos credores de outras garantias (pessoais ou reais) aos sócios. No entanto, esta opção encontra-se apenas ao alcance dos credores fortes (ou voluntários), sujeitando os credores fracos a um nível de proteção inferior. A este propósito, ¹³⁵H. P. Leite indica que os credores “encontram-se hierarquizados, consoante o seu tipo de crédito, o qual vai ser o elemento indicativo da medida da sua tutela”. Neste sentido, importa proceder a distinções base no âmbito dos conceitos de credores fortes (ou voluntários) e credores fracos (ou involuntários). Conforme resulta das designações mencionadas, um credor forte será, por exemplo, aquele que tem poder suficiente para exigir outras garantias que acautelem o interesse do seu crédito (instituições bancárias), faculdade que não é possibilitada aos credores fracos que, muitas vezes, são trabalhadores da própria sociedade ou pequenos fornecedores.

¹³⁵ LEITE, H. P. (2012), *Capital Social Livre: Incentivo à Iniciativa Privada e Novos Rumos para a Proteção de Credores Sociais*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, pág.33

A nosso ver, a exigência, por parte dos credores de outras garantias aos sócios culmina num desvio à responsabilidade limitada de que são, através do contrato de sociedade, titulares. Contudo, “a responsabilidade limitada tem efeitos prejudiciais uma vez que os instrumentos jurídicos previstos para garantir a posição dos credores não funcionam, sendo necessário exigir garantias suplementares”¹³⁶.

No sentido de proteger os credores fracos, incapazes de exigir outras garantias ao alcance dos credores fortes, encontra-se o seguro de responsabilidade civil^{137 138}. A legislação alemã prevê, neste mesmo sentido, por exemplo, que os advogados que pretendam constituir-se em sociedade de responsabilidade limitada, celebrem contrato de seguro de responsabilidade civil, visando salvaguardar os interesses dos credores fracos. Também em Portugal um advogado com inscrição em vigor deve celebrar e manter um seguro de responsabilidade civil profissional, que tem como limite máximo o valor de €250.000, conforme o art. 104.º, n.º 1, do DL n.º 145/2015, de 9 de setembro.

As sociedades profissionais de solicitadores de responsabilidade limitada têm também a previsão de um seguro de responsabilidade civil obrigatório, previsto no art. 123.º, n.º 3, da Lei n.º 154/2015, de 14 de setembro, no valor mínimo de €500.000 e máximo de 5.000.000, não podendo ser inferior a 50% do valor da faturação.

Também os solicitadores, à semelhança dos advogados, têm de celebrar e manter um seguro de responsabilidade civil profissional no valor mínimo de €100.000 (art. 123.º, n.º 2, al. a), da Lei n.º 154/2015), sendo que, caso se trate de um agente de execução, o valor corresponde também a €100.000 ou a 50% do valor da faturação se for superior ao predito montante (art. 123.º, n.º 2, al. b) do predito diploma).

¹³⁶ RODA, C. B. (2000), *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Aranzadi Editorial, 3ª Edición.

¹³⁷ LEDESMA, C. A., “Algunas Reflexiones sobre la Función (la utilidad) del Capital Social como Técnica de Protección de los acreedores”, *In Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal*. Libro Homenaje al Profesor Rafael Garcia Villaverde, Tomo I, Marcial Pons, pág.148, Madrid/Barcelona/Buenos Aires.2007, propugna precisamente neste sentido: a sociedade deve celebrar um seguro de responsabilidade civil, com vista a acautelar os interesses dos credores fracos, atendendo que a sua proteção é diminuta quando comparada à dos credores fortes. No mesmo sentido, vide Siems, Herzog & Rosenhäger (2001, pp. 5-6).

¹³⁸. No mesmo sentido, SIEMS, M., Herzog, L., Rosenhäger, E., *The Protection of Creditors of a European Private Company (SPE)*.2011, Disponível em: www.ssrn.com/abstract=1805230. Consultado a 05/02/2017, pág.5-6.

O legislador português previu, no art. 396.º do CSC, que a responsabilidade dos administradores das SA fosse caucionada (n.º 1), permitindo a substituição desta caução por um contrato de seguro (n.º 2), a favor dos titulares de indemnizações, de valor não inferior a €250.000 para as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e para as sociedades que cumpram os critérios da alínea a) do n.º 2 do artigo 413.º. Para as restantes sociedades o valor não deve ser inferior a €50.000, cfr. n.º 1, do art. 396.º, do CSC.

Encontra-se ainda ao alcance dos credores a inserção de uma cláusula no contrato de crédito ou de financiamento com vista a limitar ou até a impedir distribuições de dividendos aos sócios, bem como estipular a regulação de outros atos que coloquem em risco a satisfação dos interesses creditórios dos mesmos (Ledesma, 2007, p. 142¹³⁹). Estamos, desta forma, perante *debt covenants*¹⁴⁰ (cláusulas restritivas), utilizadas em larga medida nos Estados Unidos pelos credores para assegurar os seus interesses, bem como na Alemanha¹⁴¹.

Estas cláusulas visam, especialmente, garantir que o devedor (a sociedade) mantém o capital suficiente para fazer face às obrigações que contraiu, sendo a cláusula mais utilizada, por seu turno, a restrição quanto à distribuição de dividendos aos sócios¹⁴². Neste caso, os credores fracos ficam protegidos pela cláusula restritiva, ainda que de forma indireta^{143 144}. Ressalve-se que os credores fortes podem ainda exigir, mediante a

¹³⁹ LEDESMA, C. A. (2007), “Algunas Reflexiones sobre la Función (la utilidad) del Capital Social como Técnica de Protección de los acreedores”, *In Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal*. Libro Homenaje al Profesor Rafael Garcia Villaverde, ob.cit pp. 127-157.

¹⁴⁰ Note-se que podemos encontrar *affirmative covenants e negative covenants*. No que concerne aos primeiros, encontramos como exemplos principais a manutenção de um limite mínimo de capital social assim como de ratio financeiro. Quanto aos segundos, encontramos a exigência de prestar periodicamente informação da “saúde” financeira da sociedade (Leite, 2012, p. 32; Manning & Hanks, 2002, pp. 103-104).

¹⁴¹ No mesmo sentido, vide FERRAN, Eilís – *The place for creditor protection on the agenda for modernisation of company law in the European Union*. In ECFR, 3:2 (2006). Pág.. 6

¹⁴² LUNDGREN, K. T., *Liability of a Creditor in a Control Relationship with its Debtor*, In MLR 523, pp. 523-556.1984. Neste âmbito, é fundamental sublinhar uma questão levantada por este autor, que apela ao facto de um nível elevado de intervenção de um credor forte na sociedade, (porquanto este quer garantir um elevado nível de tutela e a própria sociedade necessita do financiamento desse credor), consubstanciar uma interferência na gestão da mesma que poderá, a posteriori, apresentar prejuízos e colocar em risco o sucesso do projeto empresarial, não existindo estipulação a proibir esta interferência dos credores no seio societário. Veja-se, em sentido contrário, Leite (2012, pp. 32-33).

¹⁴³ HOPT, K. J. , - *Modern Company Law Problems: A European Perspective* Keynote Speech.2000, Disponível em: www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/1857275.pdf, pág. 6, Consultado a 6/05/2016. Contudo, não podemos pensar que os credores fracos se encontram, indiretamente, protegidos

ocorrência de determinada situação, que o seu crédito seja imediatamente liquidado. Encontra-se também na posse dos credores fortes o poder de negociar o seu crédito consoante a evolução da sua relação com a sociedade, ou seja, no momento em que o credor contrata com a sociedade, a taxa de juro é estabelecida tendo por base a situação patrimonial desta. Se, posteriormente, houvesse uma distribuição de dividendos aos sócios e, por conseguinte, ocorresse uma delapidação do ativo patrimonial da empresa, o credor poderia aumentar a taxa de juro como consequência do aumento do risco ¹⁴⁵. Se, por exemplo, se tratar de um fornecedor, este pode exercer ainda o direito de retenção até que a dívida vencida se encontre liquidada.

Mais, para obviar também às consequências que o capital social livre acarreta na esfera dos credores sociais como promotor de sociedades originariamente subcapitalizadas, há quem entenda que deve ser chamado à colação o instituto da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais (nomeadamente nas sociedades de capitais),(instituto que iremos desenvolver mais adiante) , e responsabilizar os sócios, em determinadas situações, pelo cumprimento de obrigações sociais na medida das suas participações. Note-se, de forma resumida, que a personalidade jurídica (possibilidade de ser titular de direitos e de deveres), adquire-se, conforme previsto no art. 66.º, n.º 1, do CC, no momento do nascimento completo e com vida. No caso das sociedades comerciais, a personalidade jurídica (ou personalidade coletiva) é reconhecida pelo registo definitivo do pacto social pelo qual a mesma foi constituída, nos termos do art. 5.º do CSC.

Assim sendo, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica irá considerar, nas melhores palavras de Pedro Cordeiro ¹⁴⁶, “limites genéricos à personalidade e, designadamente: a eventualidade de, sem normas específicas e por exigência do

na sua totalidade. O que se verifica na presente situação é apenas um aproveitamento que decorre de uma cláusula celebrada por um credor forte, mas que acaba por abranger todos os credores. No entanto, o credor forte que celebrou a predita cláusula terá em conta o seu próprio interesse e não o de um credor fraco sem poder para exigir qualquer garantia adicional. Neste sentido, vide Ewang (pp. 18-19), Ferran (2005, p. 10) e Leite (2012, p. 34). Note-se ainda que, neste caso, o capital social seria proveitoso para a generalidade dos credores, ao contrário dos covenants que aproveitam apenas aos credores fortes (Ledesma, 2007, p. 149).

¹⁴⁴ MACHADO, Francisco Soares – *Effective creditor protection in private companies: mandatory minimum capital rules or ex post mechanisms?* 2010, Ob.cit.3-4

¹⁴⁵ SCHÖN, Wolfgang, *The future of legal capital*. In EBOR, 5:3 , 2004. Pp. 429 – 448.

¹⁴⁶ CORDEIRO, Pedro,- *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, AAFDL, Lisboa, 1994.

sistema, o Direito, em certas situações, passar do modo colectivo ao modo singular, ignorando a presença formal duma pessoa colectiva”.

Tal como aferimos anteriormente na exigência pelos credores de garantias suplementares a fim de contratarem com a sociedade e salvaguardarem os seus interesses, estamos novamente no instituto da desconsideração da personalidade jurídica perante um desvio à responsabilidade limitada. Não podemos, contudo, descuidar que a responsabilidade limitada é um “incentivo ao empreendimento e aventura (...) [mas que possibilita] comportamentos que não existiriam se a responsabilidade dos sócios fosse ilimitada”¹⁴⁷, comportamentos esses que implicam, em todos os casos, custos sociais”¹⁴⁸.

Pretendemos com isto dizer que, frequentemente, as sociedades são criadas e utilizadas como “arma de caça de lucros” segura para os sócios e com riscos diminutos para estes em virtude da adoção de uma sociedade de responsabilidade limitada, “mas desproporcionadamente perigosa ou letal para direitos e interesses de terceiros”^{149 150}. É

¹⁴⁷ Cfr., neste sentido, Duarte (2007, p. 94). Não raras vezes, em situações de insolvência iminente, são adotadas pelos gerentes condutas arriscadas, isto é, são assumidos riscos elevados com vista a que, por mera sorte, o destino insolvente da sociedade seja evitado. Destarte, são assumidas obrigações, e.g., recorrência a crédito, que não será saldado dado que a sociedade já está iminente insolvente, prejudicando os terceiros credores através de um ato ilícito praticado pelos sócios ou gerentes cobertos pela personalidade jurídica da sociedade e conseqüente responsabilidade limitada de que são titulares. Note-se que os gerentes estão vinculados aos arts. 18.º e 19.º do CIRE, sendo que, neste caso, omitindo o dever de apresentação à insolvência, incumprem também com o n.º 1 do art. 78.º do CSC, quando pela assunção de riscos desnecessários o património da sociedade se torne insuficiente para a satisfação dos créditos dos credores. Se a assunção dos riscos for efetuada tendo o gerente conhecimento da situação de insolvência da sociedade e não a requereu nos termos legalmente prescritos, este incumpriu com o dever de um gestor criterioso e ordenado, atuando culposamente, devendo responder para com os credores da sociedade. Note-se que o art. 64.º, n.º 1, al. b) do CSC, exige que os gerentes observem um dever de lealdade e atuem no interesse da sociedade respeitando o interesse dos credores, situação que não se verifica quando abusam do instituto da personalidade coletiva daquela.

¹⁴⁸ DUARTE, Diogo Pereira, *Aspetos do Levantamento da personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio : contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária*, Coimbra, 2007, pág. 93-94, Trata-se mesmo de um mecanismo de segurança jurídica para os credores que se contrapõe com a (in)segurança da responsabilidade limitada, ou seja, à partida a responsabilidade dos sócios é limitada (transmitindo-lhes segurança na sua atuação), não devendo ser afastada. Contudo, existem exceções o que se afigura numa insegurança para os mesmos mas numa segurança para os credores.

¹⁴⁹ MERKT, H., “Creditor Protection and Capital Maintenance from a German Perspective”, In *European Business Law Review*, Volume 15, Issue 5, pp. 1045-1057.2004. É precisamente neste sentido que Merkt refere que as normas de manutenção do capital social poderão proteger contra a distribuição de dividendos que prejudicarão os credores mas não protegem contra as más decisões tomadas pelos gestores.

¹⁵⁰ ABREU, J. C. (2011), “Subcapitalização de Sociedade e Desconsideração da Personalidade Jurídica”, in *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal* Coimbra: Almedina, 2011, pp. 37-41.

no sentido de punir sócios e gerentes pela má conduta quer *ab initio* ao não dotarem a sociedade do capital suficiente relativamente ao objeto a prosseguir (subcapitalização originária) ¹⁵¹, criando uma sociedade que, à partida, está condenada a fracassar num curto espaço de tempo, bem como durante a vida da sociedade na adoção de riscos elevados condenando-a ao mesmo destino, e em que em ambas as situações serão repercutidas consequências na esfera dos credores, que será utilizado excepcionalmente o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Importa, não obstante, antes da análise deste mecanismo, atender à definição de subcapitalização.

A subcapitalização é entendida como a “situação em que a sociedade se encontra devido ao seu capital ser inferior àquele que seria adequado”. Doutrinalmente esta subcapitalização pode ser perspetivada como subcapitalização originária quando, a priori, os sócios não dotem a sociedade de capital suficiente relativamente ao objeto que esta irá explorar, ou superveniente quando a falta de capital próprio ocorra em momento posterior, e.g., caso se verifiquem perdas graves. A subcapitalização pode ainda ser classificada como material quando a sociedade esteja carente de capitais próprios suficientes para a prossecução da sua atividade, não sendo esta carência suprida por empréstimos dos sócios, sendo materialmente manifesta no caso de a subcapitalização da sociedade ser evidente e reconhecível, ou formal/nominal. É entendida como subcapitalização formal ou nominal quando a sociedade disponha de recursos, mas esses recursos não são fundos próprios daquela, mas sim empréstimos dos sócios .

No direito alemão não foram poucas as tentativas de estabelecimento de uma regra que solucionasse as questões inerentes à responsabilidade limitada dos sócios, especialmente a responsabilização direta destes numa sociedade limitada perante uma má conduta dos mesmos. Neste contexto, os tribunais previram alguns exemplos em que o mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica poderia ser chamado à colação, “ressalvando, uma e outra vez, que a identidade de uma pessoa jurídica não

¹⁵¹ Importa tecer uma breve nota quanto a esta afirmação. Não existe, no ordenamento jurídico societário português, norma que exija a adequação do capital social ao objeto da sociedade. Desta forma, responsabilizar os sócios por não dotarem a sociedade de capital suficiente face ao objeto quando a lei o permite, na medida em que foi o legislador que, nesta situação, abriu portas à ocorrência de subcapitalização originária, não deve ser uma solução adotada sem ponderação. Por outro lado, como já verificámos, para várias atividades o legislador exigiu o cumprimento de capitais sociais mais altos, precisamente porque atendeu ao objeto da sociedade e esse cumprimento mostra-se essencial para a devida exploração da atividade.

deve ser facilmente ignorada e que, portanto, o véu corporativo só pode ser perfurado¹⁵² se a «realidade da vida», «o poder dos factos» ou constrangimentos económicos, imperativamente exigirem que tal ocorra»¹⁵³.

Sem regulamentação expressa na lei portuguesa tal não olvida a aplicabilidade deste instituto no caso concreto¹⁵⁴, com observância do propugnado pela doutrina e pela jurisprudência.

Entendemos, contudo, o rigor exigido pelo sistema no que concerne à utilização deste instituto, porquanto se o objetivo das sociedades de capitais é o de permitir a prossecução de uma atividade conferindo um escudo jurídico através da limitação de responsabilidade, não devemos desconsiderá-la sem um motivo que fortemente justifique essa desconsideração¹⁵⁵. Fazê-lo seria, sem mais, descaracterizar aquela que é uma garantia oferecida aos sócios pela constituição de uma sociedade de capitais, de

¹⁵² Entendeu o legislador alemão que para a responsabilização de outras pessoas para além da sociedade deveria ser utilizado o termo “Durchgriff bei juristischer Personen”, o qual significa “Penetração nas pessoas coletivas”.

¹⁵³ HAAR, B. (2000), “Piercing the Corporate Veil and Shareholder’s Product and Environmental Liability” in *American Law as Remedies for Capital Market Failures – New Developments and Implications for European and German Law after “Centros”*. Disponível em: www.ssrn.com/abstract=272325. Consultado a 16/05/2016.

¹⁵⁴ Importa referir, e.g., o Ac. do STJ de 20/11/2011, proc. n.º 434/1999.L1.S1 (Salazar Casanova), disponível em www.dgsi.pt (consultado a 10/03/2016), o qual refere que “[a] desconsideração da personalidade jurídica é efetivamente um instituto não regulamentado na lei portuguesa, mas isso não significa que o nosso direito civil não disponha, na sua positividade, de regras fundamentais que o permitem acolher; (...) A jurisprudência tem reconhecido o abuso da personalidade coletiva: assim, no Ac. do STJ de 30/11/2010 (Fonseca Ramos), revista n.º 1148/03.5TVLSB.S1- 6ª secção onde se refere que “a desconsideração ou levantamento da personalidade coletiva das sociedades comerciais - disregard of legal entity - tem na sua base o abuso do direito da personalidade coletiva [...] e que a desconsideração, como instituto assente no abuso do direito - art. 334.º do CC -, tem em si abrangida a violação das regras da boa fé no interagir com terceiros, implica a existência de uma conduta censurável que só foi possível alcançar mediante a separação jurídica do ente societário - através da personalidade jurídica que a lei lhe atribui - e a pessoa dos sócios, para assim almejar um resultado contrário a uma reta atuação; ou ainda, o Ac. do STJ de 21/2/2006 (Paulo Sá), revista n.º 3704/05 onde se menciona que, na vertente do abuso de personalidade, podem perfilar-se algumas situações em que a sociedade comercial é utilizada pelo(s) sócio(s) para contornar uma obrigação legal ou contratual que ele, individualmente assumiu”. Encontramos, também, o Ac. do TRG de 21/01/2016, proc. n.º 2217/10.0TBGMR.G1 (Maria Luísa Ramos), disponível em www.dgsi.pt (consultado a 15/06/2016), o qual recorre à doutrina, nomeadamente a Menezes Cordeiro, para fundamentar que “[o] poder de actuar através de sociedades tem limites intrínsecos (...) [sendo que] a doutrina que sustenta, explica e aplica tais limites é a do levantamento da personalidade”. Acrescentam ainda que “[o] (...) instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem vindo a ser considerado e aceite na Doutrina e Jurisprudência, por referência à figura do “Abuso de Direito”, “Fraude à Lei” e “Princípio da Boa Fé”, com carácter subsidiário. Devendo os autos fornecer os elementos de facto que permitam fundamentar o levantamento”.

¹⁵⁵ CORDEIRO, P. (2008), *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Coleção TESES, 3.ª Edição, Universidade Lusfada Editora, pág.69

forma que, ao invés de lhes conferir segurança jurídica, lhes demonstrará que a responsabilidade limitada não é, com efeito, verdadeiramente limitada, quando, por qualquer motivo, puderem ser responsabilizados ¹⁵⁶, derrogando um dos princípios fundamentais do direito das sociedades.

Por esta razão tem refletido a jurisprudência dos tribunais portugueses que a desconsideração não é mais do que uma “correção das consequências jurídicas da imputação à sociedade (...) de certos atos que pelo seu carácter abusivo ou pela sua finalidade extra-societária, se entende que, excepcionalmente, devem obrigar outras pessoas ou outros patrimónios” (Ac. do TRC de 09/01/2017) ¹⁵⁷. Desta feita, pretendem os tribunais lançando mão deste mecanismo tutelar os frágeis interesses dos credores sociais.

Face ao exposto, verificamos que existem sérias situações em que a personalidade jurídica da sociedade deve ser desconsiderada e os sócios, responsabilizados, na medida em que são estes que comandam os interesses da sociedade, ainda que “mascarados” por esta. Foi neste sentido que a jurisprudência estabeleceu um critério de aplicação deste mecanismo, particularmente quando se verifique uma confusão entre a esfera jurídica da sociedade e dos sócios, confundindo-se o património destes, a subcapitalização da sociedade e as relações de domínio grupal. Neste âmbito, se uma situação se enquadrar

¹⁵⁶ Importa, neste âmbito, atentar no pressuposto em que é, efetivamente, concedida a responsabilidade limitada, pelo facto de, não raras vezes, se cair no erro de julgar que atribuição de responsabilidade limitada a um determinado sócio significar que, em nenhum caso, este poderá ser responsabilizado pelas dívidas da sociedade. Neste contexto, Cordeiro (2008, p. 82) esclarece que a “[r]esponsabilidade limitada significa (...) que só o património social responde perante os credores. Sentido desta limitação é que perante os credores da sociedade responde esta e não os sócios. A sociedade é, portanto, na realidade, uma sociedade de responsabilidade ilimitada, os sócios é que respondem apenas de forma limitada” até ao montante das suas quotas, no caso de uma sociedades por quotas, ou ações, no caso de uma SA. Deste modo, quando o património social, principal garante dos credores, seja dissipado pelos sócios em detrimento dos interesses creditórios daqueles, haverá lugar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade com vista à responsabilização dos sócios até ao montante das suas participações sociais. Este instituto não visa, como menciona Requião (1969, p. 14), “anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas e os bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos”. Veja-se, e.g., o Ac. do TRL de 16/03/2016, proc. n.º 122/13.8TTTVD-4 (Leopoldo Soares), disponível em www.dgsi.pt (consultado a 15/06/2016), o qual refere que “[n]aquelas situações em que se verifique que a personalidade colectiva é usada de modo ilícito ou abusivo para prejudicar terceiros, nomeadamente para retirar direitos e garantias a trabalhadores, existindo uma utilização contrária a normas ou princípios gerais, cumpre desconsiderá-la”; outro exemplo de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica num caso concreto é o apresentado no Ac. do TRL de 04/05/2016, proc. n.º 990/11.8TTLSB.L1-4 (José Eduardo Sapateiro), disponível em www.dgsi.pt (consultado a 15/06/2016).

¹⁵⁷ Proc. n.º 473/13.1TBOHP.C1 (Luís Cravo), consultado a 31/01/2017.

no supra disposto, têm entendido os Tribunais que a personalidade jurídica da sociedade foi utilizada de forma abusiva e, conseqüentemente, de forma ilícita com o objetivo de prejudicar terceiros.

Não obstante os factos apresentados, a maioria das decisões jurisprudenciais culmina na não aplicação deste instituto, maioritariamente por falta de elementos probatórios¹⁵⁸.

Em contraposição com o instituto anteriormente explanado encontra-se o mecanismo da responsabilização por via aquiliana, a qual se encontra prevista nos arts. 78.º e 79.º, n.º 1, do CSC¹⁵⁹, e pressupõe o cumprimento de vários pressupostos: ação, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade entre a ação e o dano.

Creemos, sem margem para dúvidas, que o abuso da personalidade coletiva, para além de se tratar de uma ação, consubstancia uma ilicitude dada a violação de normas legais. Veja-se, neste sentido, o art. 78.º, n.º 1, do CSC, o qual prevê que os gerentes e administradores respondem para com os credores caso não observem as normas a que se encontram vinculados e tal atuação incorra num prejuízo na esfera jurídica destes¹⁶⁰. Quanto a estas normas, atente-se, a título de exemplo, no art. 64.º do CSC que prevê os deveres de cuidado e de lealdade dos gerentes e administradores, devendo a conduta dos mesmos ser pautada com base num gestor criterioso e ordenado.

Prosseguindo, verificados os requisitos da ação e respetiva ilicitude, importa também preencher o requisito da culpa. Quanto a este, cabe aos credores a prova de que os gerentes praticaram determinado ato com culpa, por exemplo, quando tomem conhecimento da situação de insolvência da sociedade e não procedam à respetiva apresentação, nos termos do art. 18.º, n.º 3, do CIRE. Este artigo presume de forma inilidível o conhecimento da situação de insolvência decorridos pelo menos três meses sobre o incumprimento generalizado de obrigações de algum dos tipos referidos na al. g), do n.º 1, do art. 20.º, do CIRE.

¹⁵⁸ MARÇALO, A. (2013), “Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica de Sociedades de Responsabilidade Limitada: Contributos da Análise Económica do Direito”, In *RIBD*, pp. 1391-1416.

¹⁵⁹ Quanto a esta via veja-se o Ac. do TRL de 13/01/2011, proc. n.º 26108/09.9T2SNT-A.L1-2 (Ezagüy Martins). Disponível em www.dgsi.pt (consultado a 01/11/2016).

¹⁶⁰ Para maiores desenvolvimentos, vide RAMOS, Maria Elisabete Gomes, - *Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas Perante os Credores Sociais*, Coimbra Editora.2002 pág.. 155-156).

No que concerne ao dano, a doutrina entende que este não deve ser mais do que uma reflexão das condutas ilícitas praticadas, devendo espelhar-se no facto de o credor não conseguir reaver o seu crédito por parte da sociedade, por via dos atos ilícitos praticados. Quanto ao nexó de causalidade entre a ação praticada e o dano, se se verificar, por exemplo, que a insolvência da sociedade ocorreu como consequência de um ato praticado pelo gerente, encontra-se preenchido este requisito. Verificando-se, cumulativamente, o preenchimento destes cinco requisitos, é possível aos credores recorrer à responsabilidade aquiliana por via da responsabilidade civil (art. 483.º do CC), tendo em conta a séria dificuldade em fazer prova dos requisitos supra, e que estas regras se aplicam apenas aos gestores ¹⁶¹.

Também como via de proteção estão os testes do balanço (balance sheet test) e os testes de solvência (solvency test), utilizados em larga medida nos Estados Unidos da América. Estes testes têm sido acolhidos pela comunidade europeia como via de tutelar os interesses dos credores sociais, de forma a que, não sendo exigível um capital social mínimo, devem os testes supra indicados garantir a solvabilidade da empresa pela análise da sua capacidade financeira.

Deste modo, importa, a priori, atentar no art. 32.º do CSC, o qual, alterado pelo DL n.º 98/2015, de 02 de junho, prevê os limites à distribuição de bens aos sócios. Assim, de acordo com o mesmo, não é permitida a distribuição de bens da sociedade aos sócios quando o capital próprio desta e o resultado líquido do seu exercício, seja inferior à soma do capital social e das reservas legais que quer a lei quer o contrato não permitam a distribuição ou, decorrente da distribuição, o capital social e o resultado líquido se tornem inferior à predita soma ¹⁶². Pese embora nas sociedades por quotas o capital

¹⁶¹ SEABRA, D. D. (2012), *Formas de Tutela Alternativas dos Credores Sociais Perante o Desvalor do Capital Social: O Decreto – Lei 33/2011*, Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito do Porto, pp.29-30

¹⁶² Prevê o artigo que: “[e]xcetuando os casos de redução do capital subscrito, nenhuma distribuição pode ser feita aos acionistas sempre que, na data de encerramento do último exercício, o ativo líquido, tal como resulta das contas anuais, for inferior, ou passasse a sê-lo por força de uma tal distribuição, à soma do montante do capital subscrito e das reservas que a lei ou os estatutos não permitam distribuir”. Note-se, neste âmbito, que foi utilizado o termo acionista ao invés do termo sócio, sendo este utilizado pelo legislador português aquando da transposição. Não obstante, o legislador consagrou esta norma na parte geral do código, o que por inerência se aplica não só às sociedades anónimas como às sociedades por quotas.

Ainda quando a este artigo, importa mencionar que, resultante da transposição para o nosso ordenamento jurídico do art. 17.º Diretiva do Capital, existe na doutrina quem entenda que se trata de um “direito europeu único”. Esta afirmação nada mais é do que controversa, pelo facto de cada EM embora transpondo as normas, procede à sua aplicação da forma que melhor lhes aprouver.

social se afigure como livre e possa apresentar-se como um valor meramente grotesco, servirá, ainda assim, como um limite à distribuição.

Ora, é precisamente neste sentido que surge o teste do balanço, onde serão inscritos os ativos e os passivos da sociedade que, pela sua confrontação e em caso de resultado positivo (valor superior do capital social e reservas indisponíveis comparativamente ao valor do capital próprio), admitem a distribuição. Em linha de complemento encontra-se o teste de solvência, que visa apurar a liquidez da sociedade para determinar se tem ou não capacidade financeira que possibilite o cumprimento das obrigações a que está adstrita após a distribuição de bens. Não obstante, não são poucas as críticas apontadas a estes meios de tutela pelo facto de serem os administradores ou gerentes a realizar ambos os testes. Atente-se, e.g., no facto de os valores serem suscetíveis de adulteração, nomeadamente pelos sócios que poderão adotar condutas fraudulentas com vista a mascarar as contas da sociedade, o que, por consequência, se revelará prejudicial na esfera jurídica dos credores. Seria fictício acreditar que a administração da sociedade atuaria contra a vontade dos sócios, sendo também por este motivo que verificamos a responsabilização dos mesmos pelas condutas que adotem no decurso da administração societária (art. 72.º do CSC) ¹⁶³ ¹⁶⁴.

É também no sentido de proteção de interesses creditórios que se encontra previsto no art. 243.º do CSC o contrato de suprimento. Este é o contrato pelo qual o sócio ¹⁶⁵ empresta à sociedade dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a sociedade obrigada a ressarcir o sócio noutro tanto do mesmo género ou qualidade (suprimento ativo). Pode ainda ser classificado como o contrato pelo qual o sócio convencionou com a sociedade o diferimento do vencimento de créditos de que seja titular e que sobre ela impendem, desde que esse crédito fique com carácter de permanência (suprimento passivo), cfr. n.º 1, do art. 243.º, do CSC. É então necessário que o contrato seja celebrado entre um

¹⁶³ SEABRA, D. D. (2012), *Formas de Tutela Alternativas dos Credores Sociais Perante o Desvalor do Capital Social: O Decreto – Lei 33/2011*, ob.cit., pág.32-33

¹⁶⁴ GARIN, M. C. (2014), *Balance Sheet Test ou Solvency Test? A Crise do Capital Social no Regime de Distribuição de Bens aos Sócios*, Dissertação de Mestrado em Direito e Gestão, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, PP.19-20

¹⁶⁵ No que concerne à figura do sócio, não é exigido que este seja um sócio originário da sociedade, ou seja, que tenha figurado no contrato na sua constituição, mas deve sê-lo no momento da celebração do contrato de suprimento. Cfr. FARIA, C. P. *A subcapitalização das sociedades comerciais*, Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas, Escola de Ciências Sociais e Humanas, Departamento de Economia Polítia, Instituto Universitário de Lisboa, 2014, pág.34

sócio e a sociedade, não conferindo caráter de suprimento no caso de o empréstimo à sociedade ser efetuado por um terceiro.

No que concerne ao caráter de permanência, o n.º 2 do mesmo artigo menciona que tal caráter se verifica quando haja estipulação de um prazo de reembolso superior a um ano ¹⁶⁶. Caso haja diferimento do vencimento de um crédito, também nos termos do n.º 2 computa-se nesse prazo o tempo decorrido desde a constituição do crédito até ao negócio de diferimento. Constitui também índice do caráter de permanência o facto de o sócio não exercer a faculdade de exigir o reembolso da sociedade durante um ano, contado desde a constituição do crédito. Esta situação verifica-se mesmo que tenha sido estipulado prazo inferior ou não tenha havido a convenção de qualquer prazo ¹⁶⁷, de acordo com o n.º 3 do art. 243.º do CSC.

Todavia, ainda que o reembolso seja prestado no prazo inferior a um ano, tal não olvida a aplicabilidade do contrato de suprimento. Neste âmbito, é permitido aos credores, cfr. n.º 4 do mesmo artigo, provar o caráter de permanência. Esta presunção é, pois, ilidível pelos sócios, na senda do mesmo número, incumbindo-lhes demonstrar que o diferimento de créditos corresponde a circunstâncias relativas a negócios celebrados com a sociedade, separadamente da qualidade de sócio.

Desta forma, o contrato de suprimento apresenta-se como um contrato de financiamento em que os sócios emprestam, por exemplo, dinheiro à sociedade para colmatar necessidades que esta venha a sofrer no decurso da sua atividade, sendo-lhes possível exigir a respetiva restituição. Não se denota, no entanto, um afastamento da responsabilidade limitada, na medida em que continuam a beneficiar desta relativamente às entradas por eles efetuadas.

¹⁶⁶ FARIA, C. P. , *A subcapitalização das sociedades comerciais*, Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas, Escola de Ciências Sociais e Humanas, Departamento de Economia Polícia, Instituto Universitário de Lisboa, 2014 Este limite visa conferir à sociedade estabilidade financeira para poder restituir, pág. 34.

¹⁶⁷ O facto de não haver entre as partes a convenção de um prazo para reembolso, permite ao sócio exigilo a qualquer momento. Há, assim, a aplicação do n.º 2, do art. 777.º, do CC ex vi n.º 1, do art. 245.º, do CSC, ficando o Tribunal incumbido de fixar um prazo tendo em conta as consequências que o reembolso trará para a sociedade, sendo-lhe lícito, neste sentido, ordenar o pagamento em prestações. Há, aqui, um detrimento dos interesses do sócio supridor a favor dos interesses da sociedade suprida.

Segundo M.G.Canas ¹⁶⁸, este contrato de suprimento não se revela particularmente proveitoso para a sociedade, desde logo porque poderão ser exigidos juros moratórios ou compensatórios, os quais conferem ao sócio supridor não só o crédito relativamente ao suprimento como aos juros respetivos. No entanto, a dúvida quanto à onerosidade deste contrato reside na factualidade de não haver estipulação quanto aos juros. Neste sentido, quer Canas, quer Pereira ¹⁶⁹, entendem que se deve recorrer à presunção de onerosidade do art. 1145.º do CC e 395.º do CCom, e estabelecer juros à taxa comercial ¹⁷⁰. A jurisprudência tem, também, avançado neste sentido, ou seja, no vencimento de juros no contrato de suprimento ¹⁷¹.

No que tange à forma do contrato de suprimento, conforme estipula o n.º 6 do art. 243.º do CSC, a validade deste contrato não está sujeita a forma especial. É lícita, assim, a previsão de suprimentos no pacto social ou o seu registo posterior em documento autêntico. Contudo, a doutrina defende a existência de um contrato promessa de suprimento no caso de ficar estipulado no contrato de sociedade a possibilidade de existência de suprimentos, mas essa existência só ocorrer num momento posterior ¹⁷².

Os suprimentos são, assim, um desvio dos sócios ao aumento do capital social sendo este a forma correta de dotar financeiramente a sociedade dos meios que necessita. Esta situação é designada no direito espanhol de “financiación sustitutiva del capital”, na medida em que os sócios não optam “pela via mais apropriada, através do capital de risco ou o capital de responsabilidade, mas sim através de crédito de capital sob a forma de empréstimo que não aumentam os recursos próprios da sociedade” ¹⁷³. Desta forma,

¹⁶⁸ CANAS, M. G. S. (2011), *O Contrato de Suprimento como (nova) forma de financiamento societário*, Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas, Instituto Universitário de Lisboa, pág.42.

¹⁶⁹ PEREIRA, J. A., *O contrato de suprimento*, Coimbra Editora, 2.ª Edição.2001, pág.94

¹⁷⁰ Neste sentido, atente-se no Ac. do TRG de 20/07/2007 (Rosa Tching), disponível em www.dgsi.pt, (consultado a 07/02/2017), o qual menciona que a presunção de onerosidade não funciona no contrato de suprimento, “pelo que se o sócio, para além do reembolso dos suprimentos, exige também o pagamento de juros, sobre ele recai o ónus de provar que acordou com a sociedade essa remuneração”.

¹⁷¹ A título de exemplo, Ac. do TRL de 12/03/2009 (Teresa Albuquerque), disponível em www.dgsi.pt, (consultado a 25/03/2017).

¹⁷² PEREIRA, A. S., *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais: Um estudo de Direito Comparado*, Dissertação de Mestrado, Escola de Direito da Universidade do Minho,2011, pág.89

¹⁷³ SÁNCHEZ, S. R., *La subordinación de los créditos de los socios en las sociedades de capital*, In *Tendencias actuales en la ordenación del control y el capital en las sociedades mercantiles*, 2009, pp. 75-134, Marcial Pons.

o sócio irá assumir, a par dos outros credores, essa mesma posição, mas encontra-se beneficiado, contudo, em certos aspetos, a saber: em primeiro lugar, porque se crê que se encontra corretamente informado da atual (e real) situação financeira da sociedade em detrimento dos outros credores, o que lhe possibilita a antecipação em caso de insolvência quanto ao recebimento do seu crédito ¹⁷⁴; e em segundo, porque recebe os lucros que resultem do seu investimento.

O contrato de suprimento revela, assim, ser um importante mecanismo que supre as carências da adoção do regime do capital social livre, pelo facto de a lei não exigir que os sócios dotem a sociedade do capital social adequado ao objeto social e às particulares necessidades da empresa. Deste modo, através dos suprimentos e nas melhores palavras de A.M.Pinto ¹⁷⁵, existe uma “verdadeira relação circular entre a subcapitalização da sociedade e a possibilidade de, posteriormente, efectuarem suprimentos, ou garantirem, pessoalmente, o financiamento com capital alheio” ¹⁷⁶.

Resulta, portanto, desta atuação dos sócios, numa máscara da capacidade financeira da sociedade. É neste sentido que C. Paz-Ares ¹⁷⁷ a considera como imprópria e propugna no sentido da responsabilização daqueles pela sua atuação. Esta responsabilização, na senda do Autor, deve pautar-se nos moldes previstos pelas jurisprudências quer alemãs quer estado-unidenses, onde os juízes caracterizam os créditos efetuados pelos sócios à sociedade como se se tratassem de capital social com vista a frustrar os pontuais interesses de risco dos sócios credores. M.G. S. Canas ¹⁷⁸ defende, por seu turno, que a opção dos sócios pelos suprimentos ao invés de um aumento do capital social se

¹⁷⁴ Esta afirmação necessita, contudo, de certo aprimoramento. O facto de o sócio credor se encontrar informado da situação financeira da sociedade não significa que possa reaver o seu crédito antecipadamente. Atente-se, quanto a isto, no art. 245.º, n.º 5, do CSC, o qual prevê especificamente a resolução do reembolso de suprimentos quando este tenha sido efetuado no ano anterior à declaração de insolvência, sendo ainda consideradas como nulas as garantias prestadas pela sociedade quanto a obrigações de reembolso de suprimentos.

¹⁷⁵ PINTO, A. M., *Do Contrato de Suprimento. O financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio*, 1.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2002, pág.98.

¹⁷⁶ O capital alheio são os meios financeiros disponibilizados por terceiros à sociedade e constitui-se, por essa via, nas obrigações da sociedade perante esses terceiros. Para maiores desenvolvimentos sobre a temática, vide Faria (2014, p. 36) e Pinto (2002, pp. 43-44).

¹⁷⁷ PAZ-ARES, C., “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, In *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1587-1639.

¹⁷⁸ CANAS, M. G. S., *O Contrato de Suprimento como (nova) forma de financiamento societário*, 2011, ob.cit. pág.14.

encontra perfeitamente justificada. Desde logo face aos custos emolumentares decorrentes de um aumento do capital social, mas também porque os lucros são mais tributados que os juros decorrentes de suprimentos, pelo que a Autora considera num favorecimento da “prática de distribuição oculta de lucros através do pagamento de tais juros”. Há ainda a salientar o facto de os suprimentos serem uma forma rápida de obtenção de financiamento sem recurso a instituições de crédito.

Já na Ley Concursal espanhola observamos uma situação semelhante à da lei portuguesa. No caso se verificar a insolvência da sociedade, os créditos de credor que seja um sócio são considerados como créditos subordinados, sendo liquidados apenas quando todos os outros já o houverem sido. Se atentarmos no n.º 3, do art. 245.º, do CSC, observamos que o legislador consagrou que os suprimentos só serão reembolsados aos credores depois de inteiramente satisfeitas as dívidas da sociedade para com terceiros. São assim, à semelhança, da lei espanhola, os suprimentos graduados como créditos subordinados ¹⁷⁹, cfr. al. g), do art. 48.º, do CIRE.

Pelo exposto, e salvo melhor opinião, consideramos o contrato de suprimento um mecanismo ágil e célere de dotar a sociedade de meios financeiros sem recorrer a financiamento externo, cujos sócios supridores não perdem a sua qualidade de sócio nem ganham benefícios especiais por serem credores da sociedade. São, aliás, prejudicados no caso de insolvência da sociedade por os seus créditos serem graduados em último lugar.

Já no que concerne às prestações suplementares, estas apresentam-se como uma alternativa ao contrato de suprimento bem como ao aumento de capital social. É-lhes atribuída uma dupla função: a de adequar o capital próprio da empresa às suas necessidades o que, por conseguinte, se repercute na segunda função de servir como garantia aos credores. Note-se que apesar de serem consideradas como um capital adicional, as prestações suplementares não implicam nem um aumento nem uma redução, quando haja restituição. Reguladas nos arts. 210.º e ss. do CSC, observamos que pelo n.º 1 do predito artigo dependem de deliberação dos sócios quando o contrato de sociedade permita a sua realização, e têm sempre dinheiro por objeto (n.º 2). Quando o contrato de sociedade fixe prestações suplementares, deve igualmente fixar as menções estatuídas no n.º 3, nomeadamente o montante global – al. a) –, os sócios que

¹⁷⁹ Nos termos do art. 177.º, n.º 1, do CIRE, o pagamento dos créditos subordinados só ocorrerá depois de serem satisfeitos na íntegra os créditos comuns.

ficarão obrigados à sua realização – al. b) –, e o critério de repartição das prestações suplementares entre os sócios a elas obrigados – al. c) ¹⁸⁰. Ressalve-se que, conforme prevê o n.º 5 do art. 210.º, as prestações suplementares não vencem juros, sendo, por isso, notória a vantagem para os sócios que, neste âmbito, têm os suprimentos face às prestações suplementares.

No que respeita à deliberação dos sócios, esta deve fixar, para efeitos do n.º 1, do art. 211.º, do CSC, o montante tornado exigível e o prazo da prestação, o qual não pode ser inferior a 30 dias a contar da comunicação aos sócios. O legislador previu ainda que, no caso de a sociedade ser dissolvida por qualquer causa, não poderão ser exigidas prestações suplementares, cfr. n.º 3, do art. 211.º, do CSC. Cabe notar, também, que o direito de exigir prestações suplementares é intransmissível, nos termos do art. 212.º, n.º 4, do mesmo diploma, pelo que os credores não podem sub-rogar-se à sociedade. Esta não pode, também, exonerar os sócios da obrigação de realizar a prestação, quer esta esteja ou não exigida, de acordo com o n.º 3, do art. 212.º, do CSC. No que tange ao crédito da sociedade por prestações suplementares, observamos que, de acordo com o n.º 2 do predito artigo, não pode opor-se compensação.

Quanto à restituição das prestações suplementares, atendendo ao n.º 1, do art. 213.º, do CSC, observamos que tal só ocorrerá se a situação líquida da sociedade não ficar inferior à soma do capital e da reserva legal e o respetivo sócio já tenha liberado a sua quota, e deve respeitar a igualdade entre os sócios que as tenham efetuado (n.º 4). Esta restituição encontra-se, ainda, dependente de deliberação dos sócios, na senda do n.º 2 do mesmo artigo. Se, porventura, for declarada a insolvência da sociedade, as prestações suplementares não podem ser restituídas, conforme o n.º 3 do predito artigo. Posto isto, importará sublinhar que para o cálculo do montante da obrigação vigente de efetuar prestações suplementares não serão computadas as prestações restituídas, nos termos do n.º 5 do normativo em análise.

Neste sentido, requer-se proceder à distinção entre prestações suplementares e prestações acessórias. Para a sua realização, o contrato de sociedade deve impor a todos ou a alguns acionistas a obrigação de efetuarem outras prestações para além das entradas. Para o efeito, o contrato deve especificar os elementos essenciais da obrigação

¹⁸⁰ Cabe notar que, para efeitos do disposto no n.º 4, do art. 210.º, do CSC, a menção da al. a) é essencial. Por seu turno, se no contrato não constar a menção da al. b) todos os sócios ficam obrigados a realizar prestações suplementares. Se, porventura, a menção em falta corresponder à al. c), a obrigação de cada sócio é proporcional à sua quota de capital.

e se deverão ser efetuadas onerosa ¹⁸¹ ou gratuitamente. Se, no entanto, o conteúdo da prestação corresponder ao de um contrato típico, aplica-se a regulamentação prevista para esse contrato, tal como estipula o n.º 1, do art. 287.º, do CSC. Se a prestação estipulada for não pecuniária, o direito da sociedade, para efeitos do n.º 2 do mesmo artigo, é intransmissível.

Caso a prestação acessória não seja cumprida, e se nada for convencionado em contrário, o incumprimento não afeta a situação do sócio como tal, cfr. n.º 4, do art. 287.º, do CSC.

Existe ainda outro meio de tutela dos credores sociais que se prende com a responsabilização dos gerentes e administradores. Esta questão foi levemente abordada na análise da responsabilização por via aquiliana, pelo que cabe agora tecer algumas apreciações com maior detalhe. Tal como prescreve o art. 64.º, n.º 1, do CSC, os gerentes e administradores de uma sociedade estão vinculados a deveres de cuidado e deveres de lealdade ¹⁸². No que concerne ao dever de cuidado previsto na al. a) do artigo anterior, observamos que o legislador, a título de exemplo e não taxativamente, previu alguns deveres de cuidado que os gerentes e os administradores devem honrar. Impõem-se, deste modo, a qualquer vertente da administração, sendo que os comportamentos que revelem incúria serão estimados como ilícitos (P. Neves Câmara et. al., 2008, pp. 30-31 ¹⁸³). A al. a) expressamente prevê a atuação com base na diligência de um gestor criterioso e ordenado. Esta atuação, na senda de R. Costa ¹⁸⁴, deve ser perspectivada através de um “parâmetro de esforço e procedimento que, imediatamente, as manifestações do dever de cuidado – mormente, o dever de tomar decisões razoáveis – se realizam, com o fito de verificar se um administrador foi cuidadoso em concreto na gestão social”.

¹⁸¹ Sublinhe-se que, sendo convencionada a onerosidade, a contraprestação pode ser paga independentemente da existência de lucros do exercício, mas não poderá, todavia, exceder o valor da prestação respetiva, nos termos do n.º 3, do art. 287.º, do CSC.

¹⁸² Existe, contudo, quem defenda que este dever de lealdade não é mais do que atuar pautado pela boa fé (Câmara et al., 2008, p. 28).

¹⁸³ CÂMARA, P., Neves, R., Figueiredo, A., Oliveira, A. & Gomes, J. (2008), *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Coimbra: Almedina.

¹⁸⁴ COSTA, R. (2011), “Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado””, *In I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina., pp. 157-187

Por seu turno e para melhor compreensão do dever de lealdade, consagrado na al. b), do n.º 1, do art. 64.º, do CSC, importa perceber em que consiste uma conduta desleal. É entendida pela doutrina como conduta desleal aquela que se destine a beneficiar outrem ou o próprio gerente ou administrador, em detrimento dos interesses da sociedade, englobando-se, neste caso, sócios, trabalhadores e credores ¹⁸⁵.

Pelo exposto, no caso de se verificar a subcapitalização da sociedade, está em causa o dever de informar os sócios da situação financeira em que a sociedade se encontra, pelo que poderão os gerentes ou administradores ser responsabilizados, nos termos do art. 72.º, n.º 1, do CSC, salvo se provarem que atuaram sem culpa. Poderão ainda responder perante credores nos termos do art. 76.º do CSC.

Todavia, no âmbito do n.º 2, do art. 72.º, do CSC, urge analisar a Business Judgement Rule, conhecida como a norma com mais de 200 anos desenvolvida pela jurisprudência dos tribunais norte-americanos ¹⁸⁶, sendo considerada doutrinamente como o pilar daquele direito societário. O fito desta norma incide na apreciação das condutas dos gerentes e administradores que tropecem na barreira dos deveres fiduciários de cuidado e de lealdade anteriormente explanados. Constitui o critério-base da norma em análise que a atuação de um gerente ou administrador no seio da empresa é tomada em consideração com três elementos, a saber:

- 1) modo desinteressado e independente;
- 2) com base em informação suficiente;
- 3) com convicção de boa fé que tal decisão é a sensata para prosseguir o fim da sociedade ¹⁸⁷.

¹⁸⁵ COSTA, R., “Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado””, In I *Congresso Direito das Sociedades em Revista*, 2011, ob.cit.pp.157-187

¹⁸⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre a origem jurisprudencial, vide EINSENBURG, M., *The Nature of Common Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.1998

¹⁸⁷ Veja-se, no que concerne a estes elementos, a decisão jurisprudencial do Supreme Court de Delaware relativa ao caso *Aronson v. Lewis*, onde se menciona que a Business Judgement Rule constitui “presunção de que, na tomada de decisões de negócios, os diretores de uma empresa atuaram de forma informada, de boa fé, e na convicção honesta de que a ação tomada era no melhor interesse da empresa”. Para maiores detalhes sobre este caso, vide *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984), também disponível em www.law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1984/473-a-2d-805-4.html. Consultado a 08/03/2017.

Pelo exposto, encontramos na doutrina várias aceções sobre a razão do surgimento da Business Judgment Rule. Por um lado, a doutrina portuguesa entendeu que a criação desta norma se deveu à sobejidão de litígios baseados na violação pelos gerentes ou administradores dos deveres de cuidado ¹⁸⁸. Por outro lado, a doutrina estrangeira considera a criação da norma como um critério de “sindicabilidade judicial da conduta dos administradores”¹⁸⁹, no qual se propugna que apenas a atuação incivilmente negligente de um gerente ou administrador poderá refletir-se na sua responsabilização.

Ora, é mister atender ao propósito do legislador na previsão, no art. 72.º, n.º 2, do CSC, da exclusão da responsabilidade “de alguma das pessoas referidas no número anterior (...) [se se] provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”. Face ao preceituado neste número, cremos que, de alguma forma, o legislador foi influenciado pela Business Judgment Rule ¹⁹⁰. Cabe notar que, para efeitos desta norma, o previsto no n.º 2 do predito artigo trata-se de uma mera adaptação sendo, por isso, menos abrangente que aquela. No entanto, face aos motivos referidos no preâmbulo do Código das Sociedades Sociais, temos razões para afirmar que o legislador português não pretendeu transpor a Business Judgment Rule, desde logo porque sustenta que “a consagração no direito português de uma presunção de licitude da actuação do administrador implicaria uma fractura sistemática no nosso sistema de imputação de danos, com consequências práticas indesejáveis”. Deste modo, observamos que o legislador recusou transpor para o nosso ordenamento jurídico a presunção de licitude dos atos praticados pelos administradores ou gerentes, pelo que foi sua intenção, no nosso entendimento, evitar apreciações de mérito pelos tribunais relativamente a decisões tomadas no âmbito empresarial.

¹⁸⁸ Com efeito, Figueiredo (2011, pp. 18-19) alerta que a doutrina portuguesa, nesta aceção, se baseou em factos erróneos, pelo facto de, na data de criação da norma, as ações atinentes a configurar a responsabilização dos gerentes e administradores eram escassas, pelo que defende que a Business Judgment Rule foi criada no sentido de “inserir no ordenamento jurídico norte-americano um princípio-norma de conteúdo substancial e não como um mero remédio processual”.

¹⁸⁹ FIGUEIREDO, M., *A “Business Judgment Rule” e a sua Harmonização com o Direito Português*, Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios, Universidade Católica Portuguesa, 2011, pág.19

¹⁹⁰ Para sustentar esta afirmação, urge ressaltar as palavras do legislador que, inter alia, no preâmbulo do Código das Sociedades Comerciais, menciona que “qualquer reforma legislativa actual sobre a posição jurídica do administrador deve implicar uma tomada de posição sobre a consagração da chamada Business Judgment Rule, de inspiração norte-americana”, e que “no âmbito da utilidade do seu aproveitamento para o ordenamento português, a apreciação da Business Judgment Rule é diferente consoante consideremos a presunção de licitude ou a descrição dos elementos que servem para a sua ilisão”.

Para o efeito, urge analisar os requisitos do n.º 2, do art. 72.º, do CSC, e a sua indiscutível associação com o art. 64.º do mesmo diploma. Na senda de Costa, o preceituado no n.º 2 do referido artigo trata-se de um “dever mínimo de conduta”, pelo que o cumprimento do plasmado é suficiente para afastar a ilicitude. Quanto a esta afirmação, a doutrina estrangeira insurge no sentido de que a atenção que é dada às condutas dos gerentes ou administradores e correspondentes decisões empresariais tomadas no âmbito das suas funções, é excessiva, pelo que se repercute “na sua quase total irresponsabilidade”^{191 192}. Note-se que, não sendo provada a ilicitude do ato, os tribunais estão vedados quanto à pronúncia sobre a conduta do administrador ou gerente, ainda que sejam evidentes os resultados negativos advindos da predita conduta. Todavia, cabe notar as melhores palavras de Dias¹⁹³, ao referir que se o administrador não puder provar que actuou em conformidade com o artigo 72º, n.º 2, o julgador deverá aferir da licitude ou ilicitude da sua conduta através de uma apreciação material da respectiva conduta, nomeadamente pelo confronto da mesma com as exigências do artigo 64º, n.º 1”.

Estamos, neste âmbito, perante o princípio da insindicabilidade do mérito das decisões empresariais, em que se prevê a permissão para os administradores ou gerentes adotarem condutas de risco “que emprestem às sociedades e à sua gestão o necessário carácter empreendedor que justifica a sua consideração como força motor da economia e do desenvolvimento social em geral”¹⁹⁴. Pelo exposto, o art. 72.º n.º 2 funciona como uma barreira que permite afastar da senda judicial as decisões de pura gestão societária. Tal como refere Vasconcelos “a business judgment rule está construída para proteger os gestores da apreciação judiciária dos actos propriamente de gestão, isto é, dos actos que pratiquem, das decisões que tomem, das orientações que deliberem e sigam em matéria de discricionariedade de gestão”. Se, por seu turno, se verificar a violação de um dever específico por parte de um gerente/administrador, mas este tiver atuado em termos informados, de boa fé, e com observância pelos critérios de racionalidade empresarial, o

¹⁹¹ FIGUEIREDO, M. (2011), *A “Business Judgement Rule” e a sua Harmonização com o Direito Português*, Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios, ob.cit- pág.30

¹⁹² A este respeito, vide Fairfax, (2005, pp. 412-415). Disponível em: www.ssrn.com/abstract=899212. Consultado a 08/03/2017.

¹⁹³ DIAS, G., *Fiscalização de sociedades e Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 2006,pág.77

¹⁹⁴ FIGUEIREDO, M., *A “Business Judgement Rule” e a sua Harmonização com o Direito Português*, Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios, 2011, ob.cit., pág.32

Tribunal tem liberdade para “entrar no mérito da decisão empresarial (...) e aferir da sua adequação”¹⁹⁵.

Se, no entanto, se tratar da violação de um dever de cuidado, caso os elementos supramencionados se encontrem verificados, o Tribunal abdica de apreciar o mérito da causa, pelo facto de já terem sido provados os requisitos do art. 72.º, n.º 2, do CSC. Note-se que, neste aspeto, não estamos perante uma inversão do ónus da prova¹⁹⁶, cabendo ao autor provar que o administrador/gerente agiu desinformado, de má fé, e em incumprimento dos critérios de racionalidade empresarial. Nas melhores palavras de F. Barreiros¹⁹⁷, “não se exige ao administrador prova que foi uma boa decisão de gestão, mas apenas a demonstração dos requisitos e que os critérios a que obedeceu são, em termos empresariais, racionais”¹⁹⁸.

Pelo exposto, com base o art. 72.º, n.º 2, do CSC associado ao art. 64.º do mesmo diploma, poderão os administradores ou gerentes eximir-se das responsabilidades por violação de deveres que a se encontram incumbidos de respeitar, quando o autor da ação não consiga fazer prova dos requisitos previstos no n.º 2 do art. 72.º.

Intimamente conexionado com a responsabilização dos gerentes e administradores encontra-se o dever de apresentação à insolvência, previsto no art. 18.º do CIRE. De acordo com o n.º 1, do art. 3.º, do mesmo diploma, é considerado como insolvente o devedor que se encontrar impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas ou, nos termos do n.º 2, quando o passivo seja manifestamente superior ao ativo (ou ambos, por exemplo, tratando-se de uma sociedade com passivo manifestamente superior e com obrigações vencidas por cumprir), ou seja, tratando-se de uma sociedade por quotas constituída com capital social diminuto e o qual não tenha sido suprido com outros meios de financiamento, crê-se que estará, certamente, insolvente pouco tempo depois.

¹⁹⁵ FIGUEIREDO, M., A “Business Judgement Rule” e a sua Harmonização com o Direito Português, Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios, 2011, ob.cit., pág.33

¹⁹⁶ O ónus da prova encontra-se previsto no art. 349.º do CC, o qual preceitua que “aquele que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado”. Ora, cabendo o ónus da prova ao autor da ação, não existe qualquer ónus da prova no art. 72.º, n.º 2, do CSC.

¹⁹⁷ BARREIROS, F., *Responsabilidade Civil dos Administradores: Os Deveres Gerais e a Corporate Governance*, Coimbra Editora, 2010, pág.99

¹⁹⁸ A doutrina considera que a racionalidade deve ser entendida como a justificação racional da decisão tomada pelo gerente/administrador, em benefício do sucesso da empresa e do interesse social, não devendo ter sido tomada com base em interesses pessoais daqueles (Figueiredo, 2011, p. 48).

Neste âmbito, M.F. Ribeiro ¹⁹⁹ realça que se frustram as esperanças de obter crédito dos sócios, mas que deverá ser ainda de senso comum que uma sociedade que não seja dotada de capital suficiente, e cujos sócios não tenham suprido essa carência de capital por outros meios, não devem esperar obter financiamento externo e, bem assim, qualquer lucro decorrente da exploração daquela atividade.

A apresentação à insolvência deve ocorrer nos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência ou à data em que devesse conhecê-la, sendo que, tratando-se de uma empresa, a apresentação cabe ao órgão social incumbido da sua administração, nos termos do art. 19.º do CIRE. São ainda considerados administradores para efeitos deste diploma, nos termos da al. a), do n.º 1, do art. 6.º, “aqueles a quem incumba a administração ou a liquidação da entidade ou património em causa, designadamente os titulares do órgão social que para o efeito for competente”. É mister, contudo, perceber a razão pela qual são os administradores ou gerentes a apresentar a sociedade à insolvência. Sendo estes que melhor conhecem a situação financeira da sociedade, caso esta sofra de manifesta subcapitalização, devem apresentá-la de imediato à insolvência, sob pena de, incumprindo este dever de apresentação, agirem de forma ilícita e culposa ²⁰⁰. Para além do exposto, a insolvência poderá ser qualificada como culposa, conforme se pode verificar pelo disposto no art. 186.º, n.º 1, do CIRE, quando em consequência da atuação dos administradores, a situação tenha sido criada ou agravada nos três anos anteriores ao início do processo, prevendo o n.º 2 do artigo anteriormente mencionado as situações em que a insolvência é sempre qualificada como culposa.

A declaração de insolvência pode ainda ser requerida pelos credores quando se verifique algum dos factos previstos no n.º 1, do art. 20.º, do CIRE. Para além disso, poderão recorrer à ação social de responsabilidade para exercerem o direito a indemnização, subrogando-se à sociedade no caso de esta ou os sócios não o fizerem, de acordo com o n.º 2, do art. 78.º, do CSC. É-lhes ainda possível, nos termos do n.º 1, do art. 78.º, do mesmo diploma, o recurso à ação direta, mas o recurso a esta ação encontra-se dificultado mormente devido à necessidade de preenchimento dos requisitos exigidos. Desde logo, o artigo impõe a demonstração da violação culposa de disposições legais ou

¹⁹⁹ RIBEIRO, M. F., “O Capital Social das Sociedades por Quotas e o Problema da Subcapitalização”, In *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 78.

²⁰⁰ Veja-se, a propósito, a al. a), do n.º 3, do art. 186.º, do CIRE. Não há previsão, contudo, a afirmar que o património dos gerentes ou administradores responderá perante os credores quando aqueles não tenham apresentado oportunamente a sociedade à insolvência.

contratuais destinadas a tutelar os credores sociais, estando em causa, portanto, um ato voluntário, verificando-se, assim, o requisito da ilicitude.

Deverá ainda existir um nexo de causalidade entre o ato praticado (a dita violação de disposições legais ou contratuais) e o dano verificado na esfera jurídica dos credores, ou seja, o ato praticado deve originar uma diminuição circunstancial do património da sociedade. O dano será, assim, classificado como dano direto (ou imediato) para a sociedade e indireto (ou mediato) para os credores²⁰¹. Estão assim, preenchidos, dois requisitos: o do dano e o do nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano verificado. M .F. Ribeiro²⁰² considera particularmente difícil a prova deste nexo de causalidade, especialmente quando se trate de provar que a sociedade deveria ter sido apresentada à insolvência e, culposamente, não foi.

Para além disto, devem ainda os credores provar que, pelo facto de a sociedade não ter sido apresentada oportunamente à insolvência, esta atuação culminou numa drástica diminuição do património social o que, por seu turno, resultou na não satisfação dos interesses dos credores. É necessário, nestes termos, a prova de que, se a sociedade tivesse sido apresentada à insolvência no cumprimento dos termos legais, os interesses dos credores seriam satisfeitos. Importa ainda atender ao requisito da culpa, i.é., deve o administrador ou gerente no âmbito da sua conduta proceder com culpa, podendo esta ser considerada como dolo ou negligência²⁰³.

6. Abolição da figura do capital social

Para a abolição da figura do capital social contribuíram bastante as decisões do Tribunal de Justiça, onde se permitiu que, em prol da liberdade de estabelecimento, as sociedades se pudessem fixar nos Estados-membros cujo regime jurídico se configurasse mais

²⁰¹ Neste sentido Abreu & Ramos (2010, pp. 895-896), defendem que o dano sofrido pelos credores e por estes exigido não poderá ser de valor superior ao dano sofrido pela própria sociedade.

²⁰² FIGUEIREDO, M., *A “Business Judgement Rule” e a sua Harmonização com o Direito Português*, Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios, 2011, ob.cit., pág.181-82

²⁰³ FARIA, C. P., *A subcapitalização das sociedades comerciais*, Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas, Escola de Ciências Sociais e Humanas, Departamento de Economia Polícia, Instituto Universitário de Lisboa, 2014, pp.61-63

flexível²⁰⁴. Entre nós, o DL 33/2011, de 7 de Março veio eliminar a exigência de um capital social mínimo de € 5.000, conferindo aos sócios a liberdade para fixar o valor do capital da SQ (art. 201.º CSC). Tal alteração poderia arrecadar sérios problemas, designadamente para os credores sociais, já que uma das principais funções reconhecida ao capital social é a função de garantia dos credores. Contudo, como afirma Paulo Tarso Domingues, tal “*trata-se de uma “falácia”*”²⁰⁵, pois a figura do capital social não pode assegurar que existam no património líquido da sociedade bens de valor idêntico à cifra do capital social mínimo, uma vez que o seu regime legal apenas evita que se possam distribuir pelos sócios esses valores; por outro lado, o valor do capital social pode depreciar-se em virtude de um processo de inflação; e, por fim, é impossível fixar legislativamente e com um carácter abstrato, um capital social que seja idóneo para todas as sociedades, tendo em conta quer o decurso do tempo, quer o tipo de atividade que estas venham a desenvolver²⁰⁶. Donde se pode concluir que a existência do capital social mínimo não é justificável pelo desempenho da função de garantia dos credores²⁰⁷.

Permitimo-nos desde já, dizer, que não concordamos de todo com esta teoria, porquanto, admitindo-se um capital social livre, confere-se aos sócios a possibilidade de fixarem um capital social irrisório, abrindo inquestionavelmente a porta à constituição de sociedades subcapitalizadas²⁰⁸. Face a este fenómeno de subcapitalização, tem sido

²⁰⁴Vd. os casos Centros (Acórdão do Tribunal de 9 de Março de 1999, no Processo C-212/97, Centros Ltd contra Erhvervsog Selskabsstyrelsen, publicado na CJ do TJCE, 1999, pp. I-1459 a I-1498), Überseering (Acórdão do Tribunal de 5 de Novembro de 2002, no Processo C-208/00, Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, publicado na CJ do TJCE, 2002, pp. I-9919 a I-9976) e Inspire Art (Acórdão do Tribunal de 30 de Setembro de 2003, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Inspire Art Ltd., Processo C-167-01, publicado na CJ do TJCE, 2003, pp. I-10155 a I-10238). Por fim, o legislador europeu apresentou uma proposta de criação de uma “European Private Company”, na qual se prevê a possibilidade de as sociedades se constituírem com um capital social de apenas 1 euro – art. 19.º da proposta, vd. <http://www.europeanprivatecompany.eu>.

²⁰⁵DOMINGUES,P. TARSO, “Tempo das entradas” in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. III, Almedina, 2010, coord. J. M. COUTINHO ABREU, p. 204.

²⁰⁶Assim, como refere P. TARSO DOMINGUES, “ (...) se determinado valor (...) pode ser idóneo a constituir o tal mínimo de garantia para terceiros no caso de uma mercearia, será, com certeza, para esse efeito desadequado, se se tratar de uma siderurgia”, *ibidem*, p. 204.

²⁰⁷Defendendo que o capital social não desempenha adequadamente a função de proteção dos credores sociais, vd., entre outros, A. MOTA PINTO, *ibidem*, p. 844 e ss., J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades*, Parte geral, pp. 357 e 358, P. TARSO DOMINGUES, *ibidem*, p. 203 e J. M. COUTINHO ABREU, *ibidem*, p. 450.

²⁰⁸ A subcapitalização pode ser originária, quando “os sócios colocam ao dispor da sociedade meios de financiamento manifestamente insuficientes para a prossecução da atividade económica que constitui o seu objeto social” ou formal, quando “o financiamento de que a sociedade necessita é concedido, direta ou indiretamente, pelos sócios, não a título de entrada, mas através de empréstimos”, M. FÁTIMA RIBEIRO, “O capital social das sociedades por quotas e o problema da subcapitalização material” in O

proposta como solução para garantir o seu sancionamento, a responsabilidade direta dos sócios perante os credores sociais, com recurso à figura da desconsideração da personalidade jurídica²⁰⁹, como veremos mais adiante.

No entanto, este Decreto-Lei trouxe-nos sim, algumas inovações, e, por causa delas, a impossibilidade de aplicação concreta às Sociedades Por Quotas, de alguns institutos jurídicos existentes no nosso ordenamento jurídico, face à inexistência de capital social próprio, como ao longo desta tese faremos questão de demonstrar.

7. O capital social no ordenamento jurídico europeu

Não obstante irmos falar mais a frente da sociedade por quotas numa perspectiva de Direito Comparado, cabe aqui, no âmbito do conceito de Capital social que estivemos a tratar, potenciando a sua análise numa perspectiva de direito comparado, e nesse sentido, principiando a análise europeia pelo ordenamento jurídico alemão, observamos que, quanto à constituição de sociedades, a lei societária alemã, embora mais rígida que a portuguesa, distingue-se pela oferta de outro tipo de sociedades, desde logo a sociedade limitada e em comandita simples, também existente em Portugal (GmbH &

Capital Social Livre e Ações sem Valor Nominal, coord. P. TARSO DOMINGUES E M. MIGUEL CARVALHO, Coimbra, Almedina, 2011.

²⁰⁹ Esta é a solução defendida por P. TARSO DOMINGUES, que contudo, tendo em conta o carácter excepcional deste instituto, considera que “só uma total e absoluta desadequação dos meios proporcionados pelos sócios com a atividade exercida pela sociedade deverá ter a virtualidade de fazer acionar o Durchgriff”, *ibidem*, p. 218. Propugnando a aplicação deste instituto aos casos de subcapitalização, *vd.*, também, J. M. COUTINHO DE ABREU, “Subcapitalização de sociedade e desconsideração da personalidade jurídica”, in *O Capital Social Livre...* e M. MIGUEL CARVALHO, “O novo regime jurídico do capital social das sociedades por quotas”, in *O Capital Social Livre...* Há, contudo, quem considere que o recurso à desconsideração da personalidade jurídica não se deve aplicar aos casos de subcapitalização material, uma vez que sobre os sócios não recai a obrigação legal de capitalização da sociedade. Deste modo, a subcapitalização deve ser encarada como um problema de gestão da sociedade. Ora, os gerentes e administradores encontram-se incumbidos do dever de cuidado e de diligência (art. 64.º CSC), devendo orientar os destinos da sociedade em conformidade com os meios de que esta dispõe. Assim, a responsabilidade do sócio gerente pelas dívidas da sociedade advinentes do facto de a sociedade não dispor de meios adequados à prossecução da actividade é uma responsabilidade interna (art. 72.º CSC), M. FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 178 e ss e M. ELISABETE RAMOS, “Capital social livre? Reflexões em torno das responsabilidades dos sócios e dos gerentes”, in *O Capital Social Livre*. Contudo, a doutrina tem defendido que a protecção em caso de subcapitalização apenas deverá incidir sobre os credores fracos e involuntários e já não sobre os credores fortes. *Vd.* P. TARSO DOMINGUES, *ibidem*, p. 218, M. FÁTIMA RIBEIRO, “*O capital social das sociedades por quotas...*” e J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, pp. 137.

Co.KG, respetivamente), que adota uma forma mista pelo facto de a sociedade limitada se apresentar como uma sociedade de capital e a sociedade em comandita simples uma sociedade de pessoas, e que observam, por seu turno, regimes jurídicos diversos²¹⁰. Não obstante, esta forma societária mista reflete-se como uma atraente opção para os sócios que pretendem usufruir da limitação da responsabilidade conferida às sociedades de capitais com os elementos das sociedades de pessoas.

Outra curiosidade inerente à GmbH & Co.KG prende-se com o facto de ser permitido que a sua formação seja efetuada por uma única pessoa, isto é, caso a GmbH tenha apenas um único sócio e esta, através do pacto social, se torne sócia comanditada, a única pessoa que constituir a sociedade será a sócia comanditária.

Atentando nas sociedades de capitais no ordenamento jurídico alemão há que destacar a já mencionada GmbH²¹¹. Esta sociedade pode ser constituída por um único sócio (pessoa física ou jurídica), sendo exigido para tal o capital social mínimo de €25.000²¹²²¹³. Note-se ainda que, para que o registo da GmbH seja concedido, é necessário que ¼ da entrada de cada sócio seja efetuado e metade do capital social mínimo seja realizado, compreendendo assim, pelo menos, um valor de €12.500. Há ainda que ressaltar o facto de no direito societário alemão a tradicional sociedade por quotas (GmbH) ter de ser

²¹⁰ A título de curiosidade, são vários os Autores que mencionam ter sido o legislador alemão o pioneiro na criação de sociedades de responsabilidade limitada. Crê-se, então, que os comerciantes, no final do séc. XIX, reivindicaram um novo tipo societário que melhor acautelasse os seus interesses, dado que, à data, existiam sérias dificuldades na criação de uma sociedade anónima e as consequentes desvantagens de criação de uma sociedade de responsabilidade ilimitada. Segundo Abrão (2005, p. 6) a criação da sociedade limitada pela Alemanha consubstanciou numa “nova técnica jurídica para o desenvolvimento econômico”. Para maiores detalhes sobre esta questão, vide Bastian (2009, pp. 4-6).

²¹¹ RAFI, A. & Ruhs, A., *Grosses Wörterbuch Recht: Grundwissen von a-z*, München: Compact Verlag, 2006. Rafi & Ruhs, a pp. 147-148, definem a sociedade limitada alemã como “uma sociedade de capital na qual a responsabilidade se afigura como limitada quanto a cada quota. Na maioria das vezes é criada por mais de um sócio, mas é suficiente para a sua constituição apenas um. O contrato de sociedade deve ser lavrado por instrumento notarial. Para salvaguardar os credores da sociedade limitada alemã é necessário perfazer o capital social mínimo de 25.000,00€, carecendo ainda a sociedade de registo comercial”.

²¹² ARMOUR, John “*Legal capital, an outdated concept?*”, in EBOR, 7:1 (2006). Pp. 5 – 27. Armour sublinha a forte possibilidade de, no futuro, as legislações abolirem definitivamente as regras impostas quanto à exigência de capital social mínimo. No mesmo sentido, vide Sacchi (2007, p. 151), que menciona que o capital tem sido objeto de um intenso debate no qual a opinião mais favorável tende a inclinar-se para a sua supressão. Em sentido contrário a esta posição vide Spolidoro (1993, pp. 59-60), defensor de que o capital social ainda não esgotou a plenitude das funções que lhe são (ou eram) atribuídas.

²¹³ Entende a doutrina que este valor era demasiado alto o que dificultava a criação de novas sociedades limitadas.

constituída com um valor manifestamente superior ao anterior exigido na lei societária portuguesa (€5.000), precisamente antes da entrada em vigor do DL n.º 33/2011.

Verificamos, deste modo, uma maior cautela dos interesses dos terceiros credores ao ser exigido um montante mais robusto do que os €5.000 observados anteriormente em Portugal, bem como atualmente com a permissão de estipulação de um capital social livre, que se revela na esfera jurídica dos credores na assunção do risco de exploração de uma atividade que não exploram.

Importa mencionar que, segundo Kübler²¹⁴, em 1997 a Alemanha contava com cerca de 500.000 sociedades limitadas e em 2001 perto de 1.000.000. O ilustre refere ainda que é mera ficção a garantia atribuída ao capital social de segurança dos credores²¹⁵.

Há que salientar, no entanto, o facto de a Alemanha ter proposto a abolição ou a redução do capital social mínimo nas GmbH em novembro de 2003. Contudo, nenhuma das opções mencionadas foi efetivada, criando-se, por sua vez, uma nova tipologia societária: a “mini GmbH” (ou “GmbH light”). Esta solução encontrada pelo legislador alemão pretendia, sobretudo, combater o elevado número de sociedades de responsabilidade limitada alemãs estabelecidas no Reino Unido, dadas as condições flexíveis do direito societário que lá existiam²¹⁶.

Interligada, desta forma, com a GmbH encontra-se a “mini GmbH”, também designada por sociedade empresarial de responsabilidade limitada (Hafthungbeschränkte unternehmngsgesellschaft). A esta sociedade aplica-se tudo o que estiver disposto para a GmbH, excetuando o previsto quanto ao capital social, porquanto nesta é suficiente o montante de €1, realizado em dinheiro. Torna-se, por este motivo, uma alternativa para os sócios que pretendem reduzir os custos iniciais com a satisfação do capital social mínimo nas GmbH. Não obstante, é exigido pelo legislador a reserva de ¼ do

²¹⁴ KÜBLER, F., “ A Comparative Approach to Capital Maintenance”: Germany, In *European Business Law Review*, Volume 14, Issue 5, Editorial Advisory Board.2004, pág.176

²¹⁵Na ótica do mesmo Autor, os credores fortes não necessitam do capital social para acautelar a satisfação dos seus créditos porquanto é-lhes possível exigir outras garantias que não estão ao alcance dos credores fracos (Kübler, 2004, p. 1031).

²¹⁶ BARNEVELD, Jaap - *Legal capital and creditor protection. Some comparative remarks*. In ZAMAN, D.F.M.M, dir. - *The European Private Company (SPE). A Critical Analysis of the EU Draft Statute*. Antwerpen: Intersentia 2009. Pp. 81 – 102.

No Reino Unido para a constituição de uma “Private Limited Company” não é exigido capital social mínimo.

rendimento anual da “mini GmbH” até alcançar o capital social mínimo da GmbH (€25.000). Quando tal se verificar a “mini GmbH” será transformada numa GmbH. Esta forma jurídica é especialmente utilizada quando os sócios pretendem manter o capital social inferior a €25.000.

Sublinhe-se que a “mini GmbH” não é mais do que uma tentativa de modernização das sociedades limitadas por parte do legislador alemão tendo em conta a mobilidade societária existente na UE, a qual permitia aos comerciantes fixar a sede da sua sociedade no EM que melhor lhes aprouvesse. Trata-se, desta forma, de um fomento da economia alemã para tornar a sociedade atrativa no comércio internacional ²¹⁷.

No que concerne às sociedades anónimas, caracterizadas por serem sociedades de maior dimensão relativamente às anteriormente mencionadas, é exigido no direito alemão o valor de €50.000 como capital social mínimo, precisamente o mesmo valor que o legislador português estipulou para a constituição de uma sociedade anónima em Portugal. No entanto, este valor mostra-se inferior quando comparado ao montante exigido no regime jurídico societário espanhol para o mesmo tipo societário, que compreende, atualmente, o montante de €60.000 ^{218 219} e o número mínimo de 1 sócio, situação observada também na Alemanha, mas contrária ao que se exige em Portugal e em França. Em Portugal é necessário, conforme previsto no n.º 1, do art. 273.º, do CSC, pelo menos 5 sócios para a constituição de uma sociedade anónima, salvo quando a lei disponha diferente, como se verifica no caso previsto no art. 488.º do mesmo diploma.

Por sua vez, no direito societário francês observamos duas situações distintas com o observado quer na Alemanha, quer em Espanha, quer em Portugal. A primeira é o facto de ser exigido, pelo menos, 7 sócios (pessoas físicas ou jurídicas) para a constituição de uma sociedade anónima, número relativamente superior aos anteriormente expostos. A segunda é que, pese embora seja exigido um maior número de sócios, o capital social mínimo necessário é claramente inferior, compreendendo atualmente o valor de €37.000, em que metade tem de ser necessariamente entregue no momento da constituição da sociedade. Todavia, esta realidade também não se verifica no regime

²¹⁷ COELHO, P. (2009), “Cartas da Europa: país em foco Alemanha”. Disponível em www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI81404,91041-Cartas+da+Europa+Paises. Consultado a 05/05/2016.

²¹⁸ Note-se que pelo menos 25% deste montante deve ser depositado no momento da constituição da sociedade.

²¹⁹ Tal como se pode comprovar pelo disposto no n.º 3, do Artículo 4.º, da Ley de Sociedades de Capital.

jurídico societário italiano, onde a constituição de uma Società per azioni implica a realização de um capital social mínimo no valor de €120.000 sendo exigido unicamente um sócio.

Regressando às sociedades de responsabilidade limitada, há que sublinhar as diferenças entre os regimes jurídicos anteriormente abordados. Como referimos, para a constituição de uma GmbH alemã é necessário o montante de €25.000 de capital social mínimo. No entanto, em Espanha, França e Portugal observamos valores notoriamente diversos.

Aliás se atentarmos no quadro que segue, facilmente poderemos verificar o acima mencionado:

²²⁰Tabela ilustrando os diferentes montantes de capital social mínimo nas sociedades por quotas dos Estados-Membros da UE

País	Capital Social Mínimo
Alemanha ²²¹	€ 25 000,00
Áustria	€ 5 000,00
Bélgica	€ 6 200,00
Bulgária	€ 2,00 *
Croácia	€ 2 850,00
Dinamarca	€ 15 000,00
Eslováquia	€ 5 000,00
Eslovénia	€ 7 500,00

²²⁰ Todos os valores foram consultados através do serviço Doing Business, disponível no sítio do Banco Mundial. Fora da UE também existem países que já não prevêem capital social mínimo para as suas sociedades por quotas, como o Chipre, Austrália e a Nova Zelândia. Contudo, ainda existem países onde o capital social continua a ser considerado: na Turquia prevê-se uma cifra de TRY10.000,00; na Rússia o capital mínimo é fixado em Rublos 10.000,00; na Suíça em CHF20.000,00; e na Islândia em K500.000,00. No Japão, o capital mínimo é fixado em apenas ¥1,00, valor igualmente previsto para as sociedades anónimas, cf. DLA Piper Global Law Firm, Doing Business in Japan, 2013, 5. O mesmo valor para ambas as sociedades, já que em 2006 todas as sociedades por quotas (yūgan kaisha) foram convertidas em sociedades anónimas (kabushiki geisha)

²²¹ Na Alemanha, porém, a GmbHG prevê um subtipo de sociedade por quotas, a Unternehmergesellschaft (sociedade empresa), que não necessita de ser constituída com capital social mínimo – cf. § 5 a (1) da GmbHG.

Espanha ²²²	€ 3 005,00
Estónia	€ 2 500,00
Finlândia	€ 2 500,00
França	€ 2,00 *
Grécia	€ 2,00 *
Holanda	€ -
Hungria	€ 2 000,00
Irlanda	€ -
Itália	€ 10 000,00
Letónia	€ 3 067,00
Lituânia	€ 2 900,00
Luxemburgo	€ 12 395,00
Malta	€ 1 165,00
Polónia	€ 1 178,00
Portugal	€ 2,00 *
República Checa	€ 0,04
Reino Unido	€ -
Roménia	€ 2 000,00
Suécia	€ 50 000,00
Suíça	€ 18 519,00

(* Nestes países, tal como em Portugal, art. 219.º, n.º 3 do CSC, não se prevê um montante de capital mínimo propriamente dito, mas sim um valor nominal mínimo das quotas. Assim, considerando que haverá no mínimo dois sócios, o capital necessário

²²² O capital mínimo é praticamente o mesmo para a sociedade limitada Nueva Empresa (S.L.N.E) , criada pela Ley 7/2003, de 1 de Abril, um subtipo da tradicional sociedade por quotas, sociedade de responsabilidade limitada (S.L ou S.R.L) a que se refere a tabela. Na S.L.N.E, o mínimo exigível é de € 3012,00

para a constituição de uma sociedade por quotas será de €2,00, €1,00 se a sociedade for unipessoal.)

No que respeita ao ordenamento jurídico espanhol, e já referido neste trabalho, o Artículo 4.º, n.º 1, da Ley de Sociedades de Capital, refere expressamente que o capital social mínimo exigido para a constituição de uma sociedade de responsabilidade limitada não poderá ser inferior a €3.000, sendo obrigação para a constituição da mesma que este valor seja depositado em tal momento. No que concerne aos sócios, a lei impõe o mínimo de 1 sócio e o máximo de 50. Não obstante, este artigo foi objeto de alteração pelo Artículo n.º 12.2 da Ley n.º 14/2013, de 27 de septiembre, a qual introduziu uma exceção que permitia a constituição de sociedades com um capital social de valor inferior ao legalmente estabelecido, sendo estas novas sociedades designadas de “Sociedades en régimen de formación sucesiva”.

Estas sociedades podem, de acordo com o Artículo 4.º bis que as regula, constituir-se com respeito por três regras, a saber:

- 1) destina-se a reserva legal, pelo menos, 20% do benefício de exercício sem limite de quantia – al. a);
- 2) uma vez cumpridas as disposições legais ou estatutárias, só poderão ser distribuídos os lucros aos sócios se o valor do património líquido da sociedade não for inferior a 60% do capital mínimo exigido – al. b);
- 3) a soma anual das retribuições pagas aos sócios e administradores pelo desempenho de tais cargos durante esse exercício não pode exceder 20% do património líquido correspondente àquele exercício, sem prejuízo da retribuição correspondente como trabalhador por conta da sociedade ou através da prestação de serviços profissionais por parte da sociedade para com os respetivos sócios e administradores – al. c). Ressalve-se que, conforme disposto no n.º 3 do artículo 4.º bis, se ocorrer a liquidação, voluntária ou forçosa, da sociedade e o património desta não seja suficiente para responder pelas obrigações, os sócios e os administradores responderão solidariamente até ao montante de capital social mínimo legal de €3.000.

Posto isto, cabe notar que no regime espanhol não foi suprido o regime de capital social. Existe, isso sim, um diferimento, na medida em que os €3.000 não necessitam de ser realizados na data de constituição da sociedade. Por seu turno, enquanto esse valor não é alcançado, a sociedade deverá reger-se pelas regras supra indicadas.

Em vigor no sistema jurídico espanhol desde 1 de junho de 2003 encontra-se a Sociedad Limitada Nueva Empresa que, conforme a própria designação lhe confere, é uma sociedade de responsabilidade limitada de criação mais simples do que a sociedade limitada tradicional, prevendo não só um capital social mínimo (€3.012) como um capital social máximo (€120.202), nos termos do Artículo 334.º, n.º 1, da Ley de Sociedades de Capital, verificando-se a mesma estipulação quanto ao número de sócios (mínimo de 1 e máximo de 5 – Artículo 437.º n.º 2). Contudo, um sócio de uma Sociedad Limitada Nueva Empresa apenas pode ser sócio de uma única sociedade desta natureza.

Uma das vantagens inerente à Sociedad Limitada Nueva Empresa é a redução de prazos para a sua constituição, bem como o facto de ser permitido que o seu objeto social seja muito amplo para que abranja um maior leque de atividades a que a sociedade se possa dedicar ²²³, não sendo assim necessário modificar o contrato social para alterar o predito objeto. Não obstante, é mister fazer referência ao predito leque, nomeadamente pelo facto de ser um elenco taxativo, pelo que a sociedade apenas pode explorar uma atividade (ou todas) dentro do leque que o legislador espanhol pretendeu considerar.

Já no direito societário francês, possibilita-se a constituição de uma Sociétés à Responsabilité Limitée que, nos termos do art. 1.º, da Loi n.º 2003-721 du août 2003 pour l’initiative économique, observa um capital social livre e o número mínimo de 1 sócio e máximo de 100. O capital é, deste modo, livremente fixado pelos sócios

²²³ Quanto ao leque de atividades, atente-se no Artículo 436.º n.º 1, o qual menciona que “[a] sociedade nova empresa terá como objeto social todas ou alguma das seguintes atividades, que serão transcritas, na íntegra, nos estatutos: agrícola, pecuária, silvicultura, pescas, indústria, construção, comércio, turismo, transportes, comunicações, corretagem ou serviços profissionais em geral”.

considerando as necessidades de capital e o objeto social ²²⁴ que a sociedade se propõe a explorar ²²⁵.

Porém, há que tecer algumas considerações sobre este regime no que tange às sociedades limitadas em França. A primeira repercute-se no facto de a alteração legislativa que consagrou a livre estipulação do capital social ter ocorrido com a Loi n.º 2003-721 du 1 août 2003 pour l’initiative économique, ou seja, cerca de oito anos antes da alteração à lei societária portuguesa. A nosso ver, esse lapso temporal pode ser considerado como uma ponderação do legislador português na eliminação desta figura, na medida em que uma alteração dessa dimensão poderia revelar-se prejudicial à vitalidade de uma empresa e, bem assim, à dos credores, pois ao assumir o risco de uma atividade que não exploram, não tendo o seu crédito ressarcido, veem a vitalidade da sua empresa ser, também, afetada. Sem embargo, tal prejudicialidade ocorreu com a vigência do DL n.º 33/2011 que tornou o capital social livre num eventual promotor de sociedades originariamente subcapitalizadas.

A segunda incide nos motivos que impulsionaram o legislador francês a tornar o capital social desta tipologia societária num capital social livre. De entre eles encontramos, novamente, a afirmação de que “a garantia que supostamente é dada aos credores pelo capital social mínimo é uma ilusão, pelo facto de este ser, na maioria dos casos, despendido durante as primeiras semanas de atividade da sociedade”, bem como que, para múltiplas áreas intelectuais, a exigência de um capital social mínimo não se revela necessária ^{226 227}.

²²⁴ Cfr. art. 9.º, n.º 1, al. d) do CSC, a propósito do objeto social ser um elemento essencial do contrato de sociedade. Neste sentido, Sáenz & Maldonado (2013, p. 9) afirmam que o objeto social, entendido como a atividade ou o conjunto de atividades que a aquela se propõe a explorar, tem uma função de garantia que pode ser apreciada desde o ângulo da sociedade, ao dos sócios e ao de terceiros. No que se refere à sociedade, o objeto social é “a pauta interpretativa para atribuir a responsabilidade (...) bem como para definir o interesse social” (Sáenz & Maldonado, 2013, pp. 9-10). Quanto aos sócios, o objeto social servirá para delimitar a vontade de contratar dos mesmos, na medida em que a manifestação da sua vontade terá em consideração o objeto que a sociedade se propõe explorar, bem como que a prossecução do mesmo depende do capital investido pelos sócios. No que tange aos terceiros, possibilita o conhecimento das atividades que a sociedade poderá explorar e que lhes garante segurança jurídica, nomeadamente na eventualidade de a sociedade prosseguir uma atividade contrária à lei (Sáenz & Maldonado, 2013, p. 10). No mesmo sentido, vide Gagliardo (1998, p. 363).

²²⁵ Importa mencionar que antes da vigência do regime jurídico do capital social livre para as sociedades de responsabilidade limitada em França, era exigido para a constituição das mesmas o capital social mínimo de €7.500 (L223-2 Code de Commerce).

²²⁶ Sem prejuízo de tal afirmação, importa referenciar que a Loi n.º 2003-721 pour l’initiative économique, embora tenha removido a exigência de cumprimento de um capital social mínimo para as sociedades de responsabilidade limitada, o legislador francês manteve a obrigação de dissolver a

A terceira prende-se com a adequação do capital ao objeto da sociedade, situação que não se verifica em Portugal. Com efeito, cremos que esta adequação poderá revelar-se promissora pelo facto de que as sociedades não serão criadas sem reflexão em torno do seu objeto, evitando a criação precipitada de sociedades. Como já referimos aquando dos desenvolvimentos tecidos a propósito da função de garantia, não foram raras as vezes que encontrámos capitais sociais diminutos, com valores que não eram adequados ao objeto social, pelo que o limiar de seriedade dessas sociedades é substancialmente posto em causa. Cabe ressaltar a posterior insolvência dessas mesmas sociedades, pelo que abonamos no sentido da predita adequação com vista a evitar esse destino.

Por sua vez, para a constituição de uma *Società a Responsabilità Limitata* (sociedade de responsabilidade limitada) em Itália, exige-se o capital social mínimo de €10.000 (art. 2463.º, n.º 4, Codice Civile), bem como um mínimo de 2 sócios, não existindo, à semelhança do verificado em Portugal, um número máximo. Para além desta sociedade limitada, o legislador italiano criou a *Società a Responsabilità Limitata Semplificata*, introduzida no art. 2463.º bis, cujo n.º 3 refere que “o montante de capital social deve ser de, pelo menos, €1 e inferior aos €10.000 previstos no artigo 2643.º”.

Posto isto, é mister tecer algumas considerações sobre o anteriormente explanado. De facto, é inegável que esta figura se encontra em decadência, tendo para isso contribuído os ensinamentos doutrinários que negam e afastam as funções que outrora lhe eram atribuídas. Desde logo e enfatizando as melhores palavras de F. Ewang²²⁸, “as normas europeias que exigem um capital social mínimo são as normas mais fracas no conjunto das que se destinam a proteger os credores da limitação da responsabilidade bem como do colapso da empresa”²²⁹. Desta forma, e tal como pudemos verificar, a tendência tem sido, sobretudo, não a eliminação total da figura, mas a criação de sociedades

sociedade no caso de perdas de capital de valor superior a 50%. Não vemos, a par com o considerado por Simon (2004, p. 1039), a aplicação prática desta regra, na medida em que no caso de uma sociedade constituída com capital extremamente baixo, temos dados para crer que a empresa durará tão pouco tempo no comércio que a dissolução, no caso, não faz qualquer sentido.

²²⁷ SIMON, J. (2004), “A Comparative Approach to Capital Maintenance: France”, In *European Business Law Review*, Volume 15, Issue 5, Editorial Advisory Board, pp. 1037-1044.

²²⁸ EWANG, F., *An Analysis and Critique of the EU's Minimum Capitalisation Requirement*, Disponível em: www.ssrn.com/abstract=1015708. Consultado a 12/05/2015., pp.2-3

²²⁹ Veja-se, sobre este entendimento, Domingues (2009, p. 558), ao indicar que o capital social protege os credores (ainda que entendido pelo Autor como uma garantia de segundo grau ou uma garantia indireta), bem como os próprios sócios, assegurando entre estes uma igualdade de tratamento como também que os direitos dos quais são titulares não serão diminuídos ou coartados sem o consentimento dos mesmos.

alternativas para as quais o capital social mínimo exigido é de simples satisfação (“mini GmbH”, Sociedad Limitada Nueva Empresa, Sociedade en Regimén de Formación Sucessiva, Società a Responsabilità Semplificata).

Isto resulta, sem dúvida, da concorrência legislativa (law shopping) entre os vários países da UE com o objetivo de atrair empresas, dado que o TJUE considerou, no Ac. Inspire Art (n.º 141), que exigir um capital social mínimo consubstanciava uma restrição à liberdade de estabelecimento, tendo mesmo mencionado que “disposições relativas ao capital mínimo são incompatíveis com a liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado”. Há, desta forma, uma desconsideração por parte do TJUE quanto ao capital social ao permitir o estabelecimento noutra EM onde a constituição de sociedades não dependa ou dependa de um capital social mínimo irrisório. Por conseguinte, os Estados quase que por mera obrigação, veem-se forçados a alterar a sua lei societária com vista a torná-la competitiva com a dos restantes, provocando, assim, “um verdadeiro movimento de cada vez maior descrença num regime de capital social mínimo”²³⁰.

Cremos ainda que as alterações às leis societárias não se prenderam só com o fenómeno do law shopping. Veja-se, especialmente, o caso português, onde o legislador, tal como já referimos anteriormente, considera que o capital social já não assume as funções que lhe eram atribuídas, especialmente a função de garantia designada como função rainha. Ressalve-se, neste âmbito, algumas afirmações do legislador retiradas do preâmbulo do DL n.º 33/2011, nomeadamente que “[o] facto de ser obrigatória a disponibilização inicial de capital social impede frequentemente potenciais empresários, muitas vezes jovens, sem recursos económicos próprios, de avançarem com o seu projecto empresarial”, facto a que não apresentamos qualquer objeção. Contudo, salvo melhor opinião, um capital social mínimo impele à criação precipitada e não refletida de sociedades.

O legislador considera também que “o presente decreto-lei visa prosseguir o esforço de simplificação e de redução de custos de contexto, que oneram as empresas e prejudicam a criação de riqueza e de postos de trabalho. Desta forma, criam-se condições para promover e apoiar uma atitude de iniciativa, de inovação e de empreendedorismo na sociedade portuguesa”. Quanto a esta afirmação importa sublinhar que, no nosso

²³⁰ LEITE, H. P. (2012), *Capital Social Livre: Incentivo à Iniciativa Privada e Novos Rumos para a Proteção de Credores Sociais*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, p-16

entendimento, as sociedades constituídas com montantes insignificantes não criam riqueza se, posteriormente, a sociedade insolver por estar manifestamente subcapitalizada. No seguimento das anteriores afirmações, refere o legislador que “o capital social não representa uma verdadeira garantia para os credores e, em geral, para quem se relaciona com a sociedade. Na maioria das situações, o capital é afecto ao pagamento dos custos de arranque da empresa. Por esse motivo, cada vez mais, os credores confiam que a liquidez de uma sociedade assenta em outros aspectos, como o volume de negócios e o seu património, fazendo com que o balanço de uma sociedade seja a ferramenta indispensável para incutir confiança nos operadores e garantir a segurança do comércio jurídico”.

Ora, questiona-se que, se assim é, qual a razão para a manutenção em mais de uma dezena de sociedades a imposição de capitais sociais mínimos de valores elevadíssimos?

Questiona-se, também, qual o motivo para o aumento dos valores mínimos já estabelecidos para a criação de determinadas sociedades, dois anos depois da entrada em vigor do diploma que legaliza o regime do capital social livre?

Questiona-se, ainda, a mais valia que o capital social representa atualmente para as restantes sociedades, quando este, na senda do legislador, não desempenha com eficácia a sua função de garantia?

Neste âmbito, é de extrema relevância atender aos interesses dos credores nesta flexibilização e simplificação no que concerne à constituição de sociedades, na medida em que os interesses dos mesmos não devem ser desvalorizados quando são estes a assumir o risco de exploração de uma atividade que não se propuseram explorar.

Neste sentido, é de comum entendimento doutrinário que, não assumindo o capital social qualquer função de garantia para os credores, este deve ser eliminado. Não perfilhamos tal conclusão.

Como decorre da análise da tabela apresentada anteriormente, o capital social mínimo nas sociedades por quotas não é de todo consensual. Se nalguns pontos da Europa a teoria do capital mínimo na perspectiva da tutela dos credores poderá parecer ultrapassada, noutros locais parece que ainda se dá alguma relevância à necessidade do capital mínimo no que à protecção dos credores diz respeito. Em que ponto ficamos? Tendo em conta a actual conjuntura do Direito Europeu, onde se continua a dar grande

destaque à liberdade de estabelecimento, fará sentido defender-se a figura do capital social mínimo nas sociedades por quotas? Embora se caminhe no sentido de um mercado livre, será que a opção pela eliminação do capital mínimo se afigura a melhor solução? Significa esta nova tendência uma ruptura entre a previsão dos interesses dos credores sociais e o direito das sociedades? Não haverá outros mecanismos nos quais podemos confiar para assegurar esta tutela?

Serão estes mecanismos independentes e eficazes o suficiente para tutelar os interesses legítimos dos credores?

Tendo em consideração o exposto, é nossa opinião que, no que toca às sociedades por quotas, e pelo menos na Europa, o debate sobre a existência ou não de um requisito de capital mínimo obrigatório está longe do seu fim. A ausência de harmonização comunitária nesta matéria e as divergências dos regimes actualmente consagrados nos Estados-Membros legitimam as questões que colocamos *supra* e desafiam a doutrina e os legisladores actuais a repensarem o capital mínimo neste tipo de sociedades, reflectindo novamente sobre os motivos que justificam o capital social mínimo.

No entanto, enveredando-se por tal opção (eliminação do capital social mínimo), importa observar quais as alternativas fornecidas aos credores no que concerne aos meios de garantia de que poderão lançar mão.

Ilustres Autores como Porta, Lopes-de-Silanes, Shleifer & Vishny ²³¹, bem como Ewang ²³², defendem que para contratar com a sociedade os credores socorrem-se não do capital social desta, porquanto sendo este preenchido por bens concretos, estes estão sujeitos a desvalorização, dirimindo a função de garantia atribuída, mas sim da reputação, valor de mercado e liquidez da sociedade. É precisamente neste sentido que Porta et. al. ²³³, sublinham que apenas a firme reputação de uma sociedade conduzirá um investidor a financiar. À *contrario*, significa que não será pelo capital social que se pretenderá contratar com a sociedade, mas sim atendendo à sua reputação e valor de mercado.

²³¹ PORTA, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., Vishny, R. (1999), *Investor Protection: Origins, Consequences, Reform*. Disponível em: www.ssrn.com/abstract=227587. Consultado a 07/05/2016.pag.4

²³² EWANG, F., *An Analysis and Critique of the EU's Minimum Capitalisation Requirement*, Disponível em: www.ssrn.com/abstract=1015708. Consultado a 12/05/2015.pag.19

²³³ PORTA, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., Vishny, R. (1999), *Investor Protection: Origins, Consequences, Reform*. Disponível em: www.ssrn.com/abstract=227587. Consultado a 07/05/2016.pag.4

CAPITULO II

A SOCIEDADE POR QUOTAS

1. Das Sociedades por Quotas

A sociedade por quotas veio permitir a criação e desenvolvimento de atividades económicas no seio de estruturas substancialmente mais pequenas e menos complexas de que as sociedades anónimas²³⁴. Surge pela primeira vez em Portugal com a entrada em vigor da Lei de 11 de abril de 1901, criadora da “sociedade por quotas de responsabilidade limitada”²³⁵.

Trata-se de um tipo societário que, dependendo da vontade daqueles que o criam, pode reunir características mais “personalísticas” ou mais “capitalísticas”.

A aplicação conjugada dos artigos 197.º, n.º 3 e 198.º, n.º 1 do CSC permite comprovar isso mesmo: nos termos do artigo 197.º, n.º 3 do CSC, em regra, apenas o património da sociedade responde perante os credores pelas dívidas da sociedade. Porém, o artigo 198.º, n.º 1 do CSC consagra a possibilidade de se estipular no contrato social que um ou mais sócios respondam diretamente perante os credores até determinado montante, afastando assim a regra geral da separação total entre património societário e património pessoal dos sócios, dotando desta forma a sociedade de características mais “personalísticas”.

As sociedades por quotas foram o último tipo societário autónomo a ser reconhecido pelo legislador português. Não obstante, conforme refere Paulo Olavo Cunha, acabaram por se tornar “dominantes no tecido económico-social produtivo do país”, começando a ser “utilizadas como forma jurídica de (quase) todas as pequenas e médias empresas nacionais”²³⁶.

²³⁴CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 64.

²³⁵RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 27.

²³⁶CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, ob.cit., 2004, pág. 65.

Atualmente, o regime legal que lhe é aplicável está previsto nos artigos 197.º e seguintes do CSC.

1.1 Antecedentes Históricos

Tendo em conta que a personalidade jurídica não representava autonomia patrimonial perfeita entre sócio e sociedade, e, com o objetivo de propiciar um maior desenvolvimento dos mercados através da diminuição da aversão ao risco, a ordem jurídica “criou” a figura da limitação da responsabilidade dos sócios, para um risco mais equilibrado entre o empreendedor/comerciante e o mercado como um todo²³⁷. Em Portugal, à semelhança de outros países, como por exemplo, o Brasil, esta limitação é patente em vários instrumentos societários, estando, no entanto, por imperativo de delimitação temática, o nosso âmbito cingido à sociedade por quotas.

A sociedade por quotas surge na Alemanha²³⁸ por mera criação do legislador do Reich Alemão e, sem precedente histórico, a sua criação tem na sua génese a reforma da sociedade anónima alemã, de 1870 e 1884. Com efeito, tal reforma teve lugar porque se considerou, na altura, que as sociedades anónimas tinham adquirido a classificação de entidades muito complexas e por isso pesadas e caras demais para os comerciantes. Diante do alto custo do seu funcionamento, as pequenas e médias empresas ficariam desamparadas, por não terem maneira de limitar a responsabilidade sem a contrapartida financeira, complexa e custosa que a elas estava adstrita, situação que levou então ao aparecimento do novo tipo societário²³⁹. O êxito foi tal, que em 1911, já havia 20.000 sociedades por quotas na Alemanha, e a expansão pela Europa foi intensa.

²³⁷Acerca da limitação de responsabilidade: J. M. COUTINHO DE ABREU – Curso de Direito Comercial, ...cit, 181. Afirmando que a busca pela limitação do risco econômico: “não envolve em si nada de ilícito”: P. PAIS DE VASCONCELOS – Teoria Geral, ...cit, 123

²³⁸Mais especificamente através da Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung de 20 de Abril de 1892. Mais tarde, em Maio de 1898, recebeu uma nova redação, para ser adaptada ao BGB.

²³⁹O que faz com que António Menezes de Cordeiro realce a capacidade de influência da criação humana no Direito Privado, em que pese o peso determinante da história. A. MENEZES DE CORDEIRO – Manual de Direito das Sociedades, Vol. II, Coimbra, 2006, 211.

Assim, em 1901, através da lei de 11 de Abril, Portugal recebeu o regime²⁴⁰ que se aplicava ao tipo societário posteriormente designado por sociedade por quotas, tendo o mesmo acontecido na Áustria em 1906, na França em 1925, na Itália em 1942, e na Espanha em 1953^{241 242}. Entretanto, em função deste êxito surge, de imediato, um dos maiores problemas que se vem colocar no âmbito do Direito Societário, a saber, a apelidada Desconsideração da Personalidade Jurídica das Pessoas Coletivas, que mais adiante trataremos, também designada por alguma doutrina como o problema do levantamento do véu. Tal problema vem colocar-se, porque até então, a responsabilidade ou era ilimitada e os sócios podiam responder com o próprio património, ou tratava-se de sociedade anónima, em que havia fortes mecanismos de controlo e publicidade do seu funcionamento²⁴³. Com este advento, surge uma nova problemática, pois a limitação da responsabilidade gera benefícios e custos sociais.

Assim, se é verdade que ao reduzir o risco incentiva-se o desenvolvimento de uma atividade geradora de valor, que garante a circulação de capitais e investimento na economia, bem como a profissionalização de estruturas de gestão e redução dos custos e mecanismos de controlo, a diversificação de investidores e o funcionamento do mercado de participações sociais; também é certo que esta arquitetura societária gera custos sociais, na medida em que o risco do empreendimento, que deveria ser do comerciante investidor, é exteriorizado para terceiros²⁴⁴.

Acontece que a visão da parcial exteriorização do risco, quando se tem um entendimento mais profundo e sublinhando a génese do pensamento Alemão, inclina-se para a sua valorização, pois, se a limitação de responsabilidade fosse integralmente um custo para a sociedade, esta não teria sido aplicada em tantos regimes democráticos.

²⁴⁰Convém frisar, que estas leis não tinham uma definição da sociedade por quotas, mas antes um regime específico a elas aplicável. Neste sentido: P. PAIS DE VASCONCELOS – A Participação ...cit, 33.

²⁴¹Acerca das origens e da expansão do tipo societário: A. MENEZES DE CORDEIRO – Manual ...cit, 211-213.

²⁴² Cfr. VEGA VEGA, José António, *Sociedades de Capital*, ob.cit., pp 257

²⁴³Pois aliadas a esta democratização da responsabilidade limitada, surgiu a necessidade de proteção dos credores sociais, que diferentemente daquilo que ocorria nas sociedades anónimas, neste caso não se beneficiavam da publicidade do funcionamento da empresa, neste sentido: A. MENEZES DE CORDEIRO – Manual ...cit, 357.

²⁴⁴Acerca dos benefícios e custos da limitação da responsabilidade: DIOGO PEREIRA DUARTE – *Aspetos do Levantamento da Personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio: contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária*, Coimbra, 2007, 88-98.

Com efeito, esta moderação do risco entre empresa e mercado, trata-se de um investimento da sociedade no instrumento que é seu financiador direto e criador de riqueza e postos de trabalho. A sociedade vem assim, maximizar o seu próprio valor intrínseco, uma vez que dívida ou política monetária não garantem indefinidamente uma trajetória positiva a uma dada economia.

Todavia, a exteriorização do risco, perde o seu fundamento em casos de uso abusivo da limitação da responsabilidade, tornando-se um custo efetivo para a sociedade, pelo que tem de ser regulado. Daí o nosso especial interesse por este tipo societário, uma vez é diante dessa transferência de risco, hoje em dia, claramente inexistente, dada a alteração legislativa levada a efeito, no que ao capital social diz respeito, que o tema da desconsideração da personalidade jurídica assume especial importância.

A personalidade jurídica e a limitação da responsabilidade blindam a estrutura societária e os sócios dos infortúnios do negócio, mas essa blindagem tem de se adaptar à natureza das coisas, não podendo ser absoluta sob pena de legitimar fraudes e abusos perpetrados em nome da autonomia coletiva e do empreendedorismo.

Neste sentido, e porque é importante aferir do regime legal do aludido tipo de sociedade comercial em Portugal, importa-nos traçar as principais características da Sociedade por Quotas em termos de capital e responsabilidade, para que, posteriormente, e em face da alteração legislativa ocorrida, no âmbito do direito societário, em 2011, por nós já aludida, se possa entender melhor o fundamento excepcional do chamado “levantamento do véu” neste tipo societário e o porquê da sua atual inocuidade e inaplicabilidade no nosso ordenamento jurídico a este tipo societário.

1.2 A Sociedade Por Quotas em Portugal e o Seu Regime Legal

Em Portugal, a sociedade por quotas, foi admitida na ordem jurídica em 1901, através da lei de 11 de Abril, o que fez com que o país fosse o pioneiro em acolher a iniciativa alemã²⁴⁵.

A aludida sociedade, tem o regime legal previsto nos artigos 197.º a 270.º do CSC, sendo que no n.º1 do artigo 197.º do CSC, este tipo societário é definido do seguinte modo: “Na sociedade por quotas o capital está dividido em quotas e os sócios são solidariamente responsáveis por todas as entradas convencionadas no contrato social”. E, segundo o n.º3 do mesmo artigo, “só o património social responde para com os credores pelas dívidas da sociedade.”. Significa isso que as sociedades por quotas são sociedades comerciais dotadas de personalidade jurídica; qualificáveis como sociedades de capitais²⁴⁶, de maneira que os fundos são usados para a obtenção dos seus fins; e, como em qualquer sociedade comercial, este tipo societário pode ser formado por vários sócios, ou pode ser unipessoal²⁴⁷.

Diante da enorme abrangência do tipo de sociedade em questão, a doutrina afirma que: “as sociedades por quotas traduzem um tipo de organização capaz de desenvolver qualquer espécie de atuação humana lícita.”²⁴⁸. E é esta a razão do sucesso desta estrutura societária, pois, como salienta Raúl Ventura: “é a maleabilidade ou a elasticidade das sociedades por quotas que constituem a base do seu sucesso prático”²⁴⁹.

Daqui deriva que, em Portugal, as sociedades por quotas correspondem a maior parte do tecido empresarial Português, o que confirma a importância do que nos propomos

²⁴⁵CORDEIRO, A. MENEZES DE – *Direito Europeu das Sociedades*, Coimbra, 2005, 482 e 483.

²⁴⁶Menezes Cordeiro afirma que podem funcionar tanto como sociedade de pessoas, na medida em que normalmente têm poucos sócios, estabelecendo-se assim uma relação de confiança em que os membros das sociedades contribuem para a mesma de variadas formas; como de capitais. A. MENEZES DE CORDEIRO – *Manual ...cit*, 208. Pais de Vasconcelos, entretanto, apesar de ressaltar a relevância do sócio, qualifica-as como sociedades de capitais: P. PAIS DE VASCONCELOS – *A Participação ...cit*, 41.

²⁴⁷Em realidade, assim como em todos os tipos de sociedades, há uma margem de conformação dos sócios de estipulação no seu interior dos contratos, pactos e estatutos. P. PAIS DE VASCONCELOS – *A Participação...cit*, 58.

²⁴⁸Neste sentido: A. MENEZES DE CORDEIRO – *Manual ...cit*, 208 e 209.

²⁴⁹ VENTURA, RAÚL – *Apontamentos para a Reforma das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, Lisboa, 1969, 46.

demonstrar, ou seja, a inocuidade da alteração legislativa que veio permitir a possibilidade de constituição deste tipo societário sem capital mínimo exigível, reduzido a um euro.

Com efeito, potenciar a inexigibilidade de capital social mínimo garantido, que potencialmente garanta a segurança de eventuais credores societários, é, com o devido respeito, potenciar também a promiscuidade na libertação de capital próprio de futuros sócios, com vista a sua futura desresponsabilização total, antes da constituição da futura sociedade por quotas, salvaguardando assim a impossibilidade de resposta por dívidas da sociedade (por inexistência de capital social), e limitando o famigerado empreendedorismo (que esteve na origem desta alteração legislativa), sem algo que garanta a solidez deste tipo societário para futuros empreendimentos.

Qual será o sócio que não entrando com mais do que um euro para a constituição da sua sociedade por quotas, arrisca o seu património pessoal como garantia pessoal para, eventualmente, solicitar empréstimos bancários por forma a garantir o arranque da sua sociedade?

E onde é que, face à inexistência de capital social sólido, quer societário, quer pessoal, e bem assim, património social visível, poderá ter aplicabilidade a desconsideração da personalidade jurídica dessa pessoa coletiva?

Não será por esse motivo que Espanha manteve, na sua essência, para as *sociedades limitadas* a exigência de um capital mínimo social de € 3.000, exceptuando apenas aquelas que criou em 2013 com o nome de sociedade limitada de formação sucessiva?²⁵⁰

1.3. Meio de Limitação da Responsabilidade da Sociedade e dos Sócios

Como se retira da leitura do artigo 197.º do CSC supracitado, esse tipo societário, distingue-se dos demais pela existência de uma responsabilidade limitada ao valor do capital social, e solidária entre os sócios pelo valor das entradas, sendo certo que esta é a única responsabilidade em que os sócios incorrem, não respondendo pessoalmente com

²⁵⁰ Cfr. VEGA VEGA, José António, *Sociedades de Capital*, citado, 2014, pp. 270

o seu património, por obrigações da sociedade, daí falar-se em responsabilidade limitada às entradas²⁵¹.

Na verdade, a racionalidade dos agentes faz uma correção de responsabilidade, quando se vislumbra um diferencial expressivo entre capital a investir e capital próprio. Tal acontece quando esta espécie de sociedade arranca com constituição de capital próprio de valor reduzido para o seu objeto social, e funda-se na esperança de um alto financiamento externo; então, a solução do empréstimo quase sempre resultará em uma responsabilidade pessoal a ser assumida pelos sócios, nos termos do artigo 198.º do CSC²⁵², sofrendo assim este veículo, por exemplo, na ótica dos credores, uma primeira fase de confundibilidade entre a empresa e a pessoa dos sócios.

É precisamente esta situação, que, sendo a prática quotidiana de quem desejava constituir uma sociedade por quotas, antes de 2011, nos leva a questionar agora, graças à alteração legislativa que se verificou no ordenamento jurídico português (DL n.º 33/2011, de 07 de março) na inexistência de obrigação de capital mínimo social inicial, para a constituição de uma sociedade por quotas, se tal alteração não estimula os empreendedores (potenciais sócios) a partir para tal iniciativa, descapitalizando-se de início, para que eventuais responsabilidades por dívidas da sociedade sejam inexigíveis por inexistência de capital social próprio e ou pessoal, fazendo gorar a possibilidade de eventuais credores, verem os seus créditos ressarcidos, como adiante tentaremos demonstrar.

A responsabilização societária torna-se claramente inexistente e a responsabilização pessoal (inexigível por lei), torna-se também ela inexistente perante terceiros, uma vez que nenhum sócio facultará o seu património pessoal como garantia de empréstimos, pois tal não faria sentido, se tivesse obrigatoriedade de contribuir com um capital social mínimo exigível de pelo menos € 5.000 euros, como anteriormente existia.

Mas a verdade é que, quer queiramos, quer não, os credores têm o direito de exigir de imediato outras garantias, como forma de garantir a viabilidade contratual que possa vir a ser celebrada.

²⁵¹É certo que esta limitação de responsabilidade, segundo o artigo 198.º, pode ser afastada através de acordos de responsabilização direta dos sócios para com os credores. Entretanto, a regra geral é a de limitação da responsabilidade e para efeitos do tema do qual tratamos, é esse o requisito para a despersonalização.

²⁵²RIBEIRO, Maria de Fátima, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, 2009, ob.cit.,pág. 38.

Desde logo, encontramos a exigência pelos credores de outras garantias (pessoais ou reais) aos sócios. Contudo, esta opção encontra-se apenas ao alcance dos credores fortes (ou voluntários), sujeitando os credores fracos a um nível de proteção inferior. A este propósito, Leite (2012, p. 33²⁵³) indica que os credores “encontram-se hierarquizados, consoante o seu tipo de crédito, o qual vai ser o elemento indicativo da medida da sua tutela”. Neste sentido, importa proceder a distinções base no âmbito dos conceitos de credores fortes (ou voluntários) e credores fracos (ou involuntários). Conforme resulta das designações mencionadas, um credor forte será, por exemplo, aquele que tem poder suficiente para exigir outras garantias que acautelem o interesse do seu crédito (instituições bancárias), faculdade que não é possibilitada aos credores fracos que, muitas vezes, são trabalhadores da própria sociedade ou pequenos fornecedores.

A nosso ver, a exigência, por parte dos credores de outras garantias aos sócios culmina num desvio à responsabilidade limitada de que são, através do contrato de sociedade, titulares. Contudo, “a responsabilidade limitada tem efeitos prejudiciais uma vez que os instrumentos jurídicos previstos para garantir a posição dos credores não funcionam, sendo necessário exigir garantias suplementares” (Roda, 2000²⁵⁴).

No sentido de proteger os credores fracos, incapazes de exigir outras garantias ao alcance dos credores fortes, encontra-se o seguro de responsabilidade civil ²⁵⁵. A legislação alemã prevê, neste mesmo sentido, por exemplo, que os advogados que pretendam constituir-se em sociedade de responsabilidade limitada, celebrem contrato de seguro de responsabilidade civil, visando salvaguardar os interesses dos credores fracos. Também em Portugal um advogado com inscrição em vigor deve celebrar e manter um seguro de responsabilidade civil profissional, que tem como limite máximo o valor de €250.000, conforme o art. 104.º, n.º 1, do DL n.º 145/2015, de 9 de setembro. As sociedades profissionais de solicitadores de responsabilidade limitada têm também a previsão de um seguro de responsabilidade civil obrigatório, previsto no art. 123.º, n.º 3,

²⁵³ LEITE, H. P., *Capital Social Livre: Incentivo à Iniciativa Privada e Novos Rumos para a Proteção de Credores Sociais*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa.2012

²⁵⁴ RODA, C. B. , *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Aranzadi Editorial, 3ª Edición.,2000

²⁵⁵ LEDESMA (2007, p. 148) propugna precisamente neste sentido: a sociedade deve celebrar um seguro de responsabilidade civil, com vista a acautelar os interesses dos credores fracos, atendendo que a sua proteção é diminuta quando comparada à dos credores fortes. No mesmo sentido, vide Siems, Herzog & Rosenhäger (2001, pp. 5-6).

da Lei n.º 154/2015, de 14 de setembro, no valor mínimo de €500.000 e máximo de 5.000.000, não podendo ser inferior a 50% do valor da faturação.

Também os solicitadores, à semelhança dos advogados, têm de celebrar e manter um seguro de responsabilidade civil profissional no valor mínimo de €100.000 (art. 123.º, n.º 2, al. a), da Lei n.º 154/2015), sendo que, caso se trate de um agente de execução, o valor corresponde também a €100.000 ou a 50% do valor da faturação se for superior ao predito montante (art. 123.º, n.º 2, al. b) do predito diploma).

O legislador português previu, no art. 396.º do CSC, que a responsabilidade dos administradores das SA fosse caucionada (n.º 1), permitindo a substituição desta caução por um contrato de seguro (n.º 2), a favor dos titulares de indemnizações, de valor não inferior a €250.000 para as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e para as sociedades que cumpram os critérios da alínea a) do n.º 2 do artigo 413.º. Para as restantes sociedades o valor não deve ser inferior a €50.000, cfr. n.º 1, do art. 396.º, do CSC.

1.4. Capital Social na Sociedade Por Quotas

Uma das classificações tradicionais das sociedades comerciais é aquela que as divide em sociedades de pessoas e em sociedades de capitais. A distinção entre umas e outras não resulta do objeto social das sociedades comerciais, mas da sua natureza, ou seja, do modo como se constituem e estruturam.

Assim, as sociedades de pessoas, como é o caso das sociedades em nome colectivo, serão aquelas em que existe uma grande preponderância dos sócios na organização e atividade da sociedade comercial, o que se traduz, por exemplo, na necessidade da firma da sociedade conter obrigatoriamente o nome ou a firma de pelo menos um dos sócios (cfr. artigo 177, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais – CSC), de que a transmissão entre vivos da parte social de um sócio só possa ser efetuada com o consentimento dos restantes sócios (artigo 182.º – CSC), de que os sócios sejam gerentes (artigo 191.º, n.º 1 - CSC) ou que os sócios respondam com o seu património pessoal, subsidiariamente, por todas as obrigações da sociedade comercial (cfr. artigo 175.º, n.º 1 - CSC).

No caso das sociedades de capitais, como as sociedades por quotas ²⁵⁶ou as sociedades anónimas, o envolvimento pessoal dos sócios na actividade diária da sociedade é tendencialmente menos intenso e mais distante, desde logo porque na constituição das sociedades assume um maior relevo a disponibilização de fundos financeiros para a sociedade (dinheiro ou bens penhoráveis – artigo 20, al. a) - CSC), uma vez que não são permitidas contribuições em indústria (ou seja, a atribuição de um valor à prestação de trabalho pelos sócios, em resultado dos seus conhecimentos ou habilidades técnicas; cfr. artigos 202.º, n.º 1 e 277.º, n.º 1) e depois porque a sua responsabilidade pelas dívidas das sociedades perante terceiros está limitada ao valor da sua entrada no capital social (cfr. artigos 197.º, n.º 3 e 271.º - CSC).

Em qualquer caso, e com exceção das sociedades em nome coletivo em que todos os sócios contribuam apenas com a sua indústria, a indicação do capital social é um dos elementos que deverá constar no contrato de constituição da sociedade (cfr. artigo 9.º, n.º 1, als. f) a h) – CSC).

Para o efeito, o capital social é o valor que resulta das entradas dos sócios para a sociedade, em dinheiro ou em bens suscetíveis de penhora, aparecendo a realização das entradas como um dos deveres fundamentais dos sócios (cfr. artigo 20.º, al. a) - CSC).

O valor e a composição das entradas individuais dos sócios é estabelecido no contrato de sociedade, designando-se as parcelas do capital social pertencentes a cada um dos sócios por «partes sociais» nas sociedades em nome coletivo (as quais não são tituladas com títulos representativos, cfr. artigo 176.º - CSC), enquanto nas sociedades por quotas assumem a designação de «quotas» (cfr. artigo 197.º - CSC) e nas sociedades anónimas são denominadas por «ações» (cfr. artigo 271.º - CSC).

Como já foi referido em capítulo anterior, o capital social desempenha várias funções importantes para a sociedade comercial, uma vez que assegura um conjunto de recursos necessários para o início e o prosseguimento do objeto social, o qual é a razão da sua existência. Em simultâneo, permite aos fornecedores e clientes ter alguma informação

²⁵⁶A classificação da sociedade por quotas como sociedade de capitais é objeto de discussão. Assim, por exemplo, Pires Cardoso defendia que estas eram sociedades de tipo misto, ou seja, simultaneamente, sociedades de pessoas e de capitais (Pires Cardoso, 2002, p. 179). No mesmo sentido, Coutinho de Abreu (2003, pp. 69-70). Pupo Correia defende que o maior pendor pessoal ou capitalista dependerá em concreto da configuração que é dada à sociedade no contrato social (Pupo Correia, 2005, p. 146). Normalmente, para fundamentar o elemento pessoal das sociedades por quotas, invoca-se, por exemplo, a possibilidade de todos os sócios poderem ser gerentes (artigo 252.º - CSC) ou a maioria necessária para alterar o contrato social (artigo 265.º – CSC).

sobre a dimensão e a capacidade financeira da sociedade, podendo ser um dos elementos a ter em conta quando se pondera a realização de um negócio. Para além disso, funciona em certa medida como uma garantia quanto ao pagamento das dívidas da sociedade para com terceiros (em resultado, nomeadamente, de mecanismos legais como o artigo 35.º do CSC, o qual versa sobre a perda de metade do capital social e obriga a sociedade a analisar a ocorrência de uma situação deste tipo e a adotar medidas que a permitam corrigir, uma vez que a perda do capital social, para além de um determinado limiar, coloca em risco a vida da sociedade e os interesses dos sócios, fornecedores e clientes).

Tal como já referido por várias vezes, o Código das Sociedades Comerciais estabelecia um valor mínimo para o capital social das sociedades de capitais. Assim, o artigo 276.º previa como montante mínimo do capital social das sociedades anónimas os 50.000 euros, enquanto o artigo 201.º estabelecia que o capital social das sociedades por quotas não podia ser inferior a 5.000 euros.

No entanto, o Decreto-Lei n.º 33/2011, de 7 de Março, o qual alterou o Código das Sociedades Comerciais, e já por demais referenciado, viria a modificar este quadro ao passar a permitir que os sócios das sociedades por quotas possam fixar livremente o montante do capital social no contrato de sociedade, deixando assim estas sociedades de estar obrigadas a possuir um capital social mínimo de 5.000 euros.

Esta opção foi justificada pelo legislador com a vantagem que isso representaria para o empreendedorismo e para o combate à pobreza e ao desemprego, uma vez que permitiria aos jovens «sem recursos económicos próprios» avançar para a criação de projetos empresariais, dado que muitos deles «têm origem numa ideia de concretização simples, que não necessita de investimento inicial, por exemplo, numa atividade desenvolvida através da Internet, a partir de casa».

Para além disso, o legislador também acredita que isso tornará «mais transparentes as contas das empresas», embora não se perceba bem a relação, uma vez que a fundamentação utilizada é, tal como já referimos anteriormente e continuaremos a referir, que o capital social não é uma verdadeira garantia para os credores, sendo mais confiáveis para isso o volume de negócios e o respetivo património, o que, em bom rigor, era exatamente o que sucedia quando existia um valor mínimo para o capital

social das sociedades por quotas, que não levava à descapitalização pessoal dos sócios antes de formarem uma sociedade.

Diante do objetivo de prossecução lucrativa²⁵⁷, para que o desenvolvimento da atividade societária seja eficaz e se reverta em lucro, é também necessário que a sociedade tenha ao seu dispor os recursos necessários para alcançar a sua finalidade. Esses recursos, são postos à disposição da sociedade pelos sócios e podem ser bens em espécie ou monetários, que os sócios se comprometem a transferir para a sociedade, no ato constitutivo e formam o capital social. Neste sentido, é recorrente lermos que no momento de constituição da sociedade, o património social seria coincidente com o valor do capital social, todavia, durante o exercício financeiro, com o desenvolvimento das atividades, enquanto que o valor do capital social permanece o mesmo, o património pode ser variável de dia para dia.

Como já vimos, em Portugal, até 2011, as sociedades por quotas eram obrigadas a integralizar um capital mínimo de € 5.000 euros. Mas, tal como já referimos e não nos cansaremos de repetir, em 7 de Março, o DL n.º 33/2011 veio estabelecer o capital social livre nas sociedades por quotas, determinando que cada quota deve corresponder a um valor mínimo de 1 euro, pelo que o capital social mínimo corresponderá ao número de sócios multiplicado pelo valor de 1 euro. Com efeito, e contrariando um pouco o que temos vindo a dizer, não se pode dizer que o decreto-lei em causa, tenha eliminado o capital social mínimo, pois, na verdade, o instrumento, a exemplo do direito americano e diante da tendência comunitária, concedeu uma ampla liberdade aos sócios para determinar o valor do capital social²⁵⁸. Assim sendo, apesar de alguma doutrina ainda insistir na função de tutela de credores do capital social, até poderíamos acompanhar os autores que defendem o oposto e concordarmos com Paulo de Tarso no

²⁵⁷ Agentes económicos em níveis superiores de racionalidade, entendem a problemática da governação corporativa e compreendem a limitação da variável lucro, procurando a maximização de criação de valor / utilidade sustentável no longo prazo, ou seja: “It is up to managers to managers to sort out the trade-offs between short-term earnings and long-term value creation and be courageous enough to act accordingly. Perhaps, even more important it is up to corporate boards to investigate sufficiently and be active enough to judge when managers are making the right trade- offs and to protect them when they choose to build long-term value.” TIM KOLLER, MARC GOEDHART e DAVID WESSELS in: McKinsey & Company – Valuation, 4ªed, New Jersey, 2005, 21.

²⁵⁸ A partir da década de setenta, alguns estados dos EUA, passaram a eliminar a figura do capital social do Business Corporation Act. E atualmente, a nível comunitário, há um movimento no sentido da sua eliminação, acerca disto: DOMINGUES, Paulo de Tarso, O Novo Regime do Capital Social nas Sociedades por Quotas: in P. PAIS DE VASCONCELOS, J. COUTINHO DE ABREU e R. PINTO DUARTE, Direito das Sociedades em Revista, Ano 3, Vol. 6, Coimbra, Out. 2011, 97-123, 98-99.

sentido de que essa função traduz-se numa falácia. Em primeiro lugar, porque não se pode garantir que o património da empresa seja igual a cifra do capital social; e, por outro lado, porque é impossível garantir através de um valor fixo uma fórmula de quantia ideal para qualquer tipo de atividade²⁵⁹. Em bom rigor, até poderíamos aceitar que a garantia dos credores é feita pelo património e não pelo capital social, pois como alerta Coutinho de Abreu: não se pode pensar que o capital é algo que se encontra num cofre à disposição dos credores (...) O que responde perante os credores é o património.”²⁶⁰ Aliás, esse é o sentido do n.º3 do artigo 197.º do CSC, quando determina que é o património que responde pelas dívidas da sociedade.

No entanto, é aqui que reside a génese da nossa tese. E se *ab initio*, os sócios partirem para a constituição de uma sociedade por quotas sem capital próprio, societário e/ou pessoal? Não será lícito questionarmo-nos se a atitude legislativa permissiva de constituição de uma sociedade por quotas com capital social livre, em que cada quota deva corresponder a um valor mínimo de 1 euro, correspondendo, por sua vez, o capital social mínimo ao número de sócios multiplicado pelo valor de 1 euro, não será uma forma de levar os potenciais sócios a pensar abraçar esse projeto, desprovidos, também eles, de capital próprio pessoal que possa garantir a contratualização de, por exemplo, créditos bancários que viabilizem o desenvolvimento da sociedade?

Com efeito, o capital social poder ser constituído apenas por um euro, por cada sócio existente, coloca-nos sérias questões.

As quotas são reguladas a partir do artigo 219.º do CSC, e representam o quinhão correspondente às entradas de cada sócio no capital social. O valor mínimo de cada quota, mesmo após divisão, tal como já referimos anteriormente, tem de ser superior a 1 euro. Neste sentido as quotas podem ser objeto de transmissão, partilha ou divisão, sujeitando-se as regras do artigo 221.º e seguintes do CSC.

Mas que tipo de clientes/credores contratarão com sociedades cujo capital social é praticamente inexistente e, salvo melhor opinião, estarão também os sócios desprovidos de património pessoal, por forma a não serem responsabilizados por quaisquer dívidas e/ou empréstimos (que, convenhamos, serão impossíveis de angariar sem prestação de

²⁵⁹Na visão do autor a fixação do valor do valor do capital social é um gesto fútil e falacioso: PAULO DE TARSO DOMINGUES – O Novo Regime do Capital Social ...cit, 99-102

²⁶⁰J. M. COUTINHO DE ABREU – Curso de Direito Comercial, .cit, 151.

garantias pessoais), mas que hipoteticamente possam vir a ser contraídas pela sociedade?

Será verdadeiramente aceitável a adequação do capital mínimo agora criado à função de garantia dos credores, que tantos ousam criticar?

1.5. Das Deliberações nas Sociedades Por Quotas

Diante da alta elasticidade deste tipo societário, as decisões de governação dão-se essencialmente por meio de deliberações sociais, que podem ser feitas via voto escrito ou em assembleia geral com conseqüente assinatura de ata. Com efeito, na sociedade por quotas em Portugal, e de forma não exaustiva, dependem de deliberação social, sem prejuízo do que vier estabelecido no contrato ou na lei:

- a chamada e a restituição de prestações suplementares;
- a amortização, aquisição, alienação e oneração de quotas próprias;
- o consentimento para divisão ou cessão de quotas;
- a exclusão de sócios; a destituição de gerentes e de membros do órgão de fiscalização;
- a aprovação do relatório de gestão e das contas;
- a atribuição de lucros e tratamento dos prejuízos;
- a exoneração de responsabilidade dos gerentes ou de membros do órgão de fiscalização;
- a proposição de ações de responsabilidade contra gerentes, membros do órgão de fiscalização ou sócios;
- a alteração do contrato sociedade; e
- a fusão, cisão, transformação e dissolução da sociedade.

Pese embora a importância das deliberações, as sociedades por quotas em Portugal são administradas e representadas, nos termos do artigo 252.º do CSC, por um ou mais gerentes, entre os sócios ou estranhos à sociedade, desde que sejam pessoas singulares e com capacidade jurídica plena. Assim, os gerentes devem praticar atos que sejam

necessários e convenientes para a realização do objeto social, respeitando as deliberações dos sócios. Significa isto que, os atos praticados pelos gerentes, segundo o artigo 260.º do CSC, se estiverem dentro dos poderes que a lei lhes confere, e dentro dos limites do contrato e das deliberações, vinculam a sociedade perante terceiros. Caso contrário, se extrapolar os limites, atuando com culpa, nos termos do artigo 72.º do CSC, os gerentes ou administradores respondem perante a sociedade pelos danos causados; e, segundo o artigo 78.º, respondem perante os credores, quando pela inobservância culposa das disposições legais e contratuais, o património social se verifique insuficiente para a satisfação do crédito. Essa responsabilização é a aquiliana, regulada no artigo 483.º do CC Português, e permite que um sujeito que não é obrigado contratualmente, seja responsabilizado em função da imputação a ele da frustração do crédito²⁶¹. Mas convém realçar que esta é diferente da responsabilidade imputada aos sócios, que é regulada no artigo 83.º do mesmo diploma. Além disto, caso assim deliberem os sócios, pode ser instituído um conselho fiscal, que, a existir, será regido pelas regras da sociedade anónima. As sociedades que não tenham o conselho, caso ultrapassem dois dos três limites previstos no n.º 2 do artigo 262.º, deverão então designar um revisor oficial de contas²⁶².

Em Portugal, a regra da pluripessoalidade no direito societário, tem exceções, sendo que uma delas pode levar, *in extremis*, à constituição de uma sociedade comercial em que o capital social poderá ser de apenas € 1 euro.

Feito o enquadramento geral do regime da sociedade por quotas em Portugal, e não obstante as considerações feitas até ao momento, constatamos tratar-se de um tipo societário bastante aberto, que permite aos sócios uma utilização variada da tipicidade legal. Esta é a razão, conjuntamente com o privilégio de limitação da responsabilidade, para que seja a espécie societária mais recorrente na realidade económica portuguesa. O legislador português conseguiu, sem retirar maleabilidade do seu funcionamento, e em face das normas jurídicas que têm vindo a ser elencadas, supostamente defender as expectativas dos empresários e, ao mesmo tempo, proteger os interesses dos credores, através das figuras de responsabilidade dos sócios e dos gerentes.

²⁶¹Acerca dessa responsabilidade: MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO – *A tutela dos credores ...cit*, 457-462.

²⁶²São os limites: Total do balanço igual ou superior a 1.500.000 euros, total das vendas líquidas e outros proveitos igual ou superior a 3.000.000, número de trabalhadores empregados em média durante o exercício igual ou superior a 50 indivíduos.

Neste sentido, quase que seríamos tentados a afirmar que, diante do necessário estímulo ao investimento e ao empreendedorismo, entendemos que esta espécie societária está bem regulada e estabilizada pelo ordenamento jurídico português.

Mas será que é mesmo assim?

Será que permitir a criação de uma sociedade comercial sem um mínimo de capital social demonstrativo de segurança financeira, capaz de garantir a viabilidade económica da empresa, ou pelo menos a sustentabilidade da mesma, caso haja necessidade de recurso a crédito para efetivar o seu crescimento, é a forma correta de agir?

O empreendedorismo tem e deve ser incentivado, mas permitir a criação de pequenas e médias empresas com capital social reduzido, sem o mínimo de segurança e capacidade financeira sustentáveis, não pode ser, ou melhor não é, com toda a certeza, a solução para o crescimento e desenvolvimento económico nacional. Este só se poderá efetivar se as empresas em causa tiverem capacidade jurídica e económica de se autossustentarem, caso o seu sucesso não seja imediato ou garantido.

O recurso à banca exigirá, sem qualquer dúvida, outras garantias pessoais que, por força da possibilidade de constituição da empresa com capital diminuto, não existirão, da parte dos sócios, pois tal é a possibilidade que a lei lhes permite – exonerar-se de qualquer património para não poder vir a ser garante da sociedade, em caso de incumprimentos contratuais ou obrigações fiscais acessórias ou principais.

Não fará muito sentido aceitar que constituindo uma empresa sem capital de risco, se coloque em “risco” o “capital próprio” dos sócios. Seria descabido dar isto por aceite e não contrapor o oposto.

Mas então, por que motivo o legislador veio interiorizar no nosso ordenamento jurídico esta possibilidade de existência de sociedades por quotas com capital social mínimo de um euro?

Por mera questão europeia, relacionada com transposição de diretivas? Por necessidade de possibilitar o recurso a fundos comunitários, a sociedades que, por falta de capital, não se podiam constituir e viram agora a possibilidade de constituição para esse efeito?

Muitas são as dúvidas que nos suscitam esta alteração legislativa e muitas são as múltiplas respostas que poderíamos encontrar, mas que, por uma questão de justiça salomónica, deixamos ao vosso critério julgar, questionando.

1. 6 A Sociedade Por Quotas no Direto Comparado

A Sociedade Por Quotas no Brasil (Sociedade de Responsabilidade Limitada ²⁶³)

No Brasil, a limitação da responsabilidade, através da sociedade por quotas, foi instituída pelo Legislador em 1919²⁶⁴, seguindo o exemplo Português de 1901, que previa capital e valor mínimo de cada quota. Do mesmo modo que no modelo atual, naquela altura, a lei estipulava a responsabilidade limitada de cada sócio, pelo valor da quota subscrita e responsabilidade subsidiária e solidária de todos os sócios pelo pagamento da quota não totalmente realizada.

Na realidade, essa mais valia de mitigação de risco, foi o meio encontrado para investidores de médio e pequeno porte empreenderem, ou seja, essa criação, também no Brasil, foi o meio encontrado para diminuir a aversão ao risco. Hoje, o tecido societário brasileiro é composto em 90% pelas sociedades por quotas ou de responsabilidade limitada, sendo o tipo mais comum na economia brasileira ²⁶⁵.

A Sociedade por Quotas, foi totalmente regulada no CC de 2002, revogando tacitamente o Decreto de 1919. Atualmente, tem a designação de Sociedade de Responsabilidade Limitada e está maioritariamente regulada nos artigos 1.052.º a 1.087.º do CC. Contudo, há disposições acerca da sociedade simples (artigo 997.º a 1.038.º), da sociedade em geral (artigo 981.º a 985.º), e de institutos complementares do direito de empresa (artigo 1.150.º a 1.195.º) que também são aplicáveis ao tipo societário.

Além disto, nos termos do parágrafo único do artigo 1.053.º, o contrato social da sociedade limitada, naquilo em que o Código for omissivo, rege-se pelas normas da

²⁶³ Essa é a nomenclatura atual, até o advento do Código Civil de 2002 a denominação era: *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*

²⁶⁴ Através do Decreto 3.708 de 10 de Janeiro de 1919. E mais tarde passou a ser regulado nos artigos 1052 e 1078 do Código Civil Brasileiro.

²⁶⁵ Sobre este ponto: JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA E MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ – *As Sociedades limitadas no novo Código Civil – uma abordagem prática sobre as possibilidades de configuração do contrato social*, in: JOSÉ ROBERTO PINHEIRO FRANCO (Dir.), *Revista do Advogado*, Ano XXIII, n.º 71, São Paulo, 2003, 53-64, 52-55.

sociedade simples. Porém, o contrato social, poderá prever, caso seja essa a vontade dos sócios, a regência supletiva da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/76) em detrimento das regras da sociedade simples, previsão esta que causou grande inquietação na doutrina brasileira, pois como afirma Ulhoa Coelho haveria duas limitadas, ou dois subtipos de sociedades limitadas.

Todavia, a diferença é essencialmente cumulativa, pois cinge-se a escolha de instrumento normativo para integrar subsidiariamente as lacunas do código ²⁶⁶. Com efeito, em termos práticos, dá-se da seguinte forma: a sociedade que se sujeita à regência supletiva do regime da sociedade simples, estabelece um vínculo instável entre os sócios, que pode ser rompido com maior facilidade,.

Desta forma, a dissolução da sociedade dá-se em caso de morte de sócio, liquidação das quotas a pedido do credor dos sócios e retirada sem qualquer justificação do sócio. Além disto, neste grupo, o desempate em deliberações é feito seguindo o critério de quantidade de sócios, e a maioria dos sócios é quem delibera acerca da destinação dos resultados. Por fim, a sociedade, nestes casos, não fica vinculada aos atos praticados pelo administrador quando estiver em causa atividade estranha aos fins da sociedade.

Já a sociedade que se sujeita de forma subsidiária a LSA, está obrigada a observar as regras de destinação de resultados e de dissolução parcial previstas na LSA, sendo inválida qualquer cláusula contratual em contrário. Da mesma forma, será com relação ao direito de retirada sem qualquer justificação do sócio, sendo que a dissolução parcial só cabe no caso de retirada justificada ou expulsão. Neste grupo, o desempate é feito seguindo o critério de quantidade de ações de cada sócio, e o contrato social deve prever qual a taxa de retenção do lucro que irá incorporar o capital próprio e qual o dividendo a ser distribuído anualmente entre os sócios. Além de que, esta espécie societária,

²⁶⁶ COELHO, FÁBIO ULHOA– “As Duas Limitadas”, in: JOSÉ ROBERTO PINHEIRO FRANCO (Dir.), *Revista do Advogado*, Ano XXIII, n.º 71, São Paulo, 2003, 26-31, 26. Neste sentido afirma o autor que não há um tipo melhor do que outro. O que ocorre é que agora há mais uma opção para os sócios fazerem frente aos seus interesses.

vincula-se a todos os atos praticados por seus administradores, ainda que sejam atos secundários estranhos ao objeto social ²⁶⁷ .

O professor Sérgio Campinho²⁶⁸ comenta que até a introdução da sociedade limitada no direito positivo brasileiro, o que ocorreu tão-somente no início do século XX, restava para aqueles que desejassem explorar a atividade mercantil através de uma pessoa jurídica, com limitação de suas responsabilidades, salvaguardando, portanto, seus patrimônios particulares dos efeitos das dívidas sociais apenas a sociedade anônima. Porém, a sociedade anônima, desde a sua criação, sempre se alinhou com o perfil dos grandes empreendimentos, apresentando dispendiosa forma de organização, dadas as formalidades indispensáveis à sua constituição, aliado ao fato de que, até o aparecimento da Lei de 1976, exigia-se que o capital da sociedade anônima fosse subscrito por, no mínimo, sete pessoas. Destaca o referido autor :

“...Era, pois, desejável o surgimento de um novo desenho societário que conciliasse a limitação da responsabilidade dos sócios a um capital determinado, com a existência de um número menor de membros, despida, ainda, de mecanismos jurídicos complexos para sua formação, aproveitando, assim, as pequenas e médias empresas.” ²⁶⁹

Quanto ao contexto histórico e a criação das sociedades de responsabilidade limitada no Brasil, Fran Martins ilustra que o Brasil foi o quinto no mundo a legislar sobre a matéria com o Decreto de 10 de janeiro de 1919:

“...O exemplo da Alemanha foi seguido, em 1901 por Portugal, que foi o segundo país do mundo a legislar sobre as sociedades de responsabilidade limitada. A lei

²⁶⁷ Acerca das diferenças entre os dois tipos societários ver: FÁBIO ULHOA COELHO, As duas Limitadas”, ob.cit. pág.27-31

²⁶⁸ CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2008.p.131.

²⁶⁹ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 252.

portuguesa, votada em 11 de abril de 1901, foi grandemente influenciada pela lei alemã de 1892.

Em 1906, a Áustria adotou as mesmas sociedades, aceitando, em linhas gerais, a alemã. Em 1907, a Inglaterra, onde já existiam, na prática, essas sociedades com o nome de private companies²⁷⁰, regulamentou-as legalmente, seguindo-se à Inglaterra, o Brasil, que foi, assim, o quinto país no mundo a legislar sobre essas sociedades”²⁷¹

José Waldecy Lucena²⁷² detalha o contexto histórico da criação legislativa da sociedade limitada no Brasil. Narra que em 1865, José Thomáz Nabuco de Araújo, então Ministro da Justiça do Gabinete de Olinda, formulou um projeto de introdução no sistema jurídico brasileiro de um tipo de sociedade, a qual denominou sociedade limitada. Porém, na opinião do referido autor, tal projeto não é antecedente histórico do Decreto n. 3.708, que institui a sociedade por quotas de responsabilidade limitada no país em 1919, visto que o anteprojeto preconizado por Nabuco de Araújo visava, na verdade, a constituição de um tipo de sociedade anônima livre, sem dependência governamental.

Deste modo, a sociedade de responsabilidade limitada, como aquela instituída pela Lei alemã de 1892, somente aparece conceitualmente em solo nacional em 1912, quando Inglês de Souza a inclui em seu projeto de Código Comercial. Como tardava aprovação do projeto de novo Código Comercial, o Deputado gaúcho, Joaquim Luis Osório, faz um projeto isolado, com o propósito de inserir em nosso sistema o novo tipo societário, que efetivamente entra em vigor em 10 de janeiro de 1919 como Decreto n. 3.708.

Acerca do Decreto de lavra de Joaquim Luis Osório, que introduz a então sociedade por quotas de responsabilidade limitada no Brasil, José Waldecy Lucena comenta:

“...A nosso juízo, o deputado gaúcho, que como enfatizado, era também professor de direito, não merece as críticas que lhe fazem. A redação da lei, é de se reconhecer, não é atremada, nem está à altura dos juristas da época e de que é exemplo maior o Código Civil, discutido e votado alguns anos antes. Mas, de outro lado, resulta hialinamente

²⁷⁰ Companhias privadas [tradução nossa].

²⁷¹ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio.*, ob.cit. pág. 252

²⁷² LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas.* 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 14-23.

claro que o projetista, diante de seus modelos de inspiração, o projeto de Inglês de Sousa, a lei alemã de 20 de abril de 1892 e a lei portuguesa de 11 e abril de 1901, estas extremamente extensas (aquela com 82 artigos, esta com 65 artigos), cuidou de redigir um texto mais enxuto, talvez contando com que o projeto, quando em votação, tal como acontecera com o Código Civil, de promulgação então recente, recebesse emendas e correções. Mas, para surpresa geral e provavelmente do próprio autor do projeto, este, apresentado que fora a 20 de setembro de 1918, já a 3 de outubro recebia parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, da lavra de Arnolpho de Azevedo, sendo em seguida aprovado pela Câmara dos Deputados e encaminhado ao senado Federal, onde em 30 de dezembro, após receber parecer favorável da Comissão de Justiça e Legislação, foi aprovado igualmente sem debates nem emendas, subindo então à sanção presidencial, a qual se efetivou a 10 de janeiro de 1919 pelo Vice-Presidente em exercício, Delphim Moreira da Costa Ribeiro, como Decreto 3.708, quando de lei se tratava.”²⁷³

Igualmente relatando sobre o tema do surgimento das sociedades limitadas no país, Ricardo Negrão omite o nome de Joaquim Luis Osório como autor do Decreto n. 3.708 de 1919, citando apenas Inglês de Souza em referência ao citado decreto:

“...Originária da Alemanha, onde nasceu por força da lei de 20 de abril de 1892, a sociedade limitada se tornou a mais comum em solo brasileiro, ganhando a preferência de empresários e não empresários para o exercício de atividades de pequeno e médio e grande porte.

Fruto do projeto de Inglês de Souza, o Decreto nº 3.708/19, até a promulgação do Código Civil era o único diploma que trazia as regras para a criação da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, cuja característica principal é a responsabilidade de seus sócios limitada ao total do capital social, solidariamente entre eles. Com o advento da nova legislação civil, a sociedade passou a denominar-se, simplesmente, sociedade limitada.”²⁷⁴

²⁷³ LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. , 2005, ob.cit., pág. 23-27.

²⁷⁴ NEGRÃO, Ricardo. , *Manual de direito comercial e de empresa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 343-344.

No Brasil, a limitação da responsabilidade, através da sociedade por quotas, foi instituída pelo Legislador em 1919²⁷⁵, seguindo o exemplo Português de 1901, que previa capital e valor mínimo de cada quota. Do mesmo modo que no modelo atual, naquela altura, a lei estipulava a responsabilidade limitada de cada sócio, pelo valor da quota subscrita e responsabilidade subsidiária e solidária de todos os sócios pelo pagamento da quota não totalmente realizada.

Na realidade, essa mais valia de mitigação de risco, foi o meio encontrado para investidores de médio e pequeno porte empreenderem, ou seja, essa criação, também no Brasil, foi o meio encontrado para diminuir a aversão ao risco. Hoje, o tecido societário brasileiro é composto em 90% pelas sociedades por quotas ou de responsabilidade limitada, sendo o tipo mais comum na economia brasileira²⁷⁶.

Relativamente ao seu regime Legal, podemos dizer que a Sociedade por Quotas, foi totalmente regulada no CC de 2002, revogando tacitamente o Decreto de 1919. Atualmente, tem a designação de Sociedade de Responsabilidade Limitada e está maioritariamente regulada nos artigos 1.052.º a 1.087.º do CC. Contudo, há disposições acerca da sociedade simples (artigo 997.º a 1.038.º), da sociedade em geral (artigo 981.º a 985.º), e de institutos complementares do direito de empresa (artigo 1.150.º a 1.195.º) que também são aplicáveis ao tipo societário.

Além disto, nos termos do parágrafo único do artigo 1.053.º, o contrato social da sociedade limitada, naquilo em que o Código for omissivo, rege-se pelas normas da sociedade simples. Porém, o contrato social, poderá prever, caso seja essa a vontade dos sócios, a regência supletiva da Lei das Sociedades Anónimas (Lei n.º 6.404/76) em detrimento das regras da sociedade simples, previsão esta que causou grande inquietação na doutrina brasileira, pois como afirma Ulhoa Coelho haveria duas limitadas, ou dois subtipos de sociedades limitadas.

²⁷⁵ Através do Decreto 3.708 de 10 de Janeiro de 1919. E mais tarde passou a ser regulado nos artigos 1052 e 1078 do Código Civil Brasileiro.

²⁷⁶ Sobre este ponto: JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA E MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ – *As Sociedades limitadas no novo Código Civil – uma abordagem prática sobre as possibilidades de configuração do contrato social*, in: JOSÉ ROBERTO PINHEIRO FRANCO (Dir.), *Revista do Advogado*, Ano XXIII, n.º 71, São Paulo, 2003, 53-64, 52-55.

Todavia, a diferença é essencialmente cumulativa, pois cinge-se a escolha de instrumento normativo para integrar subsidiariamente as lacunas do código²⁷⁷. Com efeito, em termos práticos, dá-se da seguinte forma: a sociedade que se sujeita à regência supletiva do regime da sociedade simples, estabelece um vínculo instável entre os sócios, que pode ser rompido com maior facilidade.

Desta forma, a dissolução da sociedade dá-se em caso de morte de sócio, liquidação das quotas a pedido do credor dos sócios e retirada sem qualquer justificação do sócio. Além disto, neste grupo, o desempate em deliberações é feito seguindo o critério de quantidade de sócios, e a maioria dos sócios é quem delibera acerca da destinação dos resultados. Por fim, a sociedade, nestes casos, não fica vinculada aos atos praticados pelo administrador quando estiver em causa atividade estranha aos fins da sociedade.

Já a sociedade que se sujeita de forma subsidiária a LSA, está obrigada a observar as regras de destinação de resultados e de dissolução parcial previstas na LSA, sendo inválida qualquer cláusula contratual em contrário. Da mesma forma, será com relação ao direito de retirada sem qualquer justificação do sócio, sendo que a dissolução parcial só cabe no caso de retirada justificada ou expulsão. Neste grupo, o desempate é feito seguindo o critério de quantidade de ações de cada sócio, e o contrato social deve prever qual a taxa de retenção do lucro que irá incorporar o capital próprio e qual o dividendo a ser distribuído anualmente entre os sócios. Além de que, esta espécie societária, vincula-se a todos os atos praticados por seus administradores, ainda que sejam atos secundários estranhos ao objeto social²⁷⁸.

Relativamente à Responsabilidade na Sociedade Por Quotas Brasileira, em termos concretos, tanto no caso geral como no caso do subtipo híbrido de sociedade por quotas, a responsabilidade é igualmente limitada ao valor das quotas. Deste modo, como regra geral, os sócios não respondem por dívidas da sociedade, esse é o sentido do artigo 1052.º, quando dispõe que: “*Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é*

²⁷⁷ COELHO, FÁBIO ULHOA – *As Duas Limitadas*, in: JOSÉ ROBERTO PINHEIRO FRANCO (Dir.), *Revista do Advogado*, ob.cit., pág. 26-31, 26. Neste sentido afirma o autor que não há um tipo melhor do que outro. O que ocorre é que agora há mais uma opção para os sócios fazerem frente aos seus interesses.

²⁷⁸ Acerca das diferenças entre os dois tipos societários ver: FÁBIO ULHOA COELHO – *As Duas Limitadas*, cit. 27-31

restrita ao valor de suas quo-tas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.”. Ou seja, caso o capital social não seja totalmente integralizado, no caso de dívidas, os sócios podem ser chamados a responder, até o limite do montante a integralizar de forma solidária²⁷⁹.

Exceção a esta regra se dá no campo do abuso da personalidade jurídica, que de acordo com o artigo 50.º, pode gerar a desconsideração da personalidade jurídica da pessoa coletiva, para fins de responsabilização da figura dos sócios.

O Capital Social na Sociedade Por Quotas Barsileira representa o somatório dos valores das contribuições, em bens ou em espécie, que os sócios alocam para formar o património da sociedade, seja no momento da sua constituição, seja em consequência de deliberações posteriores no sentido de proceder a aumentos ou reestruturações de capital, para o desenvolvimento da atividade. O ativo da sociedade, enquanto agregador de direitos imobilizados e circulantes, traduz o poder da empresa atuar na economia, sendo que este ativo é financiado pelo capital próprio e dívida de médio e longo prazo. Concretizando, o capital social é uma rúbrica que integra o capital próprio da empresa e expressa apenas a contribuição inicial dos sócios para a consecução do fim social da entidade criada²⁸⁰.

Deste modo, não resta margem à tendência da doutrina, que relaciona a função do capital social enquanto garantia de credores. Quase sempre, o ativo da sociedade, vulgo património, difere do valor do capital social, pois este depende da *marcha das atividades da empresa*. Assim sendo, em realidade, é o ativo que garante e tutela os interesses dos credores²⁸¹, pelo que, a exemplo do que ocorre no direito português, não se pode falar em função de garantia de credores pois não há um capital social mínimo para a constituição da sociedade de responsabilidade limitada.

²⁷⁹ Assim sendo, ainda que tiver integralizado de forma integral sua quota, um sócio pode responder pela parte não integralizada de outro. Neste sentido: JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA E MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ – *As Sociedades limitadas ...ob.cit*, pág.55.

²⁸⁰ NETO, ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES – *Direito de Empresa*, 3.ª ed, São Paulo, 2010, 325.

²⁸¹ Neste sentido, afirmando que a função de garantia do capital social é apenas indi-reta: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO – *Direito de Empresa ...cit*, 327.

As quotas sociais representam a contribuição a que cada sócio se obriga no momento de constituição da sociedade. Tendo em vista que trata-se de uma sociedade de capitais, na sociedade de responsabilidade limitada, a contribuição dos sócios é sempre de natureza patrimonial, em bem ou espécie, não sendo admitida, nos termos do artigo 1.055 parágrafo 2.º, contribuição que consista em prestação de serviços.

Desta contribuição decorrem direitos pessoais e patrimoniais. Aqueles são os direitos de deliberar, fiscalizar, votar e ser votado, de retirada e de gerir a sociedade, quando for o caso; os direitos patrimoniais, são o de receber dividendos, de apuração de haveres em caso de falecimento, exclusão ou retirada, e o de participar no acervo social em caso de dissolução²⁸².

O quinhão de cada sócio, por sua vez, pode ser entregue em dinheiro, compulsoriamente na moeda corrente do país; ou em bens, caso em que será necessária ao menos uma estimativa do valor, tendo em vista os valores médios de mercado, quando não seja possível fazer a avaliação do mesmo. Assim, como bem incorpóreo de valor econômico, a quota é objeto de relações jurídicas, e neste sentido a quota pode ser subscrita, alienada, adquirida, ser objeto de penhor, e de cessão, enfim é bem patrimonial do sócio e pode ser usada como tal²⁸³.

A título de exemplo, quando o sócio não integralizar a sua quota, é considerado remisso, sendo que, nos termos do artigo 1.058.º CC, os sócios mutuamente exclusivos, podem tomá-la para si ou transferi-las a terceiros, excluindo o titular primitivo e devolvendo-lhe o que houver pago.

Em termos de administração, a sociedade de responsabilidade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou, caso não conste deste, em ato separado.

Na legislação anterior, a administração era feita normalmente por um dos sócios designado “sócio-gerente”, mas, atualmente, nos termos do artigo 1.172.º a designação

²⁸² Sobre este ponto: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO – *Direito de Empresa ...cit*, 328

²⁸³ Sobre as regras dessas operações ver artigo 1.055 a 1.059 do CC Brasileiro.

correta é administrador. Há, neste tipo societário, bastante flexibilidade em termos de organização, assim sendo, a administração pode se dar por um único administrador, sócio ou não da sociedade, pessoa jurídica ou física, como por atuação coletiva através da criação de órgãos de deliberação colegiada, nos moldes de diretoria ou conselho de administração²⁸⁴.

O administrador designado, no desenvolvimento normal de suas funções, via de regra, não responde pelos atos normais de gestão, caso estes não ultrapassem os poderes que lhe foram atribuídos para a realização do objeto social. Por isso, ainda que o administrador não seja o mais competente, e possa agir de forma menos hábil, a este não pode ser imputada responsabilidade alguma, pois seria necessário que houvesse atuado em violação da lei ou do contrato social, ou seja atue fora dos poderes que foram conferidos e com culpa. Frisamos igualmente que a responsabilidade direta dos administradores não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica²⁸⁵, pois aqui o administrador é responsabilizado pessoalmente pelo ato que praticou em excesso de poder, com violação da lei ou do contrato social, através de ação de responsabilidade civil.

A Sociedade Por Quotas na Alemanha

Inicialmente faz-se um breve panorama histórico, analisando-se os anseios sociais dos pequenos e médios comerciantes, que levaram ao surgimento da sociedade de responsabilidade limitada na segunda metade do século XIX.

Nesse ponto, José Waldecy Lucena ressalta o pioneirismo alemão ao legislar sobre o tipo societário em questão:

O comércio medievo, fez nascer os tipos de sociedade, que nos séculos seguintes, aperfeiçoar-se-ia: a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, a sociedade em conta de participação e a sociedade anônima. Mas, à medida que tais tipos

²⁸⁴ Acerca da administração ver: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO – *Direito de Empresa* ..*ob.cit*, 343-361.

²⁸⁵ Essa possível confusão entre responsabilidade dos administradores e desconsideração da personalidade é umas das maiores críticas à nova solução do código civil, sobre isso: FRAZÃO, Ana , “Desconsideração da Personalidade 1416 | RIDB, Ano 2 (2013), nº 2 ,2012, pág- 485-486.

societários ganhavam contornos definitivos, ressentiam-se o pequeno e o médio comerciantes da inexistência de uma forma não dispendiosa, simples e desburocratizada de criação e funcionamento, características das sociedades em nome coletivo e em comandita.

Coube ao génio jurídico alemão, interpretando esse anseio dos comerciantes, que não somente alemães, mas de inúmeros outros países, legislar pioneiramente sobre a sociedade de responsabilidade limitada, a “Gesellschaft mit beschränkter Haftung”²⁸⁶ [grifo no original], ou abreviadamente “GmbH”²⁸⁷, como é também conhecida.

De fato, na segunda metade do século XIX, sentia-se na Alemanha que os tipos de sociedade existentes não atendiam aos anseios e preocupações de grande faixa dos comerciantes, que não sendo portadores de vultosos capitais, nem querendo correr os riscos da responsabilidade ilimitada, não podiam, ou não lhes convinha, adotar a forma de sociedade anónima, de constituição difícil, dependente de autorização, dispendiosa e extremamente burocratizada. O ideal seria então um tipo social que, embora limitando a responsabilidade dos sócios, tal como a anónima, desta diferiria, no entanto, na vedação da cessibilidade das quotas sociais a estranhos, na forma de constituição mais simplificada e na direção pessoal dos negócios sociais.²⁸⁸

Apesar da maioria dos autores atribuírem o pioneirismo legislativo acerca da matéria aos legisladores alemães, Rubens Requião, explicando o nascimento histórico das sociedades de responsabilidade limitada, lança uma dúvida, recorrente em alguma bibliografia jurídica.

Na verdade, o surgimento das sociedades por quotas de responsabilidade limitada está envolto em viva controvérsia. Uns consideram-na de origem britânica e outros, alemã. Deve-se essa divergência ao uso que a legislação inglesa fez da expressão *limited*²⁸⁹, secundada pela legislação francesa de 1863, que instituiu uma sociedade anónima impropriamente denominada de *société à responsabilité limitée*²⁹⁰ [itálicos no original].

²⁸⁶ Sociedade de responsabilidade limitada alemã [tradução nossa].

²⁸⁷ Ltda. alemã [tradução nossa].

²⁸⁸ LUCENA, José Waldecy. Das sociedades limitadas. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 4

²⁸⁹ Limitada [tradução nossa].

²⁹⁰ Sociedade de responsabilidade limitada [tradução nossa].

²⁹¹ Em que pese ter lançado tal questionamento, o mesmo autor²⁹², na obra citada, logo desfaz a controvérsia acerca do tema afastando tanto a lei inglesa, quanto a lei francesa como geratrizes da nova espécie de sociedade; atribuindo essa láurea ao direito germânico, que modelou um novo tipo societário. Afirma, ainda, que a nova sociedade rapidamente se disseminou entre as nações civilizadas. Da mesma forma, Américo Luís Martins da Silva atribui ao direito alemão a formulação da primeira legislação das sociedades de responsabilidade limitada:

A maioria dos autores escreve que no Direito alemão foi onde surgiu, pela primeira vez, as sociedades de responsabilidade limitada [itálico no original]. No final do século XIX, os comerciantes alemães de pequeno e médio porte necessitavam de ter como opção legal um tipo societário que os livrasse das dificuldades naturais de constituição das sociedades anônimas e dos riscos e desvantagens da responsabilidade ilimitada dos sócios da sociedade em nome coletivo. Tais comerciantes organizaram um movimento no sentido de ser criado, pelo legislador, um novo tipo societário, levando em conta essas necessidades.

Ao contrário do que ocorreu na Inglaterra onde o legislador demorou muito a inserir num texto legal as mudanças reclamadas pelos comerciantes ingleses, na Alemanha, o legislador enfrentou imediata e efetivamente as reivindicações do meio mercantil. Com efeito, a lei alemã, promulgada, em 20.04.1892, pelo então imperador Guilherme II, criou e regulamentou a sociedade denominada Gesellschaft mit beschränkter Haftung (sociedade de responsabilidade limitada) [itálico e tradução no original].²⁹³

O autor Rubens Requião, valendo-se dos ensinamentos de Hermano Villemor do Amaral²⁹⁴, detalha minuciosamente o processo ocorrido na Alemanha, quando da criação da sociedade de responsabilidade limitada. Ilustra que em 1882, na Alemanha, o comércio ressentia-se pela falta de uma forma de sociedade que, sem o aparato e as dificuldades de constituição das sociedades anônimas, pudesse reduzir a responsabilidade de seus associados à importância do capital social. Nesse sentido, o

²⁹¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 456

²⁹² REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25ob.cit., 2003. p. 458

²⁹³ SILVA, Américo Luís Martins da, *Sociedades empresariais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.1. p. 190-191.

²⁹⁴ AMARAL, Hermano de Villemor do. *Das sociedades limitadas*, Rio de Janeiro, 1938. Apud REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 458-459.

Deputado Oechelhauser foi um dos principais promotores da lei sobre as sociedades limitadas alemãs.

Em 1888 o Ministro do Comércio e Indústria da Prússia, depois de consultar as Câmaras de Comércio sobre se convinha ou não aumentar o número de tipos de sociedades comerciais existentes, provocou o pronunciamento legislativo a respeito do tema. O Deputado Oechelhauser dirigindo memória às Câmaras de Comércio declarou que as formas de sociedades então em vigor no Império Alemão, não mais atendiam às necessidades econômicas sendo necessário que o princípio da responsabilidade limitada, que vivamente interessa à vida econômica, penetrasse nas sociedades de caráter individualista. Seguindo com a narrativa histórica, Rubens Requião relata:

Em 1891 foi enviado, pelo Ministro da Justiça do Império, ao Congresso alemão, um projeto de lei, inspirado diretamente nas idéias de Oechelhauser. A tramitação legislativa, com algumas modificações, resultou na promulgação da Lei de 20 de abril de 1892, sobre as *Gesellschaften mit beschränkter Haftung* – sociedades de responsabilidade limitada.[tradução no original]. Em pouco tempo essas sociedades dominaram o comércio alemão, de molde a, em nosso tempo, ultrapassarem de muitíssimo, em número as sociedades anônimas existentes na Alemanha. O modelo germânico disseminou-se pelo mundo, sendo Portugal, tal como já referenciado anteriormente, o primeiro a adotá-lo, por lei em 1901.²⁹⁵

Sustentando que a sociedade limitada surgiu na Alemanha, Sérgio Campinho assinala distinção do novo tipo societário daqueles existentes até então na Europa, em especial naquele país.

Na verdade, foi a lei alemã de 20 de abril de 1892 que, pela primeira vez, disciplinou o perfil da denominada sociedade de responsabilidade limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung-GmbH*)²⁹⁶, diferenciando-a com nitidez das sociedades por ações, permitindo, assim, sua constituição de maneira simples, por apenas dois sócios, mantendo cada um deles, entretanto, a responsabilidade pela importância com que entrasse para a formação do capital social.²⁹⁷

²⁹⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Ob.cit., 2003. p.459 .

²⁹⁶ Sociedade de responsabilidade limitada alemã – Ltda.alemã [tradução nossa].

²⁹⁷ CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p.132.

Observa-se que as sociedades de responsabilidade limitada constituíram-se de modo diverso daquele ocorrido com outras sociedades empresárias, que, inicialmente, surgiram na prática para só depois ganharem legislação própria. Nesse sentido, assevera o professor Fran Martins:

“...Ao contrário do que aconteceu com os demais tipos de sociedades empresárias, que se formaram na prática, sendo, após reguladas por leis, as sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, foram introduzidas no Direito Comercial por decisão do legislador. Verificando-se a inexistência de uma sociedade capaz de atender aos comerciantes médios, limitando os sócios a sua responsabilidade, pois as sociedades anônimas não só requeriam um número maior de fundadores como, igualmente, tinham uma constituição demorada e trabalhosa, destinando-se, por isso, em regra geral, às grandes empresas comerciais, foi feito um movimento na Alemanha, no sentido de ser criado pelo legislador, novo tipo societário, sem os inconvenientes da responsabilidade ilimitada para os sócios, característica das sociedades em nome coletivo, e sem as dificuldades de constituição das sociedades anônimas. A prática inglesa já modificara a constituição das sociedades anônimas, organizando-se elas de forma privada e limitando os sócios a sua responsabilidade sem obedecer aos ditames da lei reguladora daquelas companhias, mas só em 1907 o legislador aceitou como legal esse novo tipo societário. Ao contrário disso, na Alemanha o legislador enfrentou o assunto e criou, pela lei de 20 de abril de 1892, a sociedade de responsabilidade limitada, que atendia àquelas necessidades, pois apenas dois sócios poderiam constituí-la, de maneira simples, mantendo, contudo, cada um deles a responsabilidade apenas pela importância com que entrasse para a formação do capital social.”²⁹⁸

Na mesma senda, relato muito semelhante é feito por Fábio Ulhoa Coelho que menciona:

“...A sociedade limitada, como um tipo próprio de organização societária, e não como uma sociedade anônima simplificada, surge na Alemanha, em 1892. Nascida de iniciativa parlamentar (ao contrário da generalidade dos demais tipos de sociedade, cuja organização de fato precede a disciplina normativa), a Gesellschaft mit

²⁹⁸ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. Ob.cit., 2005. pág. 251.

*beschränkter Haftung*²⁹⁹ corresponde de tal forma aos anseios do médio empresariado que a iniciativa alemã se propaga e inspira os direitos de vários outros países.”³⁰⁰

Ora, a grande vantagem que o então novo tipo de sociedade apresentava, além de a sua maior simplicidade para a constituição, era justamente a possibilidade de limitação da responsabilidade dos sócios, o que já existia nas sociedades anônimas, porém não atingia os comerciantes menores. Quanto a esse relevante aspecto, o professor Fábio Ulhoa Coelho ainda pondera:

“...A sociedade limitada foi criada na Alemanha, no fim do século XIX, para possibilitar a limitação da responsabilidade a pequenos e médios empreendedores, dispensando-os das formalidades próprias das anônimas.”³⁰¹

Dada a relevância econômica e social, que as sociedades limitadas vieram a representar, não apenas naquele país que as originou; Nelson Abrão³⁰² salienta: “De modo geral, porém, pode afirmar-se que a criação alemã de sociedade limitada propiciou ao mundo nova técnica jurídica para o desenvolvimento econômico.”

Atentemos então, em algumas definições quanto à sociedade limitada na Alemanha. Essa sociedade é definida por Gerhard Köbler³⁰³, no seu dicionário jurídico, da seguinte forma:

“*Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist die im Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung geregelte rechtsfähige Gesellschaft (Kapitalgesellschaft, 1997 500.000 in Deutschland, 2001 nahezu eine Million) mit beschränkter Haftung (der Gesellschafter, aber unbeschränkter Haftung der Gesellschaft selbst für die Schulden der Gesellschaft). Die G.m.b.H. (GmbH) erfordert mindestens einen Gesellschafter*”

²⁹⁹ Sociedade de responsabilidade limitada [tradução nossa].

³⁰⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. .2. p. 376.

³⁰¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. Ob.cit. v.2. p. 377.

³⁰² ABRÃO, Nelson. *Sociedades limitadas*. Ob.cit., 2005. pág. 6.

³⁰³ KÖBLER, Gerhard. *Juristisches Wörterbuch: für Studium und Ausbildung*. 14. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2007. p.176.

(Einmanngesellschaft), ein Stammkapital von mindestens 25.000 Euro (§ 5 GmbH) und entsteht mit der Eintragung im Handelregister.[...]”³⁰⁴

De forma bastante semelhante, é descrita a sociedade limitada alemã, em distinto dicionário jurídico, por Anusheh Rafi e Ana Ruhs³⁰⁵:

“...Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH): Kapitalgesellschaft bei der Haftung auf die Einlage beschränkt ist. Sie wird meist von mehreren Gesellschaftern errichtet; es reicht aber auch eine Person aus. Der Gesellschaftsvertrag bedarf der notariellen Form. Zur Sicherheit für die Gläubiger der GmbH muss das Stammkapital mindestens 25.000,00 € betragen. Die GmbH muss in Handelsregister eingetragen werden, damit sie tatsächlich besteht. [...]”³⁰⁶

Ina Warncke Ashton³⁰⁷ observa algumas características da sociedade limitada alemã e faz breve paralelo com sociedade anónima alemã. Descreve a sociedade em estudo da seguinte forma:

“...Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH): die GmbH ist nicht als Publikumsgesellschaft, sondern als Organisationsform für kleinere bis mittlere Unternehmen mit geringerem Kapitalbedarf und einer beschränkten Anzahl von Gesellschaftern konzipiert. Sie ist in mancher Hinsicht weniger kompliziert als die AG, und ihre Mitglieder stehen in einem engeren Verhältnis zueinander”³⁰⁸

³⁰⁴ Sociedade de responsabilidade limitada alemã (Ltda. Alemã) – é regulada na Lei da sociedade com responsabilidade limitada, (sociedade de capital, em 1997 eram 500.000 na Alemanha, em 2001 quase um milhão), uma sociedade com capacidade jurídica (sociedade com limitação da responsabilidade dos sócios, mas com ilimitada responsabilidade da própria sociedade pelas dívidas da sociedade). A Ltda. alemã exige no mínimo um sócio (sociedade unipessoal); um capital original de 25.000,00 Euros (§ 5 da Lei da limitada alemã) e nasce com a inscrição no registro comercial. [tradução nossa].

³⁰⁵ RAFI, Anusheh; RUHS, Ana. *Grosses Wörterbuch Recht: Grundwissen von a-z*. München: Compact Verlag, 2006. p.147-148.

³⁰⁶ Sociedade de responsabilidade limitada (Ltda. alemã) - sociedade de capital, na qual a responsabilidade é limitada a cada quota-parte. Na maioria das vezes ela é instituída por vários sócios, mas basta uma só pessoa par tanto. O contrato social necessita ser feito por instrumento passado por tabelião. Para a segurança dos credores da Ltda. alemã, o capital original mínimo precisa perfazer 25.000,00 Euros. Para que seja efetivamente constituída, a Ltda. alemã necessita ser registrada na Junta Comercial. [tradução nossa].

³⁰⁷ ASHTON, Ina Warncke. *Curso de alemão para juristas: Deutschkurs für Juristen*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995. v.2. p.91.

³⁰⁸ Sociedade de responsabilidade limitada alemã (Ltda. alemã): A Ltda. alemã não é concebida como uma sociedade de capital aberta ao público, mas sim como uma forma de organização para empresas, pequenas até médias, com baixa demanda de capital e um número limitado de sócios. Ela é, em muitos

Waldo Fazzio Júnior relata sobre a Lei geradora das sociedades limitadas alemãs, bem como, as modificações ocorridas em seus primeiros anos de vigência:

“A lei germânica geradora da Gesellschaft mit beschränkter Haftung – GmbH (sociedade de responsabilidade limitada) [tradução e grifo no original] veio à luz em 20 de abril de 1892. Foi logo modificada e incluída no Código de Comércio, de 20 de maio de 1898, aberta a qualquer espécie de comércio ou indústria e dotada de uma minudente disciplina orgânica, bastante distinta da Lei das Sociedades por Ações. Mais simples em sua ordenação interna, também oferecia maior diversificação para a participação limitada dos sócios, tais como previsão de quotas suplementares, a responsabilidade solidária pela não integralização do capital social, etc.[...] Em 1937 a Aktiengesetz³⁰⁹ [grifo no original] inseriu a sociedade de responsabilidade limitada entre as sociedades de capitais, divergindo das companhias apenas quanto à estruturação das quotas e sua negociabilidade.”³¹⁰

Em solo alemão, houve grande desenvolvimento e evolução legislativa no que tange às sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Fran Martins menciona:

“...Recentemente, a Alemanha substituiu a lei primitiva, de 1892, por uma outra que revolucionou a estrutura desse tipo social, admitindo a constituição das sociedades (por quotas) de responsabilidade limitada por uma só pessoa (lei alemã de 4 de julho de 1980, entrada em vigor em 1º de janeiro de 1981, art. 1º). Nascia assim a sociedade de responsabilidade limitada, criada e funcionando com apenas um sócio.”³¹¹

Nelson Abrão discorre, mais detalhadamente, acerca de tais modificações legislativas da sociedade de responsabilidade limitada na Alemanha, ocorridas em 1980:

“ Modificação introduzida no ordenamento então vigente, pela Lei de 4 de julho de 1980, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1981, prescreveu que a sociedade por quotas, além da forma tradicional, pode ser instituída por uma única pessoa física ou

aspectos, menos complicada do que uma S.A., e nela seus sócios estão em mais estreita relação uns com os outros. [tradução nossa].

³⁰⁹ Lei de sociedades anônimas alemã [tradução nossa].

³¹⁰ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades limitadas: de acordo com o Código Civil de 2002*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 27-28.

³¹¹ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. Ob.cit., 2005. pág. 252.

jurídica, contanto que integralize no ato o capital mínimo der 50.000 marcos, ou 25.000 no ato, com garantia real em relação ao restante. Essa sociedade deve ser instituída por escritura pública, não sendo, portanto, um contrato, mas uma declaração unilateral. Seu gerente pode ser o sócio único ou um estranho. O juiz do Registro do Comércio controla a autenticidade dos ingressos para a formação do capital. O objetivo fundamental da sociedade limitada com um único sócio consiste em subtrair a outra parte do patrimônio deste da ação dos credores sociais: o conjunto dos bens que está fora da sociedade, ou seja, o patrimônio particular não pode ser agredido pelos credores sociais. Nesse particular, a lei estabelece uma rigorosa separação entre o patrimônio social e o do sócio único, prescrevendo o atingimento dos bens particulares deste apenas em caso de conduta irregular ou duvidosa. Um exemplo poderá dar a idéia desse rigor: suponhamos que o sócio único não integralizou o capital, recorrendo a emprestadores para tal; em caso de insolvência, para evitar prejuízos aos credores, a norma prescreveu que aquilo que foi fornecido por mutuantes para o capital será levado a título dessa rubrica, e não de mútuo, não tendo eles, conseqüentemente, o direito de reclamar aquilo que emprestaram. Outrossim, todas as declarações prestadas pelo sócio único, durante a constituição, ou no curso do exercício social, se falsas, serão punidas com sanções de ordem penal. Seguiu-se desde a entrada em vigor da lei de sociedades limitadas na Alemanha uma diversidade de normas específicas com o objetivo de regulamentar o modelo, dar-lhe transparência e introduzir o mecanismo referente ao euro (Gesetz zur Einführung des Euro³¹²) de 9 de junho de 1998, substituído, pois, o marco pela moeda unificada. Mais recentemente foi inserida reforma que cuida da parte diretiva, do balanço, sua transparência e maior publicidade, conforme o diploma de 9 de julho de 2002 (Transparenz-und Publizitätsgesetz-TransPuG³¹³). ”³¹⁴

Ou seja, foram alteradas, no decorrer dos anos, as disposições da legislação alemã, quanto à sociedade de responsabilidade limitada, adequando-a a nova realidade econômica e social. Porém, as inovações legislativas não se encerraram por aí. Em novembro de 2008, passou a vigorar uma nova Lei de sociedade limitada alemã.

³¹² Lei de introdução do Euro [tradução nossa].

³¹³ Lei de transparência e publicidade [tradução nossa].

³¹⁴ ABRÃO, Nelson. *Sociedades limitadas.*, 2005 ,ob.cit. pág. 6.

Segundo Paula Coelho³¹⁵, a reforma, ocorrida na legislação da sociedade limitada em novembro de 2008, tem como pano de fundo um fenômeno bastante recente no âmbito da União Europeia: a mobilidade corporativa. Tal mobilidade corporativa foi responsável pela alteração do instituto da sociedade limitada não só na Alemanha, mas também em outros Estados-membros da União Europeia, tais como França, Espanha, Holanda e Itália.

A referida autora³¹⁶ explica que historicamente as empresas deveriam se constituir no país onde pretendiam operar. Prevalencia o princípio da sede real, ou seja, a constituição era restrita à localização geográfica da empresa. Isso significa que uma empresa, que exerceria suas atividades na Alemanha, deveria ser ali constituída de acordo com o sistema legal do país. Porém, desde 2001, a partir de uma série de decisões da Corte de Justiça Europeia, esse princípio começou a ser desafiado, e a jurisprudência acabou por reconhecer o princípio da incorporação. Ou seja, desde então, as empresas da União Europeia podem escolher livremente o local de constituição, independente de onde operem suas atividades. As decisões da Corte de Justiça Europeia estabeleceram as bases para a migração de novas empresas para jurisdições mais favoráveis. Assim, pela primeira vez, os empresários podem então escolher entre os distintos sistemas legais, e eleger aquele direito corporativo mais atraente.

Paula Coelho também analisa os objetivos, que levaram o legislador alemão a criar a nova legislação alemã de sociedade de responsabilidade limitada, bem como, detalha as inovações legislativas:

“...Com intuito de preservar a GmbH (sociedade limitada alemã) [tradução no original] como modalidade de negócio atrativa que possa competir com os tipos societários semelhantes oferecidos na União Europeia e principalmente com a Limited³¹⁷ inglesa, a Alemanha revisou as normas de sua sociedade limitada. Os objetivos principais da lei de modernização da sociedade limitada e de combate ao abuso (Gesetz zur Modernisierung des GmbHRechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen) [tradução no original] são facilitar e acelerar a constituição de

³¹⁵COELHO, Paula. “Cartas da Europa: país em foco Alemanha”. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>> Acesso em: 03 abr. 2009.

³¹⁶COELHO, Paula. “Cartas da Europa: país em foco Alemanha”. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>> Acesso em: 03 abr. 2009.

³¹⁷ Limitada [tradução nossa].

empresas. A reforma adapta as normas à atualidade visando tornar o instituto mais atraente para pequenos e médios empresários, por conseguinte, fomentar a economia alemã. Nos termos da lei anterior era indispensável para a constituição de uma sociedade limitada um capital social mínimo de 25.000,00 euros, um valor consideravelmente alto que dificultava a geração de novos negócios, sobretudo na área de prestação de serviços. Este fator entre outros, motivou uma das principais alterações formuladas pelo legislador que é a possibilidade de constituir uma sociedade limitada, com um capital mínimo de apenas um euro. A “Unternehmergeellschaft”³¹⁸ ou como já ficou conhecida popularmente, a “Mini GmbH”(mini sociedade limitada) [tradução no original], é uma modalidade simplificada dentro do próprio instituto da sociedade limitada. Apesar de não ter abolido o capital social mínimo de 25.000,00 euros, a nova lei brinda o empresário com a possibilidade de acumular gradativamente este capital mediante a reserva de ¼ do lucro anual. A denominação social deverá incluir o nome “Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)”³¹⁹ – sociedade com responsabilidade limitada- ou “UG (haftungsbeschränkt)” [...].³²⁰

Efetivamente,, a legislação alemã há anos possibilita a existência de uma sociedade limitada unipessoal. A esse respeito, Fábio Tokars elucida que até 1980 o direito alemão não reconhecia a possibilidade da existência jurídica de sociedades limitadas unipessoais originárias. Relata o autor:

“...Boa parte da doutrina, porém, reclamava uma ampliação do sistema, para que se passasse a aceitar juridicamente as sociedades unipessoais originárias. Tal entendimento, entre outras razões, levou à edição da Lei de 4 de julho de 1980, cujo § 1º reza que “ as sociedades de responsabilidade limitada podem ser estabelecidas na conformidade das provisões desta lei, para qualquer finalidade legítima, por uma ou mais pessoas”. Estava criada na Alemanha, a sociedade unipessoal originária como categoria normatizada. Não foi, como é consabido, a primeira legislação prevê-la, já que no principado de Liechtenstein, tal modalidade societária foi reconhecida juridicamente ainda em 1926. Contudo, a conduta do legislador alemão, por certo, veio

³¹⁸ Sociedade empresária [tradução nossa].

³¹⁹ Sociedade empresária com responsabilidade limitada [tradução nossa].

³²⁰ COELHO, Paula. “Cartas da Europa: país em foco Alemanha”. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>.

a influenciar decisivamente as manifestações doutrinárias e legislativas em países outros, iniciando, por consequência, uma nova fase do direito societário.”³²¹

Quanto à reforma ocorrida em 1980, na Lei de sociedade limitada alemã, Sérgio Campinho também ilustra:

*“...A Alemanha fez substituir a sua lei primitiva de 1892 por outra que provocou verdadeira revolução no conceito do exercício da empresa (Lei Alemã de 4 de julho de 1980, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1981 – GmbH.nouvelle³²² de 1980), prescrevendo a admissão da sociedade de responsabilidade limitada instituída por uma só pessoa, física ou jurídica, contanto que seu capital mínimo fosse de cinquenta mil Marcos³²³ totalmente integralizado ou de vinte e cinco mil Marcos no ato da subscrição, com garantia real em relação ao restante”.*³²⁴

José Waldecy Lucena³²⁵ comenta sobre a evolução e as reformas da Lei da sociedade limitada na Alemanha. Esclarece que em 1961 o Ministério da Justiça Federal Alemã, diante da contínua evolução da legislação societária, em contraste com a caduca lei da sociedade limitada, deu início a estudos legislativos visando aproximar ambas as legislações, bem como preencher lacunas na antiga Lei de 1892, já em descompasso com a notável transformação da economia alemã, operada com a reconstrução do país no pós-guerra. Tais estudos originaram a reforma adotada pela Lei de 4 de julho de 1980, que passou a vigorar a partir de 1º de janeiro de 1981. O autor comenta:

*“...Do conjunto de reformas introduzidas sobressai a permissão de constituição de sociedade unipessoal, seja de forma originária, seja de forma derivada, podendo, assim, a sociedade unipessoal transformar-se em pluripessoal e esta naquela.”*³²⁶

³²¹ TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 485.

³²² Nova Lei da Ltda. alemã [tradução nossa].

³²³ Com a transposição para o Euro, o valor em Marcos passou a ser referido na razão de dois para um, naquela moeda da União Européia, ou seja, 25.000,00 Euros.

³²⁴ CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil.*, 2008, ob.cit. pág.132-133.

³²⁵ LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas.*, 2005.ob.cit. pág. 5.

³²⁶ LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas.*, 3006,ob.cit.. p. 5

Manoel de Queiroz Pereira Calças também ressalta a possibilidade de constituição de uma sociedade unipessoal, dada já pela Lei da sociedade limitada editada em quatro de julho de 1980:

*“...A Alemanha, por lei editada em 04.07.1980, substituiu a pioneira lei de 1892, introduzindo inovação revolucionária nesse modelo societário, que passou a permitir a constituição da sociedade de responsabilidade limitada constituída por apenas uma pessoa, que parte da doutrina denomina de sociedade unipessoal”.*³²⁷

Da mesma forma, a mais recente Lei da sociedade de responsabilidade limitada, que passou a vigorar em novembro de 2008 na Alemanha, contempla a possibilidade de constituição de uma sociedade limitada unipessoal originária. Assevera Paula Coelho³²⁸:

“Assim como na GmbH³²⁹, a responsabilidade na Mini GmbH³³⁰ é, em princípio, limitada ao capital social da empresa e admite-se a constituição da empresa com apenas um sócio (ao contrário do previsto no direito brasileiro).

³²⁷ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira, *Sociedade limitada no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003. pág. 16.

³²⁸ COELHO, Paula. “Cartas da Europa: país em foco Alemanha”. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>> Acesso: em 03 abr. 2009

³²⁹ Ltda. alemã [tradução nossa].

³³⁰ Mini Ltda. alemã [tradução nossa].

2. A Sociedade Unipessoal no Direito Comparado face à Internalização da Décima Segunda Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias (Diretiva 89/667/CEE) e da Directiva 2009/102/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Setembro de 2009)

Até ao início da década de 80 do século XX, a unipessoalidade societária originária era reconhecida em apenas dois ordenamentos jurídicos europeus no Principado do Liechtenstein, que consagrou o “Anstalt” no Código Civil de 1925 (art. 834º e 896º)³³¹ e na Dinamarca, que através da Lei de 13 de Fevereiro de 1973 sobre «anpartsselskaber» (sociedade de responsabilidade limitada), veio admitir a constituição de uma sociedade composta por um único sócio³³²

Relativamente aos restantes ordenamentos jurídicos europeus, a unipessoalidade societária era abordada sob o ponto de vista das sociedades formadas por um número plural de sócios e que posteriormente à sua constituição ficavam reduzidas a um único sócio³³³.

A década de 80 ficou marcada pela consagração da constituição originária de sociedades unipessoais em vários sistemas jurídicos ³³⁴:Alemanha³³⁵, França³³⁶, Holanda³³⁷ e Bélgica³³⁸.

³³¹ Cfr. LUÍS BRITO CORREIA, *A Sociedade Unipessoal Por Quotas*, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 635: “(...) a ideia da limitação da responsabilidade do comerciante individual foi, primeiro, defendida, desenvolvidamente, pelo jurista austríaco PISKO e acolhida” no ordenamento jurídico do Liechtenstein.

³³² Cfr. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Código das Sociedades Comerciais – Alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 257/96, de 31 de Dezembro”, *RJUM*, Ano I, 1998, p. 307, nt. 4

³³³ Quanto ao tratamento jurídico da unipessoalidade superveniente nos diversos ordenamentos jurídicos - cfr. FERRER CORREIA, “Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa”, *ROA*, 1984, p. 15-16; CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 4ª Ed, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 274-275.

³³⁴ Cfr. JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedade Unipessoal Por Quotas*, Almedina, 2013, p. 27-28; JOÃO ANTÓNIO BAHIA de ALMEIDA GARRETT, “A empresa individual no direito da lusofonia”, *RED*, Outubro, 2013, nº 2, p. 6-15.

³³⁵ Lei de 4 de Julho de 1980 (GmbH-Novelle) – cfr. MARIA ÂNGELA COELHO, “A reforma da sociedade de responsabilidade limitada (GmbH) pela lei alemã de 4 de Julho de 1980 (GmbH- Novelle)”, *RDE*, Anos VI/VII, 1980/81, p. 49 e segs

Com a aprovação da 12^a Directiva, em 1989, no âmbito do direito societário, as discrepâncias legislativas em matéria de unipessoalidade societária que eram evidentes entre os Estados-Membros foram superadas pela tomada de posição do legislador comunitário.

Deste modo, ao longo da década de 90, os Estados-Membros e, em especial, aqueles que não contemplavam a constituição originária de sociedades unipessoais, tiveram de rever e reformar os seus sistemas jurídicos com vista à inclusão da 12^a Directiva: entre outros, Reino Unido ³³⁹, Luxemburgo ³⁴⁰, Itália ³⁴¹ e Espanha ³⁴²

Na verdade, as sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio foram reguladas no direito comunitário europeu ainda na vigência da Comunidade Económica Europeia (CEE), em 1989, pela Décima Segunda Diretiva do Conselho (89/667/CEE).

Nas considerações iniciais da Diretiva, lê-se o seguinte:

“Considerando que, pela sua resolução de 3 de Novembro de 1986, o Conselho adotou, em 3 de Novembro de 1986, o programa de ação para as pequenas e médias empresas (PME);

Considerando que as reformas introduzidas em algumas legislações nacionais, no decurso dos últimos anos, com o objetivo de permitir a existência de sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio, deram origem a disparidades entre as legislações dos Estados- membros;

³³⁶ Lei n° 85-697, de 11 de Julho de 1985 que consagrou o Enterprise Unipersonelle à Responsabilité Limitée (O EURL é uma sociedade unipessoal. – cfr. MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER, FLORENCE DEBOISSY, “Droit des Sociétés”, Litec, 2000, p. 425-426.

³³⁷ Lei de 16 de Maio de 1986.

³³⁸ Lei de 14 de Julho de 1987.

³³⁹ A Companies Regulations (Single Member Private Limited Companies) de 15 de Julho de 1992 que modificou o Companies Act de 1985 e o Insolvency Act de 1986.

³⁴⁰ Lei de 28 de Dezembro de 1992 que modificou a Lei de 10 de Agosto de 1915 relativa às sociedades comerciais.

³⁴¹ Decreto legislativo n° 88 del 3 de Marzo de 1993 que introduziu a sociedade de responsabilidade limitada unipessoal. – cfr. FEDERICO TASSINARI, “La società a responsabilità limitata con un unico socio”, GC, Ano XXI, 1994, II, p. 707-711

³⁴² Ley 2/1995 de 23 de Marzo – cfr. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, “Instituciones de Derecho Mercantil”, Revisada com la colaboración de JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Vol. I, 25^a Ed., McGraw-Hill, Madrid, p. 546-548.

Considerando que é conveniente prever a criação de um instrumento jurídico que permita a limitação da responsabilidade do empresário individual, em toda a Comunidade, sem prejuízo das legislações dos Estados-membros que, em casos excepcionais, impõem a responsabilidade desse empresário relativamente às obrigações da empresa;

Considerando que uma sociedade de responsabilidade limitada pode ter um único sócio no momento da sua constituição, ou então por força da reunião de todas as partes sociais numa só pessoa; que, enquanto se aguarda a coordenação das disposições nacionais em matéria de direito dos grupos, os Estados-membros podem prever certas disposições especiais, ou sanções, aplicáveis no caso de uma pessoa singular ser o único sócio de diversas sociedades ou quando uma sociedade unipessoal ou qualquer outra pessoa coletiva for o único sócio de uma sociedade; que o único objetivo desta faculdade é atender às particularidades atualmente existentes em determinadas legislações nacionais; que os Estados-membros podem, para esse efeito, e em relação a casos específicos, prever restrições ao acesso à sociedade unipessoal ou a responsabilidade ilimitada do sócio único; que os Estados-membros são livres de estabelecer regras para enfrentar os riscos que a sociedade unipessoal pode apresentar devido à existência de um único sócio, designadamente para garantir a liberação do capital subscrito;

Considerando que a reunião de todas as partes sociais numa única pessoa, bem como a identidade do único sócio, devem ser objeto de publicidade de num registro acessível ao público;

Considerando que as decisões adotadas pelo sócio único, na qualidade de assembleia geral de sócios, devem assumir a forma escrita;

Considerando que a forma escrita deve ser igualmente exigida para os contratos celebrados entre o sócio único e a sociedade por ele representada, desde que esses contratos não digam respeito a operações correntes celebradas em condições normais”

Logo no preâmbulo da Diretiva é possível vislumbrar a necessidade de adoção da sociedade com um só sócio, especialmente no que diz respeito às pequenas e médias empresas; mas também se verifica a preocupação do legislador em evitar as repercussões negativas que tal estrutura pode acarretar. Assim, a Diretiva procurou

regular as relações internas e externas da sociedade unipessoal, primando pela publicidade e garantia dos credores.

A Diretiva é bastante sucinta, trazendo apenas aspectos fundamentais relativamente às sociedades unipessoais, quais sejam:

- possibilidade de constituição de sociedade com um só sócio (unipessoalidade originária) ou reunião de todas as partes sociais em uma única pessoa (unipessoalidade superveniente);
- possibilidade de adoção, pelos Estados-membros, de disposições especiais ou sanções no que diz respeito a (a) uma única pessoa natural ser sócia de mais de uma sociedade unipessoal; ou (b) uma sociedade unipessoal ou pessoa coletiva ser sócia única de uma sociedade.
- necessidade de divulgação em caso de unipessoalidade superveniente;
- obrigatoriedade de adoção de forma escrita para as decisões tomadas pelo sócio único e para os contratos celebrados entre o sócio e a sociedade;
- possibilidade de o Estado-membro deixar de adotar as sociedades unipessoais caso sua legislação preveja a existência de empresas de responsabilidade limitada com patrimônio afetado à atividade e desde que, no que se refere a essas empresas, se prevejam garantias equivalentes às impostas às sociedades unipessoais ³⁴³.

A Diretiva 89/667/CEE foi integralmente substituída pela Diretiva 2009/102/02 do Parlamento e Conselho Europeus de 16.09.2009, publicada no Diário Oficial da União Europeia em 01.10.2009, com efeitos a partir de 21.10.2009. A nova Diretiva apenas consolida as alterações sofridas pela Diretiva 89/667/CEE ao longo dos anos, em especial no que diz respeito aos países membros e tipos societários de cada um em que é possível a unipessoalidade.

³⁴³ Como foi o caso de Portugal que, inicialmente, deixou de adotar as sociedades unipessoais, preferindo a separação patrimonial, por meio dos Estabelecimentos Individuais de Responsabilidade Limitada (EIRL). Posteriormente, porém, também aquele país passou a acolher a unipessoalidade societária.

As sociedades unipessoais na União Europeia foram adotadas, dentre outros ³⁴⁴, pelos seguintes Estados-membros:

Irlanda: European Communities (Single-Member Private Limited Companies) Regulations, 1994; European Communities (Single-Member Private Limited Companies) (Forms) Regulations, 1994.

Grécia: Décret présidentiel numéro 279/1993.

Espanha: Ley número 2/95 de 23.03.1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

França: Loi Numéro 85-697 du 11.07.1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée; e Décret Numéro 88-909 du 30.07.1988.

Itália: Decreto legislativo del 03.03.1993 n° 88, attuazione della direttiva 89/667/CEE in materia di diritto delle società relativa alla società a responsabilità limitata con un unico socio.

Luxemburgo: Loi du 28.12.1992 modifiant la loi du 10.08.1915 concernant les sociétés commerciales à l'effet d'introduire la société à responsabilité limitée unipersonnelle.

Portugal: Decreto-Lei n. 257/96 de 31.12.1996. Altera o Decreto-Lei n° 262/86, de 2 de Setembro, que aprova o Código das Sociedades Comerciais, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n. 328/95, de 9 de Dezembro, o Código Comercial, o Decreto-Lei n° 270/95, de 14 de Agosto, que aprova o Código do Notariado, o Decreto-Lei n° 403/86, de 3 de Dezembro, que aprova o Código do Registo Comercial, o Decreto-Lei n° 42/89, de 3 de Fevereiro, e a Portaria n° 883/89, de 13 de Outubro, na redacção que lhe foi dada pela Portaria n° 773/94, de 26 de Agosto.

Reino Unido: The Companies (Single Member Private Limited Companies) Regulations 1992; e The Companies (Single Member Private Limited Companies) Regulations (Northern Ireland) 1992.

Desta forma, e porque se torna interessante aferir dessa realidade factual, iremos passar de forma não exaustiva e resumida, pela disciplina da sociedade unipessoal em alguns dos ordenamentos jurídicos supra referenciados. ³⁴⁵

³⁴⁴ Bélgica, Bulgária, República Checa, Dinamarca, Alemanha, Estónia Chipre, Letónia, Lituânia, Hungria, Malta, Países Baixos, Áustria, Polónia, Romênia, Eslovênia, Eslováquia, Finlândia e Suécia.

Destaca-se aqui, no âmbito da comunidade europeia, a diretiva 86/667/CEE122 que pretendeu uniformizar o tratamento da disciplina naquele contexto europeu. Contudo, esclarece-se, desde já, que alguns países da comunidade europeia já admitiam e possuíam legislação permitindo a constituição originária da sociedade unipessoal. Menezes Cordeiro³⁴⁶ adverte-nos que na década de 1980, a situação na Europa era bastante dispersa: alguns países admitiam a unipessoalidade originária; em outros, era proibida e em outros, ignorada. Assim, complementa o autor, impunha-se uma harmonização, a qual foi promovida pela XII Diretiva³⁴⁷.

A XII Diretiva permitiu a individualização de um centro de imputação distinto da esfera patrimonial do interessado, por meio da instituição de um patrimônio autônomo voltado ao comerciante individual. Desse modo, superou o obstáculo à pluralidade de sócios e

³⁴⁵ Tendo em conta os Estados Unidos da América, destacamos, à partida, que não existe legislação nacional uniforme, especialmente, sobre esse fenómeno. Cada estado possui autonomia para legislar e nesse assunto não é diferente. Assim, encontra-se uma diversidade de peculiaridades conforme se tenha em conta um ou outro estado. Ressalta-se que o Estado de Delaware é o que apresenta regras mais favoráveis para a constituição e funcionamento das sociedades, por esse motivo concentra-se, nesse Estado, grande parte das companhias dos EUA. A legislação estadunidense admite a existência das sociedades unipessoais de responsabilidade limitada, denominadas de “single member limited liability companies”, e das sociedades anónimas unipessoais, as “one man corporation”. Além dessas figuras admite-se a “sole proprietorship” ou “sole trader”, cujas exigências mais significativas para sua constituição são o registro de um nome e concessão de licenças locais, por isso envolvem menos custos para sua formação. No que tange ao seu funcionamento, é simplificado, sendo-lhe dispensadas formalidades como as reuniões. Essas são estruturas compostas por uma única pessoa singular, em que não há distinção entre patrimônio pessoal e patrimônio destinado ao exercício da atividade, de modo que a responsabilidade do detentor único da “sole trader” tem responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais (disponível em https://en.wikipedia.org/wiki/Sole_proprietorship), possuem baixa liquidez, em razão de estar vinculada à pessoa de seu fundador (sobre a legislação estadunidense e o instituto do “sole trader” ver, com tratamento mais pormenorizado, FURIA, Enrico. Introduction to The U.S.A-E.U Comparative Company Law.

³⁴⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Direito Europeu das Sociedades*, 2005, p. 475.

³⁴⁷ Ao que parece, a harmonização foi mais no sentido de qual instituto mais adequado à limitação pretendida, observadas os modelos normativos existentes, porém a diretiva não é taxativa em eleger exclusivamente a sociedade unipessoal é o que nos indica COSTA, Ricardo Alberto Santos. “A Sociedade Por Quotas Unipessoal...,” 2002, n. 286, p. 308. No entanto, atualmente, existe uma Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa às sociedades unipessoais de responsabilidade limitada, que, reconhecendo o importante papel que as pequenas e médias empresas desempenham no mercado europeu e pretendendo facilitar a expansão e atividade transfronteiriça (eliminando ou reduzindo a diversidade de normas que variam de acordo com cada Estado-Membro), visa à unificação das normas referentes à espécie.

Com efeito, a proposta solicita aos Estados-Membros que adotem um regramento uniforme em toda União Europeia instituindo em seus sistemas jurídicas a Societas Unius Personae – SPU, prevendo, entretanto, a aplicação da legislação nacional de origem da sociedade, quando a matéria não estiver prevista na proposta de diretiva. Trata-se da Proposta de Diretiva Societas Unius Personae (SPU) – COM (2014) 212- Final, que revogará a diretiva 2009/102/02.

criou a igualdade no recurso à técnica societária ao comerciante individual, consentindo, assim, a limitação da responsabilidade àquele que se dispusesse, individualmente, exercer a atividade empresarial³⁴⁸.

A diretiva 89/667/CEE, de 21 de dezembro de 1989, que dispõe sobre matéria de direito das sociedades comerciais, relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio, consoante bem sintetizou Ricardo Costa, tinha o objetivo declarado de disponibilizar ao comerciante individual uma estrutura organizativa, enquanto recurso limitativo do risco ao desenvolvimento de pequenas e médias empresas, capaz de permitir que sua responsabilidade ficasse circunscrita à atividade económica exercida³⁴⁹.

Nos ensinamentos desse autor, esse objetivo seria concretizado, com o reconhecimento consagrado na diretiva, “mediante a aquisição da qualidade e condição de sócio único”, independentemente do momento em que se observasse a unipessoalidade, de modo que a lei lhe assegura a limitação de responsabilidade perante terceiros³⁵⁰.

A respeito dos mecanismos de proteção ao empresário individual necessário destacar alguns aspectos da existência do fenômeno em países da Common Law.

³⁴⁸ Nesse sentido, ESTACA, José Marques, - *Código das Sociedades Comerciais anotado (anot. aos arts. 270º-A a 270º-G (774-778), AA.VV., Almedina, Coimbra, 2011., pág. 775. Atente-se para o fato de que a XII Diretiva permitia o recurso a outro mecanismo de limitação de responsabilidade ao exercício individual da empresa, de modo que, se o objetivo da limitação fosse alcançado, não seria necessário alterar a legislação nem mesmo revogar os institutos porventura existentes, exemplo da situação portuguesa, que, inicialmente, fez opção pela forma não-societária (antes mesmo da edição da XII Diretiva), para somente em 1996, instituir a sociedade unipessoal ab origine..*

³⁴⁹ COSTA, Ricardo Alberto Santos. *Algumas Considerações a Propósito...*, 2002, pág. 1230.

³⁵⁰ A propósito desse regime, conferir idem, ibidem, p. 1230/1231. Ainda a respeito da XII diretiva, tendo em conta o seu alcance comunitário europeu, parece-nos que para o autor lusitano, ilustre professor da Escola de Coimbra, apesar de a diretiva não estabelecer, de modo único e exclusivo, a fórmula societária para a proteção patrimonial do comerciante individual, uma vez que também previa a possibilidade de Estados-Membros utilizar outras fórmulas que garantisse a limitação de responsabilidade, sua preferência foi por implementar a forma societária. Essa opção representou a superação de modelos anteriormente adotados, em âmbito europeu, a fim de conceder limites de responsabilização ao exercício individual da empresa. No entanto, parece que essa opção não seria livre de influências, especialmente daquelas disciplinas contidas nos modelos alemão e francês, que optaram, antes mesmo da XII Diretiva, pelo esquema societário. Embora reconhecesse a existência de outras técnicas que poderiam ser aproveitadas, com essa tomada de posição, o legislador comunitário teve participação essencial para a afirmação da sociedade unipessoal como instrumento de limitação de responsabilidade de seu sócio único. Desse modo, é de relevar seu contributo para se “superar as résteas de reticências legislativas que ainda se mantinham no nosso país em face do real e difuso fenômeno da unipessoalidade societária, não só derivada como também originária”.

Inglaterra

A Inglaterra teria sido a precursora no debate a respeito das sociedades unipessoais de fato, surgindo, aí, as primeiras orientações jurisprudenciais a seu respeito (LYNCH de MORAES. p. 84³⁵¹), embora se reconheça que exista diferença na configuração daquela estrutura inicial inglesa (necessidade de no mínimo sete pessoas, mas apenas uma ou duas aportavam o capital e conduziam o destino da empresa) para a atual estrutura a qual é objeto dessas linhas (participação social detida exclusivamente por uma pessoa).

Colhe-se, também, dos ensinamentos da autora acima referenciada que, na Inglaterra, a sociedade de responsabilidade limitada, em razão das vantagens oferecidas, ganhou largo acolhimento, observando-se sua grande proliferação. No entanto, desde essa época (por volta de 1892, segundo a autora) era frequente um fenômeno até hoje observado – especialmente, onde se vincula a atribuição da responsabilidade patrimonial pelas dívidas sociais a estruturas com a participação mínima de duas pessoas -, isto é, as sociedades fictícias.

Exigia a lei inglesa, a esse tempo, o mínimo de sete pessoas para constituir as sociedades de responsabilidade limitada, entretanto a limitação de responsabilidade, grande parte das vezes era alcançada mediante a utilização de ‘prestanomes’, consoante evidenciado. Caso emblemático a despeito dessa temática que chegou aos tribunais ingleses é Salomon x Salomon Co.

Nesse caso, observou-se que para cumprir o requisito de um mínimo de integrantes da sociedade, para fins de limitação da responsabilidade patrimonial, estabelecido pela lei inglesa, teria o Sr. Aron Salomon constituído uma sociedade de responsabilidade, que adquiriu personalidade jurídica própria, juntamente com os demais membros de sua família. No entanto, a quase totalidade das participações sociais concentravam-se em poder do Sr. Aron Salomon. Além disso, para integralizar o capital da sociedade, foi realizado um negócio entre Aron e a sociedade, através do qual o então participante –

³⁵¹ MORAES, Luiza Rangel de. "Considerações sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na apuração de responsabilidades dos sócios e administradores de sociedades limitadas e anônimas". *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 25, jul./set. 2004.

maioritário - do quadro social daquela pessoa jurídica teria emprestado capital ao ente jurídico, mas em contrapartida teria seu crédito adquirido garantia especial, o que, no caso de falência prejudicaria o interesse de terceiros, o que de fato ocorreu.

Assim sendo, os demais credores da sociedade lançaram mão do pensamento jurídico segundo o qual, embora a sociedade cumprisse com o requisito legal respeitante ao mínimo de integrantes, de fato era detida por apenas um sócio, o Sr. Aron, que teria se utilizado daquele expediente constitutivo para afastar sua responsabilidade, mas, de fato, era o detentor das participações sociais, fazendo assim, confundir seu patrimônio pessoal com o patrimônio da sociedade.

A tese teria alcançado sucesso em instâncias inferiores, mas no julgamento realizado pela Câmara dos Lordes, instância superior inglesa, prevaleceu a tese da separação patrimonial entre o Sr. Aron Salomon e a sociedade por ele e seus familiares (como membros figurativos) constituída. Embora a narrativa apresente também os primórdios da discussão sobre a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, reconhece igualmente a existência das sociedades unipessoais de fato.

Atualmente, o fenômeno está legislativamente sedimentado. Inicialmente, em razão da XII Diretiva, através da *Company Regulations n° 1699*, que foi responsável pela introdução de modificações no *Companies Act de 1985* e no *Insolvency Act de 1986*, foi admitida a presença no sistema normativo inglês da sociedade com limitação de responsabilidade composta por apenas um acionista, denominada de *single-member private limited company*. Posteriormente, substituído pelo *Companies Act 2006*, que preserva a possibilidade de a *company by shares or by guarantee* ser constituída por um único membro³⁵².

Para além disso, regulamenta, na seção 231, os negócios entre a *limited company* e sócio único, quando este é, igualmente, o diretor da *company*. Para tanto, prevê que havendo a mencionada simultaneidade e ocorra a contratação envolvendo negócios que não incluam operações correntes deverão ser observadas algumas formalidades: excepcionando as hipóteses de contrato celebrado por escrito, deverá a *company* assegurar que os termos do contrato “*set out in a written memorandum, or recorded in*

³⁵² (Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>)

the minutes of the first meeting of the directors of the company following the making of the contract.”

Embora também preveja que o descumprimento dessas regras não afete a validade do negócio, impõe alguns efeitos:

“... (3) If a company fails to comply with this section an offence is committed by every officer of the company who is in default.

(4) A person guilty of an offence under this section is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 5 on the standard scale....”

Na seção 357, prevê o regime das decisões tomadas pelo único membro da company, que deverá, a menos que a decisão se consubstancie por escrito, detalhar a decisão. O descumprimento desse dever é considerado uma infração passível de condenação à multa. A legislação desse país admite, igualmente, para possibilitar o acesso ao exercício individual da empresa o recurso a outro mecanismo: a *“sole trader”*. No entanto, tal mecanismo não possui a limitação de responsabilidade daquele que por esse meio se organiza para desenvolver atividades negociais. Essa estrutura se assemelha ao que em Portugal se denomina por empresário/comerciante individual, por meio da qual se exerce a atividade em nome individual, não havendo separação patrimonial destinada ao exercício da atividade e ao empresário individual. Desse modo, há apenas um patrimônio, respondendo ilimitadamente o instituidor da *“sole trader”*, pelas obrigações contraídas em decorrência do exercício de sua atividade.

A utilização deste mecanismo, apesar de não propiciar a limitação de responsabilidade, apresenta algumas vantagens, já que seu custo inicial é de menor monta, o controle da gestão é exclusivamente de seu instituidor, o capital a ser investido poderá ser baixo.

Alemanha

Dentre os países da CEE, o ordenamento jurídico alemão foi o primeiro a permitir, no ano 1980, a constituição das sociedades unipessoais, consagrando esse mecanismo como melhor forma de proceder à limitação do comerciante individual e harmonizar a

realidade jurídica ao que, de fato, era recorrente na prática comercial³⁵³. A respeito dessa modificação legislativa Sérgio Campinho³⁵⁴, afirma que a Alemanha teria substituído a sua lei primitiva de 1892 por outra (Lei Alemã de 4 de julho de 1980, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1981 GmbH.nouvelle de 1980) que teria sido responsável por provocar “verdadeira revolução no conceito do exercício da empresa”, pois prescrevia a admissibilidade de uma só pessoa, física ou jurídica, constituir uma sociedade de responsabilidade limitada. Em contrapartida, exigia-se capital social, a ser totalmente integralizado, correspondente a cinquenta mil marcos, ou de vinte e cinco mil marcos, integralizado no ato da subscrição, devendo ser dada garantia real em relação à parte faltante.

Posteriormente, o capital social mínimo exigido passou a ser de vinte e cinco mil euros. De seguida, em 2008, a lei das sociedades limitadas alemã foi modificada permitindo a constituição de sociedades limitadas cujo capital mínimo exigido é de apenas um euro.

Outro aspecto que importa aqui referenciar diz respeito ao tratamento dado pelo legislador alemão às hipóteses de negócios entre o sócio único e sociedade quando este for o único gerente da sociedade. Nesses casos há incidência do §181 do BGB, de modo “aplica-se à sociedade unipessoal o regime da proibição do negócio consigo mesmo que vale para os representantes, que só não valerá se existir permissão em contrário com a consequente nulidade do negócio em causa”³⁵⁵.

³⁵³ PERALTA, Ana Maria, *As sociedades Unipessoais*, 1948, pág. 252, podemos dizer que a autora reconhece a sociedade fictícia como uma sociedade unipessoal de fato, embora não seja expressa nesse sentido, afirmando que “[s]e distintas, a sociedade unipessoal e a sociedade fictícia não deixam de ter muito em comum: ambas giram em torno de uma só pessoa, não sendo fácil individualizar o interesse da sociedade em face do interesse do sócio”. Para além disso, Peralta constata uma existência paralela entre sociedade unipessoal e sociedade fictícia, não autonomizadas. Nesse sentido afirma que a sociedade fictícia existe como forma de iludir e contornar o não reconhecimento da sociedade unipessoal; por outro lado, a sociedade unipessoal, não raramente, é admitida para combater as sociedades fictícias. Ademais, em alguns países, verificava-se a tolerância ao recurso às sociedades fictícias, tanto pela doutrina como jurisprudência, não sendo considerada ilegal. A este respeito, Costa, Ricardo Alberto Santos. *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português*, 2002, p. 188 e ss., após minuciosa pesquisa da doutrina e jurisprudência alemã, sustenta que na Alemanha, antes da permissão legislativa para a constituição de sociedades com somente um sócio, a criação de sociedades fictícias era aceita com indulgência, em razão do não conhecimento legal da constituição ab initio de sociedades unipessoais. Desse modo, o recurso a subscritores de complacência não era impedido, principalmente, pelo fato de considerar que ao adotar esse recurso, a motivação do futuro sócio único era consciente e voltada à busca da limitação de sua responsabilidade. Para maiores detalhes e aprofundamento sugerimos a consulta à última obra e local citados que abordam a questão em outros ordenamentos

³⁵⁴ CAMPINHO, Sérgio., *O Direito de Empresa À Luz do Direito Civil*, 2014, ob.cit, pág.132/133.

³⁵⁵ Informações e texto colhidos em COSTA, Ricardo Alberto Santos. *A Sociedade por Quotas Unipessoal...*, 2002, pág. 312/313, para onde remetemos.

França

Ao que parece, em França, o embate acerca da limitação do empresário individual ganhou forças ainda na década de 1970.

A partir de 1970 teve início na França um movimento no sentido de permitir a limitação de responsabilidade do comerciante individual. Diversos projetos de lei se sucederam nesse sentido, alguns visando à adoção da sociedade individual (ora como tipo societário sui generis, ora dentro do regime das sociedades limitadas), outros a técnica de patrimônio de afetação.

A legislação francesa foi muito fortemente influenciada pela concepção contratualista clássica, como se verifica da redação do antigo artigo 1.832 do Code Civil francês, que previa que “[l]a société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.”³⁵⁶ Assim, de maneira geral, o patrimônio de afetação tinha a preferência dos autores, por uma razão essencialmente dogmática: a sociedade, como grupo de pessoas por essência, não poderia ser unipessoal³⁵⁷.

Próximo ao fim dessa década, por volta de 1978, foi publicado um relatório, que tinha à frente de sua realização o Professor Claude Champaud, segundo o qual a forma não societária - nomeadamente, o patrimônio de afetação - era superior e deveria ser preferida pela legislação francesa, a fim de se evitar ficções.

A doutrina francesa, à época, era uma das maiores opositoras da adoção da sociedade unipessoal, já que fortemente influenciada pelo princípio contratualista.

³⁵⁶ A primeira evolução legislativa, ainda que parcial, no sentido da admissão da sociedade unipessoal veio em 1966, com a lei de 24 de julho, que suprimiu a sanção de dissolução automática das sociedades comerciais tornadas unipessoais, as quais poderiam recompor a pluralidade de sócios no prazo de até um ano, após o qual, mantida a unipessoalidade, a sociedade poderia ser dissolvida apenas mediante pronunciamento judicial nesse sentido a pedido de interessados. Essa solução foi estendida aos demais tipos sociais (i.e. sociedades civis) pela lei de 4 de janeiro de 1978, relativa às regras comuns a todas as sociedades, e permanece em vigor até hoje para os tipos societários para os quais a unipessoalidade não é reconhecida no ordenamento francês

³⁵⁷ DAIGRE, Jean-Jacques. “La société unipersonnelle”. In : *Revue internationale de droit compare*, v. 42, n. 2. Société de Législation Comparée: Paris, 1990. p. 669.

Destaca-se desse relatório especialmente a solução apontada por Champaud, no que concerne à separação patrimonial. Nesse sentido, é proposta a criação de três massas patrimoniais:

i) a primeira é destinada exclusivamente à empresa (*patrimoine affecté*), não responderia pelas dívidas pessoais do titular, os credores pessoais não alcançariam essa massa de bens;

ii) a segunda, a priori, não se destinaria à empresa, mas poderia ser destinada por iniciativa dos credores, que não conseguiram receber seus créditos, ou por vontade do empresário (*patrimoine disponible*);

iii) a terceira configuraria patrimônio exclusivo do empresário, garantindo-lhe o mínimo necessário para sua própria sobrevivência e de sua família.

Impunha-se até mesmo a nulidade quando tal massa de bens era dada como garantia pessoal a credores (*patrimoine indisponible e insaisissable*). Em contrapartida, para melhor tutela dos interesses dos credores, era obrigatória a adesão à Caisse de Garantie, comum a todos os empresários, que deveriam contribuir proporcionalmente ao seu pecúlio³⁵⁸.

Embora tenha se reconhecido a originalidade do projeto e a demonstração de um caminho a ser seguido, outra foi a opção adotada pelo legislador francês. Ressalta-se que, em França, até 1966 a unipessoalidade superveniente era permitida temporariamente, já que as sociedades, porventura, reduzidas a um único sócio tinham a obrigação de reconstituir a pluralidade no prazo de um ano, sob pena de dissolução. Por meio da Lei nº85.697, de 11 de julho de 1985, institui-se a forma societária para proteção ao exercício da empresa individual originária, consentindo a constituição de uma sociedade limitada por uma ou várias pessoas; no que concerne à unipessoalidade superveniente deixou de prever o prazo para fins de reconstituição da pluralidade de

³⁵⁸ SALOMÃO FILHO. *A Sociedade Unipessoal*, 1995, p. 33/34. De acordo com o A., a opção apontada pelo projeto francês destaca seus objetivos econômicos, uma vez que por meio de um patrimônio flexível pretende evitar abalos creditícios e eliminar privilégios aos credores com maior poder de barganha, no caso de exigência de garantias pessoais; de outro lado, uma garantia efetiva aos credores não fora criada, de modo que abre a possibilidade de os credores economicamente mais fortes exigirem as quotas da Caisse de Garantie, já que são transferíveis. Além disso, a opção não seria dotada de personalidade, o que dificultaria sua transferência tanto inter vivos quanto mortis causa, cuja consequência seria a perda de liquidez da empresa, pois a cessão da empresa seria possível apenas em sua totalidade, concedendo aos credores o direito de oposição, ou sua liquidação total, respectivamente. Motivos esses que explicariam sua rejeição.

sócios. A iniciativa foi nominada de *Enterprise unipersonnelle à responsabilité limitée* (EURL), tratando-se, porém de uma verdadeira sociedade unipessoal.

Dentre as particularidades da EURL, composta por um único sócio, destaca-se que o associé unique congregava os poderes atribuídos à assembleia de sócios pelas disposições legais; em caso reunião das participações nas mãos de um único sócio não se aplicam as regras de dissolução judicial contidas no art.1844-5 do Código Civil Francês.

Mais, inicialmente, era vedado à pessoa singular constituir mais de uma sociedade de responsabilidade limitada com sócio único, bem como se vedava que uma sociedade de responsabilidade limitada tivesse como sócio único outra sociedade de responsabilidade limitada composta por uma única pessoa. Porém, a partir de 1994, tal regra mudou, admitindo-se, então, que uma pessoa singular pudesse figurar como sócio único em quantas sociedades unipessoais quisesse, assim como as pessoas jurídicas³⁵⁹.

Verifica-se, também, a proibição de o sócio único delegar seus poderes e a obrigatoriedade de registrar, por escrito, todas as decisões tomadas enquanto desempenhar os poderes típicos da assembleia. A inobservância de ambas as obrigações acarretará a possibilidade de anulação por qualquer interessado.

Por fim, releva mencionar que contas anuais e relatórios de gestão devem ser aprovados no prazo de seis meses, a partir do término do exercício social. E, em havendo, negócios entre sócio único e sociedade devem constar no registro das deliberações. Além disso, o legislador francês previu a possibilidade de extensão da unipessoalidade às atividades que se dediquem à exploração agrícola, por meio da *exploitation agricole à responsabilité limitée*, considerada uma sociedade civil que pode ser constituída por uma ou mais pessoas singulares.

Espanha

³⁵⁹ COSTA, Ricardo Alberto Santos. *A Sociedade por Quotas Unipessoal...*, 2002, ob.cit.pág. 315/316.

Em Espanha, assim como em outros ordenamentos, a unipessoalidade societária, originária ou superveniente, era inicialmente negada, diante da exigência de pluralidade social; após esse período, a concentração das participações sociais nas mãos de um único sócio passou a ser temporariamente admitida; a partir de 1995, passou-se a admitir a constituição originária de uma sociedade unipessoal, consagração legislativa trazida ao ordenamento espanhol pela Lei 2/1995, de 23 de março. Na atualidade, o Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julho, conhecido como Lei de Sociedades de Capital (LSC) é que dispõe, dentre outras disciplinas, sobre as normas da sociedade Unipessoal espanhola (art. 12/17).

Na verdade, na Espanha, os conceitos expressos no artigo 116 do Código de Comércio³⁶⁰ e no artigo 1.665 do Código Civil³⁶¹ não admitiam a possibilidade de sociedade com um único sócio. Contudo, o *Tribunal Supremo* e a *Dirección General de Registros* já revelavam sua inclinação favorável à unipessoalidade³⁶², o que foi reconhecido, *ex leges*, por meio de resolução da *Dirección General de Registros y del Notariado*, datada de 21.12.1990.

Em atenção ao quanto determinado na 12ª Diretiva da Comunidade Europeia (89/667), a Espanha incorporou em definitivo a sociedade unipessoal em seu ordenamento por meio da Ley nº 2, de 23.03.1995, ampliando sua possibilidade de aplicação não só às pequenas e médias empresas, como determinado pela Diretiva, mas também às grandes corporações.

A norma espanhola permite a existência de sociedades unipessoais originárias e supervenientes³⁶³. A sociedade unipessoal é considerada originária quando “*constituída por un único socio*”, sendo este tanto pessoa física quanto jurídica. Já a unipessoalidade superveniente decorre da sociedade que foi “*constituída de manera plurilateral y acaba concentrando todas sus participaciones en las manos de un único propietario*”.

³⁶⁰ Real Decreto de Publicación de 02.08.1885, Art. 116: “El contrato de compañía, por lo cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.”

³⁶¹ Real Decreto de Publicación de 24.07.1889, Art. 1.665: “La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre si las ganancias.”

³⁶² STS 19-4-1960; Res. DGRN 13 y 14-11-1985.

³⁶³ Art. 125 da Lei nº 2/1995

De facto, de acordo com a lei espanhola a sociedade unipessoal poderá ser originária ou superveniente, compreendendo, respectivamente, por sociedade unipessoal de responsabilidade limitada:

- a) a constituída por um sócio único, pessoa natural ou jurídica;
- b) a constituída por dois ou mais sócios, tendo todas as participações tenham se reunido nas mãos de um único sócio (art. 12).

Acrescenta o art. 19 da LSC que as sociedades de capital unipessoais constituir-se-ão mediante ato unilateral.

Embora a XII Diretiva visasse, com a limitação da responsabilidade do empresário individual, especialmente, o estímulo às pequenas e médias empresas, a legislação de Espanha propugnou a constituição de espécies societárias unipessoais tanto para as limitadas quanto para as anônimas, sob o entendimento de que as sociedades unipessoais, embora, preferencialmente, voltadas a estruturas mais simples, serviriam, igualmente, ao abrigo de iniciativas de grandes dimensões³⁶⁴.

A publicidade³⁶⁵ é um forte instrumento de que a lei espanhola lança mão. Assim, prevê inúmeras obrigações, às quais deverão, rigorosamente, ser publicizadas. Nesse sentido, deverão constar de escritura pública, que será inscrita no registro comercial, indicando obrigatoriamente a identidade do sócio único: o ato de constituição da sociedade unipessoal, a declaração de unipessoalidade superveniente, a cessação de unipessoalidade ou modificação do sócio único seja em razão da transmissão de alguma ou todas as participações sociais. Além disso, a condição de unipessoalidade deverá estar presente em toda a sua documentação, correspondências, notas de pedido, faturas e demais anúncios que, por disposição legal ou estatutária, deva publicar. Uma nota especial quanto à unipessoalidade superveniente: a fim que não seja atribuída responsabilização pessoal, ilimitada e subsidiária do único sócio, pelas dívidas contraídas durante a unipessoalidade, deverá o sócio único, no prazo de seis meses, desde a aquisição do caráter unipessoal pela sociedade, proceder à inscrição e

³⁶⁴ NONES, Nelson. *A Sociedade Unipessoal: Uma Abordagem à Luz do Direito Italiano, Espanhol e Português*, 2001, pág. 21. BRUSCATO, Wilges Ariana, *Empresario Individual de responsabilidade limitada.*, São Paulo: Quatier Latin, 2005, pág. 250. Cabe aqui uma ressalva: embora se admita a aplicação de normas comuns a esses tipos sociais, não se trata de um regime uniforme, existindo para cada tipo social um regime distinto, que corresponde à forma social adotada, isso é o que nos ensina COSTA, Ricardo Alberto Santos. *A Sociedade por Quotas Unipessoal...*, 2002, n. 308, p.320.

³⁶⁵ Sobre tudo o art. 13 da Ley de Sociedades de Capital da Espanha (LSCE)

comunicação desse fato no registro comercial. Transcrita essa circunstância, não será responsabilizado pelas dívidas posteriormente contraídas³⁶⁶.

O sócio único reúne as competências da *'junta general'*. Suas deliberações, para serem válidas, deverão estar consignadas em ata, com sua assinatura ou de seu representante, cuja execução ou formalização dar-se-ão através do sócio único ou pelo administrador da sociedade³⁶⁷.

A lei espanhola considera lícita a contratação em sócio e sociedade, valendo-se de um regime especial para essa prática, com a finalidade de proteger a sociedade e credores e ainda manter a transparência dessas operações. Assim sendo, esses contratos deverão se realizar por forma escrita ou na forma exigida por lei, de acordo com a natureza da operação; mais, deverão ser transcritos para um livro registro que haverá de ser legalizado, de acordo com o disposto para as atas das sociedades e, na memória anual, far-se-á referência expressa e individualizada desses contratos, indicando a sua natureza e condições. A falta de observância dessa formalidade, somente nos casos de insolvência, provisória ou definitiva, da sociedade ou do sócio único é penalizada.

Nessa hipótese, os contratos entre sócio e sociedade somente serão oponíveis à massa se tiverem sido transcritos no livro registro e referenciados na memória anual. Para o devido efeito a memória anual terá de ser depositada nos termos da lei. Acrescenta ainda a lei espanhola que em caso de recebimento de vantagens, direta ou indireta, em prejuízo da sociedade, decorrente de contratos celebrados entre sócio e sociedade, o sócio único, durante o prazo de dois anos, ficará responsável para com a sociedade pelos prejuízos causados³⁶⁸

Para resguardar direitos de terceiros, no caso de conversão de sociedade pluripessoal é necessário observar a regra do Artigo 129 da Ley nº 2/1995, que determina a necessidade de registro da nova situação de unipessoalidade no Registro Mercantil, mediante escritura pública³⁶⁹.

³⁶⁶ Art. 14 LSCE

³⁶⁷ Art. 15 LSCE

³⁶⁸ Art. 16 LSCE

³⁶⁹ CHULIA, Francisco Vicent. *Introducción al derecho mercantil*. Valencia: Tirant lo blanc, 1999. pág. 420.

Apesar de sua natureza distinta, a constituição da sociedade unipessoal deve observar a regra geral do artigo 11.1 da Ley nº 2/1995, qual seja, constar de escritura pública inscrita no Registro Mercantil. Para tanto, devem ser observados os mesmos critérios para constituição das sociedades pluripessoais, no que diz respeito à capacidade das partes e objeto da empresa.

A sociedade unipessoal se submete a um regime de publicidade dos atos mais amplo do que aquele que rege as demais sociedades. Qualquer alteração relativa ao corpo social deve ser efetuada por meio de escritura pública arquivada no Registro Mercantil e a identidade do sócio único sempre deve ser revelada³⁷⁰.

A sociedade unipessoal pode ter a forma de anônima ou limitada, porém todos os atos praticados pela sociedade devem trazer claramente sua condição de unipessoalidade, mediante indicação expressa em seus documentos³⁷¹.

O sócio único exerce todas as competências atribuídas pela legislação espanhola à Junta General³⁷², devendo as decisões serem tomadas por escrito em ata e executadas pelo próprio sócio ou pelos administradores da sociedade.

³⁷⁰ Ley nº 2/1995, art. 126, inc. 1: “La constitución de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, la declaración de tal situación como consecuencia de haber pasado un único socio a ser propietario de todas las participaciones sociales, la pérdida de tal situación o el cambio del socio único como consecuencia de haberse transmitido alguna o todas las participaciones, se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. En la inscripción se expresará necesariamente la identidad del socio único.”

³⁷¹ Ley nº 2/1995, art. 126, inc. 2: “En tanto subsista la situación de unipersonalidad, la sociedad hará constar expresamente su condición de unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria.”

³⁷² 187 Ley nº 2/1995, art. 44:

“1. Es competencia de la Junta General deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

- a. La censura de la gestión social, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado.
- b. El nombramiento y separación de los administradores, liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.
- c. La autorización a los administradores para el ejercicio, por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social.
- d. La modificación de los estatutos sociales.
- e. El aumento y la reducción del capital social.
- f. La transformación, fusión y escisión de la sociedad.
- g. La disolución de la sociedad.
- h. Cualesquiera otros asuntos que determinen la Ley o los estatutos.

Finalmente, o artigo 128 da Ley nº 2/1995 dispõe sobre a celebração de contratos entre o sócio e a sociedade, determinando que os contratos devem ser executados por escrito ou na forma documental exigida por sua natureza, e transcritos em livro próprio. Tais contratos devem, ainda, ser expressa e individualmente indicados nos balanços da sociedade, constando sua natureza e condições.

Pretendeu, pois, o legislador dar ampla publicidade destes documentos àqueles que venham a contratar com a sociedade. Contudo, a obrigatoriedade de revelar as condições do contrato pode beneficiar eventuais concorrentes da sociedade, que terão acesso ao seu conteúdo.

Os contratos que não tenham sido transcritos no livro próprio ou que não constem do balanço anual não são oponíveis à massa em caso de insolvência ou falência da sociedade. Ademais, o sócio responde perante a sociedade por todas as vantagens que tenha obtido, direta ou indiretamente, em virtude da celebração de tais contratos e que causem prejuízos àquela, pelo prazo de dez anos contados da data de celebração do contrato.

Pela análise da evolução legislativa no direito comparado verifica-se, portanto, que a sociedade unipessoal perdeu seu caráter de impropriedade terminológica e passou a ser vista como uma consequência do caráter organizativo das sociedades, da estruturação de um ente dirigido à consecução de determinado objetivo. A sociedade passa a ser a organização de capital e trabalho para atender às necessidades do mercado, o que independe do simples agrupamento de pessoas.

Podemos até dizer, sem querer entrar em forma conclusiva, que a via societária da limitação de responsabilidade do empresário individual é não só possível, mas plenamente viável, desde que corretamente reguladas suas relações internas e externas e devidamente protegidos os direitos e interesses de terceiros.

Brasil

2. *Además, y salvo disposición contraria de los estatutos, la Junta General podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63.*”

Contúdo, o panorama no Brasil não é assim tão linear.

A sociedade unipessoal, no Brasil, jamais foi pensada como um modelo legal, mas sempre como hipótese inaceitável, vez que contrária ao corolário necessário e inexorável da pluralidade de associados³⁷³.

Isso porque o sistema societário brasileiro é permeado por princípios contratualistas. A própria definição de sociedade, tanto no Código Civil de 1916 como no codex atual, é um exemplo disso:

CC 1916, Art. 1.362: “*Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços e recursos, para lograr fim comum.*”

CC 2002, Art. 981: “*Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.*”

Verifica-se claramente a referência à pluralidade de sócios (“celebram contrato de sociedade as pessoas”), à concentração em torno de uma mesma finalidade (“para lograr fim comum”; “para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”) e à existência de obrigações entre os sócios, mas não dos sócios para com a sociedade (“mutuamente se obrigam a combinar”; “reciprocamente se obrigam a contribuir”).

Com o surgimento da Lei das Sociedades por Ações (LSA), em 1976, o legislador procurou incentivar a macroempresa e a capitalização via mercado, introduzindo na regulamentação societária princípios institucionalistas:

Art. 116, § único: “*O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.*”

Art. 117, §1º, alíneas “b” e “c”: “*São modalidades de exercício abusivo de poder:*

³⁷³ PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. “Notas sobre as sociedades fictícias, ou de favor”. In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v 134, 2004. pp. 85-86.

(...)

b)promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

c)promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;”

Art. 154, §4º: “*O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.*”

A relação entre grandes empresas e princípios institucionalistas³⁷⁴ justificou a admissão da sociedade unipessoal dentro dos grupos de fato, como exceção à regra de pluralidade de sócios para constituição da empresa (LSA, Art. 80, I) e à necessária dissolução da sociedade reduzida a um só sócio (LSA, Art. 206, I, “d”). Surge, assim, a figura da subsidiária integral³⁷⁵, regulada nos artigos 251 a 253 da LSA.

Nos termos do artigo 251 da LSA, a companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista uma sociedade brasileira. Pode também a companhia ser convertida em subsidiária integral, mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações ou incorporação da totalidade das ações de uma companhia ao patrimônio de outra companhia.

Por tratar-se de lei especial, não é possível estender a unipessoalidade da subsidiária integral a outros tipos societários que não a sociedade anônima.

³⁷⁴ O institucionalismo trazido pela legislação acionária está limitado à mera declaração de princípios, pois a legitimidade para demandar os responsáveis pela prática de atos contrários ao interesse social é exclusiva dos sócios.

³⁷⁵ Calixto Salomão Filho critica, contudo, a falta de regulamentação específica relativa à responsabilidade, ao conflito de interesses ou à publicidade para a sociedade unipessoal de grupo, “como se o legislador acreditasse na persecução espontânea do interesse social por parte do sócio único, sem um sistema legal que o constranja a tal”. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 57.

Aparte a subsidiária integral, existe, no ordenamento brasileiro, outra forma prevista de unipessoalidade, qual seja a da sociedade reduzida a um único sócio.

Tal fato pode resultar da liquidação de quotas decorrente da morte de um dos sócios³⁷⁶; da exclusão judicial ou de pleno direito de sócio³⁷⁷; da saída em razão de dissidência³⁷⁸; ou, ainda, da retirada imotivada, nas hipóteses legais³⁷⁹.

Trata-se, no caso, de permissão expressa do legislador para que a sociedade permaneça, por prazo determinado³⁸⁰, com um único sócio até que se restabeleça a pluralidade. Caso não sejam admitidos novos sócios, a sociedade se dissolve de pleno direito³⁸¹.

Contudo, como nos informa Thelma de Mesquita Garcia e Souza³⁸², há registro de decisões em que o Judiciário é condescendente e permite a continuação da sociedade

³⁷⁶ Código Civil, Art. 1.028.

³⁷⁷ Código Civil, Art. 1.004, § único, Art. 1.030 e § único e Art. 1.085.

³⁷⁸ Código Civil, Art. 1.077.

³⁷⁹ Código Civil, Art. 1.029. A aplicabilidade do artigo em questão às sociedades limitadas é controversa, haja vista a existência, no âmbito das limitadas, de previsão expressa quanto à retirada apenas em casos de dissidência (art. 1.077).

³⁸⁰ Até a Assembleia Geral Ordinária subsequente, quando constatada a unipessoalidade em sociedades anônimas, ou no prazo de 180 dias, no caso das demais sociedades personificadas. O prazo inicial da contagem dos 180 dias não foi estabelecido de forma expressa no Código Civil, mas a doutrina tende a entender como data de início da contagem a data em que o número de sócios se reduziu a um. Cf. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial: teoria das sociedades, as sociedades em espécie do código civil*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2. pág. 45.

³⁸¹ Nesse sentido:

Nas sociedades simples:

Código Civil, Art. 1.033. “Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

(...)

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias; (...)”

Nas sociedades em nome coletivo:

Código Civil, Art. 1.044. “A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 e, se empresária, também pela declaração da falência.”

Nas sociedades em comandita simples:

Código Civil, Art. 1.051. “Dissolve-se de pleno direito a sociedade: I - por qualquer das causas previstas no art. 1.044;

(...)”

Nas sociedades limitadas:

Código Civil, Art. 1.087. “A sociedade dissolve-se, de pleno direito, por qualquer das causas previstas no art. 1.044.”

Nas sociedades anônimas:

LSA, Art. 206. “Dissolve-se a companhia: (...)

d) pela existência de um único acionista, verificada em assembleia geral ordinária, se o mínimo de dois não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no artigo 251;

(...)”

com um só sócio, por tempo indeterminado e responsabilidade limitada, por aplicação do princípio da preservação da empresa. Tal posicionamento demonstra que o ambiente jurídico pátrio é propenso a admitir a sociedade unipessoal como forma de limitar a responsabilidade do comerciante individual.

No âmbito do direito português, como em seguida veremos, a abordagem da unipessoalidade societária teve início pelo final da primeira metade do século XX³⁸³.

A doutrina portuguesa analisou com mais ênfase duas vertentes de unipessoalidade societária: as sociedades que eram formalmente constituídas de acordo com o número plural mínimo exigido por lei e que ficavam reduzidas a um único sócio³⁸⁴, e as “sociedades fictícias”³⁸⁵.

Por seu turno, a vertente da unipessoalidade societária originária era vista como um “ente inconcebível”³⁸⁶, devido, essencialmente ao factor da “sociedade-contrato”^{387 388}.

³⁸² SOUZA, Thelma de Mesquita Garcia e, “Sociedade unipessoal como solução organizativa da empresa”, in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (org.), *Direito Societário Contemporâneo I*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 507.

³⁸³ Cfr. FERRER CORREIA, “Sociedades Unipessoais de Responsabilidade Limitada”, *RDES*, Ano I, 1945, n.º 5 e 6, “Sociedades fictícias e unipessoais”, ob.cit.; “La société d’une seule associé (droit portugais)”, *BFDUC*, XLI, 1965, ob.cit.; “Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa”, *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, p. 37 e segs, e “Lições de Direito Comercial”, II, p. 273 e segs. e 289 e segs.; BARBOSA de MAGALHÃES, “As sociedades unipessoais em face da legislação portuguesa”, *Revista da Faculdade de Direito* (Universidade de São Paulo), XLII, 1948; RAÚL VENTURA, “Sociedades Comerciais: dissolução e liquidação”, I, p. 137 e segs.; MANUEL DE ALARCÃO, “Sociedades unipessoais”, *Boletim da Faculdade de Direito* (Coimbra), Suplemento XIII, 1961.

³⁸⁴ Cfr. BRITO CORREIA, ob. cit., p. 633 e 635: “tudo começa pela necessidade sentida pelos comerciantes de limitar a sua responsabilidade, atendendo ao carácter arriscado de certas empresas” e, por outro lado, “a questão ganhou relevo quando começaram a aparecer sociedades em que o número de sócios, inicialmente plural, se reduziu à unidade, por aquisição de todas as participações sociais por um só sócio”.

³⁸⁵ Segundo MANUEL DE ALARCÃO, ob. cit., pág. 205-206, as sociedades que “desde o momento da sua constituição, se encontram dominadas por um único sócio efectivo, único verdadeiramente interessado na empresa, dá-se o nome de sociedades fictícias. O que as distingue das unipessoais propriamente ditas é a existência formal ou aparente duma pluralidade de sócios”.

³⁸⁶ Cfr. FERRER CORREIA, ob. cit., II, pág. 289: “sendo certo que nenhuma sociedade pode constituir-se com menos de duas pessoas, é óbvio que referida concentração das participações sociais nas mãos de um único indivíduo só pode verificar-se em virtude de acto ou facto jurídico posterior à própria constituição do ente social. Sociedade originariamente unipessoal é algo de inconcebível”; FERNANDO de OLIVEIRA, “Sociedades Unipessoais”, *ROA*, 1954/1956, pág. 147: “Deste modo, julgamos que não restam dúvidas ao nosso espírito de que a vivência da sociedade unipessoal é, no direito português, uma miragem cuja razão de ser não conseguimos descortinar. Nem o interesse dos credores sociais o reclama, nem o conceito de sociedade o permite, nem o interesse da economia nacional o aconselha. (...) Como

O legislador nacional acompanhava o entendimento da doutrina, tornando-o evidente quando criou e introduziu o EIRL em 1986, numa altura em que vários ordenamentos jurídicos já aceitavam as sociedades originariamente unipessoais: “não deixa de ser verdade que entre nós (diferentemente do que acontece na Alemanha) nunca se admitiu – entre outras razões, por fidelidade à ideia da sociedade-contrato – a unipessoalidade originária (...)”³⁸⁹.

Porém, com a aprovação da 12ª Directiva em matéria do direito das sociedades, o legislador nacional criou a SUQ através do DL nº 257/96, de 31 de Dezembro, que aditou ao CSC o Capítulo X e num momento em que o EIRL seria um mecanismo suficiente para incorporar a referida Directiva, conforme veremos³⁹⁰

3. A Sociedade Unipessoal em Portugal

O percurso de instituição da SQU no direito português não é linear. Tem vivido a longa discussão doutrinária acerca da admissibilidade das sociedades unipessoais. Para a realidade jurídica portuguesa, a sociedade unipessoal hoje emergente é diferente da sociedade unipessoal de ontem.

vimos, a negação da unipessoalidade é de interesse público, pela ofensa que constitui para o sistema legislativo vigente e para a economia nacional”

³⁸⁷ De acordo com o art. 980º do CC: “Contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade”.

³⁸⁸ 18 Cfr. Quanto à aplicação do termo “sociedade”: RAÚL VENTURA, ob. cit., p. 115: “Tenho como certo ser o termo «sociedade» impropriamente aplicado às «sociedades unipessoais». Com efeito, a palavra sociedade tem a sua origem etimológica na palavra latina *societas*, que significa associação, união, reunião, comunidade, conceitos que, como se sabe, implicam pluralidade de pessoas”.

³⁸⁹ Assim no Ponto 6 do diploma preambular que publicou o EIRL.

³⁹⁰ O art. 7º da 12ª Directiva dispunha do seguinte modo: “Um Estado-Membro pode decidir não permitir a existência de sociedades unipessoais no caso de a sua legislação prever a possibilidade de o empresário individual constituir uma empresa de responsabilidade limitada com um património afecto a uma determinada actividade desde que, no que se refere a essas empresas, se prevejam garantias equivalentes às impostas pela presente directiva bem como pelas outras disposições comunitárias aplicáveis às sociedades referidas no artigo 1º”. Cfr. JOÃO ESPÍRITO SANTO, ob. cit., p. 29: “Embora o EIRL satisfizesse as condições que, na referida Directiva, permitiriam a não consagração da sociedade por quotas originariamente unipessoal, (...)”.

Em Portugal, a Sociedade Unipessoal por quotas foi introduzida na ordem jurídica portuguesa através do DL n.º 257/96 de 31 de Dezembro, que transpôs a Diretiva do Conselho Europeu n.º 89/667/CEE de 21 de Dezembro de 1989.

Já em 1986 o legislador português previu a necessidade de limitar a responsabilidade do empresário em nome individual pelas dívidas contraídas na exploração de sua empresa. Todavia, foi rechaçada, de início, a possibilidade de adoção da limitação pela via societária (sociedade unipessoal), nada obstante o legislador ressaltar tratar-se da forma prevalente nos países europeus e de aceitação generalizada na doutrina e na prática.

A justificativa apresentada era de que em Portugal “as coisas não se apresentam do mesmo modo (...) entre outras razões, por fidelidade à ideia da sociedade- contrato”³⁹¹.

³⁹¹ Justificativa ao Decreto-Lei n.º 248/86.

“(...)

3. De resto, a inovação legislativa de que se trata não representará um salto no desconhecido por parte do legislador português, antes tal actuação alinhará com a de outras legislações que, frequentemente, têm sido fonte de inspiração da nossa. Com efeito, razões idênticas ou próximas das atrás apontadas levaram a que, recentemente, na Alemanha (GmbH-Novelle de 1980) e na França (Lei n.º 185-697, de 11 de Julho de 1985) fosse dada resposta legislativa favorável à pretensão do empresário individual de afectar ao giro mercantil unicamente uma parte do seu património.

A solução adoptada pelos legisladores alemão e francês - admissibilidade da criação ab initio da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada - é, de facto, uma das duas vias possíveis para enquadrar juridicamente a situação em causa. A outra é representada pela criação de uma nova figura jurídica - a empresa (rectius: o estabelecimento) individual de responsabilidade limitada (com ou sem personalidade jurídica).

Qualquer destas soluções tem a seu favor e contra si vários argumentos.

Examine-se a primeira, que é a da sociedade unipessoal.

4. Consistirá esta na admissibilidade da constituição de uma sociedade comercial de responsabilidade limitada com um único sócio. Por ela enveredaram, como já foi dito, os legisladores alemão e francês. Certo que, tanto nos países europeus (mormente nos de cultura jurídica germânica) como em algumas nações latino-americanas, não se desconhece a específica problemática inerente à solução frontal da questão, ou seja, a admissão da figura do estabelecimento (empresa) mercantil individual de responsabilidade limitada. Pelo contrário, o assunto tem sido repetidamente objecto de profundas análises doutrinárias e, até, de vários projectos legislativos.

No entanto, não foi essa a solução que prevaleceu nos referidos países. Porquê? (sic)

5. Foram duas, no essencial, as razões que levaram o legislador alemão a optar pela solução consagrada na GmbH-Novelle de 1980:

a) A grande difusão que a «Gesellschaft mit beschränkter Haftung» unipessoal conhecia na prática: há longo tempo admitida pela doutrina e jurisprudência, o próprio legislador a tinha já reconhecido (assim, o § 15 da Umwandlungsgesetz, de 6 de Novembro de 1986). Mas há mais. A praxis não legitimava apenas a sociedade de responsabilidade limitada que em certo momento, em virtude de vicissitudes normais da sua existência jurídica, ficara reduzida a um único sócio: ia bastante mais longe, pois

Com a 12ª Directiva 89/667/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989 ³⁹², em matéria de direito das sociedades, relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio, o legislador comunitário atendeu à necessidade de criar “um instrumento jurídico que permitia a imitação da responsabilidade do empresário individual, em toda a Comunidade” ³⁹³.

coonestava as próprias sociedades ab initio constituídas por um único sócio verdadeiro, secundado (por via das aparências) por um ou mais testas-de-ferro (Strohmannner);

b)A maior facilidade em delinear um regime jurídico para esta situação: com efeito, a admissão da sociedade de responsabilidade limitada de um único sócio (Einmann-GmbH) apenas implicaria a adaptação de algumas normas do regime da GmbH, ao passo que a outra opção - criação da empresa individual de responsabilidade limitada - levantaria muito mais graves dificuldades.

Assim se pensou e escreveu na Alemanha.

E não foram por certo diferentes das referidas as razões que pesaram no espírito do legislador francês e o levaram a admitir a constituição da sociedade de responsabilidade limitada com um único sócio (aliás, curiosamente, a lei em questão intitula-se «loi relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée»).

Assim procedendo, renunciou-se ao conceito tradicional da sociedade como contrato. Dogmaticamente, a sociedade é contrato e é instituição. Entretanto, as duas citadas leis pressupõem, ambas, uma construção dogmática em que aquela primeira componente (a ideia de contrato) é obliterada, ficando a sociedade reduzida à sua vertente institucional. E isto porque, bem atentas as (sic) coisas, e perspectivada agora a matéria a outra luz, a sociedade passa a ser preferentemente olhada como uma técnica de organização da empresa. O número daqueles que podem tirar proveito dessa técnica passa a não interessar. A sociedade de uma única pessoa não deixa de ser sociedade.

6.Quanto, porém, ao nosso país, as coisas não se apresentam do mesmo modo: as razões apontadas no número anterior não valem aqui com a mesma intensidade.

É certo que a ideia da sociedade com um único sócio encontra hoje aceitação generalizada tanto na doutrina como na prática, e até o novo Código das Sociedades Comerciais, vencidas algumas hesitações, lhe dará consagração igual àquela que um importante sector da doutrina nacional de há muito vinha preconizando.

Mas, em contrapartida, não deixa de ser verdade que entre nós (diferentemente do que acontece na Alemanha) nunca se admitiu - entre outras razões, por fidelidade à ideia da sociedade-contrato - a unipessoalidade originária. E não menos certo é, por outro lado, que (e também ao invés do que se passa naquele país) as contribuições doutrinárias portuguesas sobre a regulamentação jurídica específica das sociedades de um único sócio são escassas. A hipótese configurada no artigo 488 daquele novo Código repercute um regime excepcional, que não altera esta forma de ver as coisas.

Eis porque, tudo pesado, não parece que a figura da sociedade unipessoal, nos latos termos em que passou a ser emitida no direito alemão e francês, seja em Portugal o instrumento jurídico mais apropriado para a solução do problema da limitação de responsabilidade do empresário individual. Mais lógico e mais conforme com os princípios tradicionais do nosso direito se apresenta o outro caminho apontado: a criação de um novo instituto jurídico - o estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada. Esta se afigura ser a solução preferível, apesar da inovação que representa e das acrescidas dificuldades de regulamentação que determina.”

³⁹² 1 Após diversas modificações, a 12ª Directiva foi objecto de consolidação numa nova: nº 2009/102/EC, de 16 de Setembro de 2009. Publicada no JOUE nº L258720, de 1 de Outubro de 2009

³⁹³ Ponto 4 do diploma preambular da 12ª Directiva

De acordo com o art. 2º, nº 1 da 12ª Directiva, uma sociedade de responsabilidade limitada pode ter um sócio único no momento da sua constituição ou resultar da reunião de todas as partes sociais numa única pessoa.

Por sua vez, nos termos do art. 7º da 12ª Directiva, o legislador comunitário atribuiu aos Estados-Membros a faculdade de decidir pelo impedimento da “existência de sociedades unipessoais”, se previssem “a possibilidade de o empresário individual constituir uma empresa de responsabilidade limitada com um património afecto a uma determinada actividade”³⁹⁴.

Deste modo, foram consagrados dois meios susceptíveis de atribuição da limitação da responsabilidade do empresário individual: a sociedade unipessoal e a possibilidade de constituição de uma empresa de responsabilidade limitada com um património afecto a uma determinada actividade³⁹⁵.

Embora a regulamentação das sociedades de responsabilidade limitada compostas por um único sócio não tenha sido extensa³⁹⁶, os negócios celebrados entre o sócio único e a sociedade constituíram um dos aspectos abordados pelo legislador comunitário.

Da análise do art. 5º da 12ª Directiva resulta o seguinte: os contratos celebrados entre o sócio único e a sociedade devem ser lavrados em acta ou assumir a forma escrita se aquele também representar a sociedade; “quanto às operações correntes celebradas em condições normais”, o legislador comunitário deixou a tarefa de as submeter ou não às

³⁹⁴ Cfr. RICARDO COSTA, “As Sociedades Unipessoais”, *Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 41, nt. 47, “a XII Directiva acabou por aceitar a igual legitimidade daquelas duas vias para atingir o desiderato indicado de consentir a limitação (que a exclui, em rigor) da responsabilidade empresarial do comerciante singular, prefigurando a técnica da empresa-património autónomo como meio (ainda que subsidiário ou supletivo) de individualizar um centro de imputação distinto da restante esfera jurídica patrimonial do sujeito interessado”; GIULIO F. COLOMBO, “Socio quasi totalitario di s.r.l. e attuazione della XII Directiva CEE”, *GC*, Ano XX, 1993, II, p. 672-673.

³⁹⁵ Cfr. ALONSO UREBA, “La 12ª Directiva comunitaria...”, in *Derecho Mercantil de la Comunidad Economica Europea - Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 98, “as previsões da 12ª Directiva não são trasladáveis para o «empresário individual com limitação de responsabilidade»: publicidade da concentração de acções ou participações num único sócio (art. 3º), funcionamento e documentação dos acordos da Assembleia Geral (art. 4º), negócios entre a sociedade e o sócio que por sua vez a representa (art. 5º), são normas baseadas na dualidade de sujeitos (sociedade-sócio) e na necessária estrutura orgânica da pessoa jurídica-sociedade, e como tal, não resultam aplicáveis ao empresário individual com limitação de responsabilidade”.

³⁹⁶ Cfr. Por exemplo: *Rivista della Società* – anno 33º/1998, Giuffrè, Milano, *La società Unipersonale a Responsabilità Limitata*, p. 825: *Finora non è stata armonizzata neppure la forma che devono assumere le decisioni dell’assemblea generale dei soci. (...) A tal fine, secondo la direttiva, le decisioni prese dal socio unico in luogo dell’assemblea dei soci devono figurare in un verbale. D’altra parte, la direttiva non precisa gli effetti dell’inosservanza della forma prescritta”*

regras supra referidas a cargo dos Estados-Membros; por último, destaca-se a ausência de um preceito que consagrasse qualquer consequência para o negócio e/ou para o sócio único pela preterição do requisito formal supra exposto³⁹⁷.

O Decreto inaugurou o capítulo dedicado a este tipo societário e até hoje a matéria está regulada no artigo 270.º-A ao 270.º-G do CSC. Na realidade do tecido empresarial português, como comumente ocorria nos países que não tinham a regulação desta possibilidade positivada, embora apresentasse sociedades formalmente plurisociais, era comum que muitas destas sociedades fossem de fato unipessoais antes do DL n.º 257/96. Ou seja, os empresários cumpriam a obrigação legal de exigência de pluralidade de sócios, mas em boa verdade, a vida da sociedade era determinada por um único sócio que detinha quase todo o capital social³⁹⁸.

A constituição deste tipo societário pode dar-se através de constituição originária, concentração de quotas de uma sociedade em um único sócio ou através de transformação de E.I.R.L. em sociedade por quotas unipessoal.

A sociedade unipessoal por quotas é constituída por um único sócio que pode ser pessoa singular ou coletiva, desde que não seja outra sociedade unipessoal por quotas. O sócio único exerce as competências da assembleia geral, mas pode nomear gerentes e instituir conselho fiscal, se assim entender. Ora, do mesmo modo que na sociedade por quotas pluripessoal, aqui a responsabilidade limita-se às entradas convencionadas no registro.

³⁹⁷ Cfr. F. CARBAJO CASCÓN, *La Sociedad de Capital Unipersonal*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 479, "A existência de constância em acta ou por escrito não serve por si mesma para impedir possíveis manipulações por parte do sócio único em detrimento dos interesses sociais. Também a falta de sanções no caso de incumprimento dessas formalidades, unida à sua possível desconsideração quando se trate de operações correntes do tráfico da empresa social celebradas em condições normais, e a total omissão de algum tipo de responsabilidade por parte do sócio único frente à sociedade por abusos cometidos na relação contratual entre ambos. Por isso era necessário uma normativa mais detalhada por parte dos Direitos nacionais, ...". Segundo BARBARA de DONNO SFORZA, *Le Società Unipersonali Nell'Esperienza Francese e Comunitaria, Un'Analisi Comparatistica*, Guiffre Editore, 2001, p. 118: "Tale norma solo in parte resulta idónea a garantire i terzi dal rischio di una commistione di patrimonio com il conseguente depauperamento della loro garanzia genérica. La XII non ha infatti accolto il suggerimento del Comitato economico e sociale di prescrivere una sanzione, o di delegare tale compito ai Paesi membri, per el caso di omissione della forma scritta richiesta dall'art. 5. Non sono pertanto chiar ele conseguenze del mancato rispetto di tale prescrizione formale. Né tantomeno contro eventual abusi del socio la direttiva ha previsto sanzioni che permettono di superare la personilità giuridica della società".

³⁹⁸ Neste sentido: MARIA ELISABETE GOMES RAMOS – Sociedades Unipessoais – perspectivas da experiência portuguesa, in: M. FÁTIMA RIBEIRO E F. ULHOA COELHO (Coord.), *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra, 2012, 365-396, 375-376.

Entretanto, nos termos do artigo 84.º do CSC, é possível a responsabilização do sócio único em caso de não observância dos preceitos de lei que estabelecem a afetação do património da sociedade. Com efeito, nesta arquitetura societária, o risco de confusão patrimonial e de desvio do património social para o património dos sócios intensifica-se. Portanto, o n.º1 do artigo 270.º-F, estabelece que os negócios jurídicos devem servir a prossecução dos objetivos da sociedade, e o n.º4 do mesmo artigo prescreve que a inobservância daquele preceito implica a nulidade do negócio jurídico e a responsabilização ilimitada do sócio.

Diante destas previsões legais, em grande medida, os interesses dos credores restam tutelados. Todavia, existe alguma doutrina que levanta a questão da aplicação do instituto da desconsideração para estes casos. No nosso entender, diante do carácter subsidiário do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, este não é caso de aplicação por si só do levantamento, como teremos oportunidade de ver mais adiante.

4. Sobre o EIRL (/ Estabelecimento individual de Responsabilidade Limitada)

Através do DL n.º 248/86, de 25 de Agosto ³⁹⁹, o legislador nacional criou e regulamentou um instrumento jurídico que procurava resolver o problema da “limitação do comerciante em nome individual pelas dívidas contraídas na exploração da sua empresa”: o EIRL ⁴⁰⁰.

Ao analisar se a disciplina legal do EIRL deveria assentar na construção como pessoa jurídica ou na ideia de património de afetação especial, o legislador português voltou-se ao pragmatismo, não reconhecendo ao ponto importância fundamental, uma vez que ambas as vias apontadas conduziram a resultados satisfatórios.

³⁹⁹DL n.º 248/86, de 25 de Agosto, que viria a ser objecto das seguintes alterações: DL n.º 343/98, de 06/11, DL n.º 36/2000, de 14/03, DL n.º 76-A/2006, de 29/03 e DL n.º 8/2007, de 17/01.

⁴⁰⁰ Quanto ao facto de o EIRL ser considerado uma figura não societária: Cfr. MIGUEL PUPO CORREIA, *Direito Comercial* (2005), 9ª Ed., p. 63; OLIVEIRA ASCENSÃO, “Estabelecimento Individual e Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada”, in: AAVVV, *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988 p. 35 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial – Parte Geral, I*, 1988, p. 319; ANTÓNIO PEREIRA de ALMEIDA, *A Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual, Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, 1988, p. 271 e segs.

Considerando-se que a atribuição de personalidade jurídica ao EIRL pareceu ao legislador “um processo mais complicado e, simultaneamente, mais artificial”, e sendo o objetivo principal do instituto criar “*um expediente técnico legal que permita ao comerciante em nome individual destacar do seu património geral uma parte dos seus bens, para destinar à actividade mercantil*”, se houve por bem conceber o EIRL como património separado, evitando a ficção.

Uma das grandes preocupações que nortearam o legislador quando da regulamentação jurídica do EIRL foi a garantia do interesse de terceiros que entram em relação com o estabelecimento. Neste sentido, o Decreto-Lei nº 248/86 prevê a existência de normas que assegurem a efetiva realização do capital do estabelecimento e a fixação de um capital inicial mínimo, além de previsões quanto à adequada publicidade dos atos concernentes ao estabelecimento.

Demais disso, deve-se garantir a autonomia patrimonial dos bens destinados pelo empresário à empresa, respondendo tais bens exclusivamente pelas dívidas contraídas na exploração do EIRL e sem que os bens pessoais do empresário sejam afetados por dívidas decorrentes do exercício da atividade empresarial.

Finalmente, há normas no sentido de assegurar a efetividade da separação patrimonial, inclusive mediante manutenção de escrituração e contabilidade adequadas, respondendo o empresário individual com a totalidade dos seus bens caso se verifique qualquer violação a tal separação.

Ressalte-se que qualquer indivíduo que pretenda exercer atividade comercial pode constituir um Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada, mas cada indivíduo só pode ser titular de um único EIRL.

Na verdade, nos termos do art. 1º, nº 2 do DL nº 248/86, de 25 de Agosto, qualquer pessoa singular que pretenda exercer uma actividade comercial pode afectar “ao estabelecimento individual de responsabilidade limitada uma parte do seu património, cujo valor representará o capital inicial do estabelecimento”.

O EIRL deve ser constituído por escrito e a firma é composta pelo nome do titular, acrescido ou não de referência ao objeto do comércio, e pelas palavras estabelecimento individual de responsabilidade limitada, ou simplesmente a sigla EIRL. O EIRL passa a ser eficaz perante terceiros a partir da publicação de seus atos constitutivos pela conservatória do registro competente.

O EIRL deve manter fundo de reserva, ao qual serão destinados, no mínimo, 20% (vinte por cento) dos lucros anuais, até que o fundo represente metade do capital do estabelecimento. O fundo de reserva só pode ser utilizado:

(a) para cobrir a parte do prejuízo acusado no balanço anual que não possa ser coberta pela utilização de outras reservas;

(b) para cobrir a parte dos prejuízos transitados do exercício anterior que não possa ser coberta pelo lucro do exercício nem pela utilização de outras reservas; e

(c) para incorporação ao capital.

A circulação e liquidez do EIRL são problemáticas, pois, caso o titular venha a falecer e os herdeiros deixarem de dar destinação ao estabelecimento no prazo de 90 dias, qualquer um pode requerer sua liquidação. E na transferência intervivos só é possível a cessão total.

No mais, o estabelecimento individual de responsabilidade limitada tem regramento bastante próximo às regras societárias, com exigência de formalidades similares e normas sobre integralização, modificação e proteção do capital social.

De acordo com o art. 10º, nº 1, “sem prejuízo do disposto no artigo 22.º, o património do estabelecimento individual de responsabilidade limitada responde unicamente pelas dívidas contraídas no desenvolvimento das actividades compreendidas no âmbito da respectiva empresa”.

Contudo, o legislador nacional estabeleceu excepções a esta regra geral: desde logo, “se os restantes bens do titular forem insuficientes e sem prejuízo da parte final do artigo 6.º”, o património do EIRL responde unicamente pelas dívidas contraídas pelo seu titular antes de efectuada a publicação do acto constitutivo a que se refere o n.º 2 do art. 5º (art. 10º, nº 2); acresce que, nos termos do art. 22º, em “execução movida contra o titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada por dívidas alheias à respectiva exploração, os credores só poderão penhorar o estabelecimento provando a insuficiência dos restantes bens do devedor”.

Resulta ainda do art. 11º, nº 1, que “pelas dívidas resultantes de actividades compreendidas no objecto do estabelecimento individual de responsabilidade limitada respondem apenas os bens a este afectados”.

Todavia, no nº 2 do mesmo artigo, o legislador determinou outra excepção: “em caso de falência do titular por causa relacionada com a actividade exercida naquele estabelecimento, o falido 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 estabelecimento”⁴⁰¹.

Em 1996, o legislador português reconheceu que a criação do estabelecimento individual de responsabilidade limitada não atingiu os resultados esperados, quais sejam, facilitar o aparecimento e, sobretudo, o desenvolvimento de pequenas empresas.

Convencido da superioridade das sociedades unipessoais por quotas, o legislador português introduziu-as no ordenamento por meio dos artigos 270-A a 270-F do Código das Sociedades Comerciais (Decreto-Lei nº 262/86)⁴⁰².

O legislador deixa claro o equívoco em não ter sido adotada antes a limitação de responsabilidade pela forma societária na justificativa do Decreto-Lei nº 257/96:

“As sociedades de responsabilidade limitada são a forma por excelência escolhida pelas pequenas e médias empresas. É clara entre nós a propensão dos empresários para a utilização deste tipo de sociedades como forma de enquadramento jurídico das suas empresas. As sociedades unipessoais por quotas existem em quase todos os Estados membros da Comunidade Europeia, já por razões jurídicas, já por razões económicas. Importa introduzi-las no nosso direito das sociedades.

Na verdade, estas sociedades podem facilitar o aparecimento e, sobretudo, o são desenvolvimento de pequenas empresas, que, como é reconhecido, constituem, principalmente em épocas de crise, um factor não só de estabilidade e de criação de emprego mas também de revitalização da iniciativa privada e da actividade económica em geral. Permitem, efectivamente, que os empreendedores se dediquem, sem recurso a

⁴⁰¹ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “O EIRL: Crónica de uma Morte Anunciada”, *RFDUP*, p. 420: “constituindo o EIRL um património de afectação especial destinado à exploração de uma determinada actividade comercial, cuja autonomização foi consagrada pela lei com vista a salvaguardar o património geral do comerciante aos riscos daquela resultantes, mal se compreenderia que a este fosse permitido geri-lo de acordo com um princípio dos vasos comunicantes, praticando actos de confusão ou operando transferências entre os dois patrimónios (comum ou geral e autónomo ou separado), ao arripio da finalidade ínsita no regime legal e em manifesto defraudamento dos interesses do próprio estabelecimento e dos respectivos credores”

⁴⁰² Introduzidos pelo Decreto-Lei nº 257/96.

sociedades fictícias indesejáveis, à actividade comercial, beneficiando do regime da responsabilidade limitada.

A criação do estabelecimento individual de responsabilidade limitada pelo Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, não atingiu esses resultados. Fiel à doutrina tradicional, o legislador de então não conseguiu ultrapassar a concepção contratualista da sociedade e por isso rejeitou qualquer concessão à sua concepção institucional. Quedou-se pela constituição de um património autónomo afectado a um fim determinado, mas desprovido dos benefícios da personalidade jurídica. Afastou-se expressamente das soluções já nessa altura adoptadas pela Alemanha e pela França. Portugal tornou-se o único Estado membro da Comunidade Europeia a optar pela via do estabelecimento individual de responsabilidade limitada. Teve-se como indiscutível que a sociedade unipessoal não era instrumento apropriado à realidade do nosso país e daí enveredar-se por uma pretensa e difícil inovação. Negou-se a personalização a algo que a reclamava.

É certo que a instituição das sociedades unipessoais por quotas levantou inicialmente delicados problemas doutrinários. Não faltou quem considerasse um “absurdo” a existência legal de sociedades unipessoais. Essa dificuldade recebeu uma resposta teórica, em que a sociedade unipessoal constituiria a excepção à regra das sociedades pluripessoais. Mas importa sobretudo facultar às pessoas uma forma de limitação da sua responsabilidade que não passe pela constituição de sociedades fictícias, com “sócios de favor”, dando azo a situações pouco claras no tecido empresarial.

Foi esta realidade que justificou a Directiva n.º 89/667/CE, bem como as alterações legislativas ocorridas, designadamente em Espanha com a Lei 2/1995, de 23 de Março, em França com a Lei n.º 85/697, de 11 de Julho, na Itália com o Decreto Legislativo n.º 88, de 3 de Março de 1993, e na Bélgica com a Lei de 14 de Julho de 1987.

É ainda o reconhecimento dessa realidade que serve de primacial fundamento à presente institucionalização. Impõe-se, pois, sem abjurar, de momento, nenhuma das figuras legalmente estabelecidas, criar um novo tipo de sociedade, em que a responsabilidade do sócio único seja limitada. Sobretudo em relação às pequenas e médias empresas, espera-se que este novo tipo de sociedade constitua mais uma escolha que facilite a sua legalização e uma adaptação maior ao importante papel que desempenham no tecido económico nacional.

Daí que a criação de sociedades unipessoais por quotas possa ser originária ou superveniente. Não se acolhe, nesta fase inicial, a possibilidade, que a prática imporá ou não, da criação autónoma e por tempo indeterminado da sociedade anónima unipessoal.

Para a cabal prossecução dos objectivos enunciados, foram consagrados alguns princípios de segurança, tanto do sócio único como de terceiros.

Foram também tidas em conta as injunções da referida directiva e a necessidade de prosseguir na via da harmonização das legislações dos Estados membros da União Europeia.”

Devido aos factos supra expostos, aos quais acresceram outras circunstâncias⁴⁰³, não só o EIRL registou uma fraca adesão, como as “sociedades fictícias” continuaram a proliferar⁴⁰⁴

5. Sobre as categorias de Unipessoalidade Societária

Conforme prescreve o n.º 1 do art. 270º-A do CSC, a SUQ pode ser constituída originariamente por uma pessoa singular ou colectiva que é o titular da totalidade do capital social (unipessoalidade originária)⁴⁰⁵.

Determina o n.º 2 do mesmo artigo que a SUQ pode resultar da concentração das quotas de uma SQ na titularidade de um único sócio (unipessoalidade superveniente).

⁴⁰³ Cfr. Segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, “O EIRL ou o falido rico”, “Estruturas Jurídicas da Empresa”, 1989, p. 19: “Escassos dias depois, a 2 de Setembro, surgia o Decreto-Lei n.º 262/86, que aprovou o Código das Sociedades Comerciais. Mas os dois diplomas mutuamente se ignoram, pelo que ficam completamente descoordenados. (...) é estranho que não se preveja a transformação das sociedades fictícias, unipessoais ou dominadas existentes em EIRL. Como é de estranhar que não se preveja a transformação inversa, do EIRL em sociedade comercial, o que pode servir objectivos práticos”; sobre o regime jurídico tributário e insolvencial, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, ob. cit., p. 439-440; CATARINA SERRA, “As novas Sociedades Unipessoais por Quotas”, *SI*, 1997, n.ºs 265/267, p. 124-126.

⁴⁰⁴ Cfr. RICARDO COSTA, “Unipessoalidade Societária”, *IDET, Miscelâneas n.º 1*, Almedina, 2003, p. 50: “...nunca o EIRL teve grande sucesso; nunca o empresário individual deixou de recorrer a testas de ferro para constituir sociedades fictícias”.

⁴⁰⁵ “(...) tendo por instrumento um negócio jurídico unilateral” – RICARDO COSTA, CSC em Comentário, Vol. IV, Almedina, 2012, p. 291; FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *A Sociedade Unipessoal Por Quotas*, Coimbra Editora, 2009, p. 65.

Acrescenta o nº 3 que “a transformação ⁴⁰⁶ prevista no número anterior efectua-se mediante declaração do sócio único na qual manifeste a sua vontade de transformar a sociedade em sociedade unipessoal por quotas, podendo essa declaração constar do próprio documento que títule a cessão de quotas” ⁴⁰⁷.

Se o sócio único não emitir a declaração supra exposta suscita-se o seguinte: por um lado, o sócio único fica sujeito ao regime de responsabilização constante no art. 84º do CSC ⁴⁰⁸; por outro lado, a sociedade fica sujeita ao regime dissolutivo estabelecido no art. 142º do CSC ^{409 410}.

Por sua vez, consagra o art. 270º-F, nº 5 do CSC que o EIRL pode transformar--se, a todo o tempo, em SUQ, bastando para esse efeito uma declaração escrita do interessado. Na medida em que o EIRL não constitui um tipo societário, a doutrina tem entendido o estatuído neste artigo como “a constituição ex novo de uma SUQ em que a transmissão (vulgo trespasse) do EIRL (forma jurídica não personalizada de estruturação da empresa) funciona como acto de realização da entrada do sócio (anterior titular do EIRL)” ⁴¹¹.

⁴⁰⁶ Cfr. Elda Marques, *CSC em Comentário*, Vol. II, Almedina, 2011, p. 478: “A transformação de sociedades opera tão-somente uma alteração da forma jurídica da estrutura societária, mantendo-se os seus elementos pessoal e patrimonial”.

⁴⁰⁷ Cfr. ALBINO MATOS, *Constituição de Sociedades. Teoria e Prática. Formulário*, 5ª Ed., Almedina, 2001, p. 35, nt. 39: “Com perdão do reparo, é deplorável a imprecisão conceitual do legislador, dado que a transformação de sociedades consiste tecnicamente na adopção de um outro tipo de sociedade (art. 130º): (...). Ora, no primeiro caso figurado pelo legislador não há qualquer transformação, a sociedade por quotas como tal se mantém e do mesmo modo a sua condição unipessoal, a ponto de não se ver que interesse haja na tal «transformação», com a predita declaração do sócio único, porventura em escritura autónoma”; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, ob. cit., p. 309; BRITO CORREIA, ob. cit., p. 644. Contra: JORGE PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, 5ª Ed. Revista e actualizada, com a colaboração de Nélson Rocha, Almedina, 2004, p. 540 e nt. 487.

⁴⁰⁸ Cfr. RICARDO COSTA, ob. cit., p. 79.

⁴⁰⁹ Cfr. MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2012, p. 383.

⁴¹⁰ “A grande novidade do CSC consistiu na consolidação da mudança de rumo doutrinal e jurisprudencial quanto à posição adoptada perante a unipessoalidade superveniente. Após a influência de uma forte componente lógico-conceitual, que advogava, num primeiro percurso, a recusa da manutenção da personalidade jurídica de uma sociedade unipessoal (...), e, depois, a sua canalização para o elenco das causas de dissolução ipso iure da sociedade, o CSC recebeu-a numa clara atitude de tolerância, que se tinha sedimentado no virar da segunda metade do século passado”.

⁴¹¹ Cfr. RICARDO COSTA, ob. cit., p. 291; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais, Valores mobiliários e Mercados*, 6ª Ed., Coimbra Editora, 2011, p. 419: “Na transformação de um EIRL em SUQ haverá lugar à constituição de um novo ente jurídico para o qual deverá ser transferido o

Por último, temos os casos de sociedades materialmente unipessoais, isto é, sociedades formalmente constituídas com dois ou mais sócios, mas, “na realidade, só um dos sócios pretende exercer uma actividade económica com o fim de ver serem-lhe atribuídos lucros que se produziram na esfera jurídica da sociedade” ⁴¹². Neste âmbito, a questão central prende-se com o seguinte: as sociedades materialmente unipessoais enquadram-se no âmbito do art. 84º do CSC ou devem ser submetidas à disciplina prevista para a SUQ no nº 4 do art. 270º-F do CSC?

património do estabelecimento, sendo, portanto, a quota do sócio único realizada em espécie com a entrada do estabelecimento que constitui o património do EIRL,...”; JOSÉ MARQUES ESTACA, “Sociedades unipessoais por Quotas. Introdução”, Código das Sociedades Comerciais anotado (Coordenação de A. Menezes Cordeiro), 2ª Ed., Almedina, 2011, p. 778; FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, ob. cit., p. 78-79.

⁴¹² Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O âmbito de aplicação do art. 270º-F, nº 4, do CSC e a responsabilidade “ilimitada” do sócio único”, *DSR*, Outubro 2009, Ano 1, Vol. 2, p. 228.

CAPITULO III

O D.L. N°33/2011, DE 07 DE MARÇO

1. A Inovação imposta face ao Empreendedorismo

A 7 de Março do corrente ano foi publicado o DL 33/2011⁴¹³ que, entre outras medidas, consagrou a livre fixação pelos sócios do capital social no contrato de sociedade nas sociedades por quotas, correspondendo aquele capital à soma das quotas subscritas pelos sócios, com os objetivos de fomentar o empreendedorismo, reduzir os chamados custos de contexto e os encargos administrativos para as empresas e assegurar uma maior transparência nas contas das sociedades.

Na verdade, o estímulo ao empreendedorismo é um objetivo já há muito preconizado pelas instituições comunitárias⁴¹⁴ e tem sido frequentemente associado ao conceito do capital social mínimo como uma barreira à entrada no mercado para pequenas e médias empresas⁴¹⁵ sem que, corresponsivamente, se alcancem benefícios efetivos ao nível da garantia e confiança dos credores sociais. Tal conceção é, aliás, dada como adquirida no preâmbulo do DL que, contudo, tende a identificar a confiança dos credores com a

⁴¹³Vd. DR, 1.ª Série, n.º 46, de 7 de março de 2011, pp. 1309 e ss.

⁴¹⁴Veja-se a Comunicação da Comissão Europeia ao Conselho e ao Parlamento, COM (2003) 284, de 21/05/2003, intitulada *Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward*, que foca os esforços da Comissão na promoção da eficiência e competitividade empresariais.

⁴¹⁵4 Daí que algumas experiências legislativas europeias que têm optado por não impor um capital social mínimo na constituição de uma sociedade surjam precisamente no âmbito de sociedades fechadas como a nossa SQ. É assim na SARL francesa – vd. o art. L223-2 do Code de Commerce; com a UG (haftungsbeschränkt) alemã é possível constituir uma sociedade de responsabilidade limitada com € 1; a BV holandesa, deverá seguir o mesmo caminho em breve, aguardando apenas a aprovação da lei que modificará as exigências de capital social mínimo, seguindo BARNEVELD, Jaap - *Legal capital and creditor protection. Some comparative remarks*. In ZAMAN, D.F.M.M, dir. - *The European Private Company (SPE). A Critical Analysis of the EU Draft Statute*. Antwerpen: Intersentia 2009, p. 81-102; a SPRL starter belga pode ser constituída com um capital social entre € 1 e € 18 500, sendo que é obrigação dos sócios na constituição de uma sociedade privada a redacção de um plano financeiro a ser depositado em notário, que pode fundamentar a sua responsabilização por subcapitalização societária nos três anos seguintes à constituição da sociedade – vd. os arts. 211bis, 214, 215 e 229 do Code des Sociétés ; de igual modo, a proposta da Comissão dos Estatutos da SPE, COM (2008) 396/3 (disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/proposal_en.pdf, preconiza, no seu art. 19.4, o capital social mínimo de um euro.

garantia dos credores; dois conceitos diferentes, cuja prossecução não é necessariamente realizável pelos mesmos meios.

Assim, se mais garantias poderão aportar mais confiança, a confiança dos credores em determinado projeto não dependerá só das garantias que lhe são apresentadas, mas também do valor intrínseco do mesmo, dos recursos que tem à sua disposição e das perspectivas de desenvolvimento que apresenta.

Portanto, o legislador escolheu como objetivo aumentar o empreendedorismo e reduzir as barreiras de entrada de projetos no mercado, fundamentando as medidas que tomou na expectativa de concessão de crédito que qualquer projeto na sua fase inicial terá, no aumento da simplicidade burocrática e na fraca garantia que constitui o capital social mínimo. Tal fundamentação leva-nos a questionar se o fim a que se propõe poderá ou terá já sido alcançado pelos caminhos tomados.

A nossa resposta a esta questão apenas poderá ser negativa pelos motivos e razões que se irão defender nesta tese e que se pretendem, a seu tempo, expor, questionando-os, explicá-los, propondo eventuais alternativas para a situação fraudulenta que esta alteração legislativa veio, no nosso entender, permitir e propiciar.

Com o atual *status quo* legislativo, a sociedade constituída com capital social de apenas um ou dois euros (caso seja uma sociedade unipessoal por quotas ou uma sociedade por quotas⁴¹⁶) nada tem a oferecer aos seus credores: ela é uma pessoa jurídica quase sem património, aquilo a que, em termos jurídico-económicos, podemos denominar por um ente vazio e manifestamente subcapitalizado⁴¹⁷. O seu único meio de captar fundos é através da contração de dívida, uma vez que não dispõe de qualquer ativo juridicamente relevante, seja ele material ou imaterial. Como consequência, o benefício de responsabilidade limitada do qual se pretende usufruir com a constituição de uma sociedade sai contornado pela exigência de garantias pessoais do sócio ou gerente que qualquer credor (*maxime*, um banco) fará, derrotando assim os propósitos de um empreendedor de não ver repercutido o risco da sua iniciativa no seu património

⁴¹⁶Uma vez que o art. 219º, n.º 3 preceitua que os valores nominais das quotas não podem ser inferiores a um euro.

⁴¹⁷Sobre a subcapitalização nominal ou material, vd. RIBEIRO, Maria de Fátima – *A Tutela dos Credores Sociais da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 184 e ss.; VENTURA, Raúl - *Sociedades por Quotas – Volume I*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 77 e ss.; PORTALE, G. B. – “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata. “In COLOMBO, G. E./ PORTALE, G.B., *Trattato delle Società per Azioni*, Volume 1 **, Torino: Utet, 2004, p. 43.

peçoal. O que, conceda-se, não é um panorama muito diverso do anterior a esta modificação.

No mesmo sentido de modernização e redução de custos na formação de empresas, a Espanha, através da Ley 14/2013, de 27 de setembro, criou um subtipo da sociedade de responsabilidade limitada, a que atribuíram o nome de “*sociedad limitada de formación sucesiva (art.4 bis LSC)*”⁴¹⁸, que não exige, também ela, um capital mínimo inicial para a sua constituição. No entanto, tal sociedade tem um regime jurídico próprio e acautelador dotado de uma maior responsabilidade dos sócios, na vida da empresa.

Ora, uma das ideias que inequivocamente subjaz ao Decreto-Lei supra referenciado e em análise, e que ressalta desde logo como criando um grave problema não pensado pelo legislador, é a de promoção de pequenas *start ups*, com apelo ao potencial dos seus criadores e às suas ideias de investimento. Ou seja, o legislador, com a alteração ora veiculada, pretende atrair capital humano qualificado ao comércio. Mas fá-lo à custa de alterações nas regras de capitalização financeira própria da sociedade e abrindo as portas a uma possível maior responsabilização pessoal daqueles que, na verdade, visa atrair – os potenciais sócios com projetos atrativos, que *necessitam prima facie* de poder aportar a sua própria capacidade ao negócio, verdadeira força motriz do mesmo no seu arranque.

Perante este quadro factual, e surgindo desde logo, como motivo de reflexão, deparamo-nos com as estatísticas francesas de constituição de SARL após introdução de medida idêntica à ora introduzida pelo DL 33/2011: apenas 3,866% das sociedades foram posteriormente constituídas com capital social inferior a € 7 500 (o anterior capital social mínimo exigido para a constituição de uma SARL) e apenas 2,44% foram constituídas com capital inferior a € 10⁴¹⁹.

Se outra leitura não fosse possível fazer do acima exposto, bastar-nos-ia dizer que a remoção da exigência mínima legal de capitalização surge fortemente relativizada na sua aplicabilidade. Em Portugal ainda não existem censos que comprovem a sua aplicabilidade e resultados práticos desse empreendedorismo.

Na verdade, embora admitindo que tal remoção seja defensável e pareça atrativa num quadro de estímulo da economia, o que é certo é que por si só não surge como suficiente

⁴¹⁸ Cfr. VEGA VEGA, José António, *Sociedades de Capital*, citado, 2014, pp 29

⁴¹⁹ Cfr. BROCCARD, Emmanuel – “ De l’utilité de constituer une SARL? “In “, 122:4 (2004),p. 826.

nem para atingir o proposto desiderato, nem para assegurar a garantia dos credores, no que avulta a insuficiência clara dos meios para os fins a que o DL se propõe.

2. As Medidas Inovadoras da Alteração Legislativa

De entre as medidas ditas inovadoras do supra referenciado DL, cabe então realçar e destacar, pela sua originalidade e novidade, as seguintes:

2.1. Livre fixação do capital social

Ora, ressalta agora que nas sociedades por quotas o capital social está dividido em quotas e os sócios são solidariamente responsáveis por todas as entradas convencionadas no contrato social, onde se tem de identificar, entre outros elementos obrigatórios, o montante de cada quota de capital e a identificação do respetivo titular, bem como o montante realizado ou a realizar.

No entanto, novidade mesmo é que, para se identificar estes elementos é necessário ter em atenção que, a partir do dia 6 de Abril de 2011, o capital deste tipo de sociedades deixou de ter de respeitar o valor mínimo de € 5.000,00 (cinco mil euros), passando a ser *livremente fixado no contrato de sociedade, correspondendo à soma das quotas subscritas pelos sócios*.

Desta forma, podemos dizer que o preceito legal que estipulava que uma sociedade por quotas não podia ter um capital social inferior aos referidos € 5.000,00 (cinco mil euros), quer no momento da constituição, quer durante a sua vida deixou de existir, tornando a sua omissão questionável a vários níveis, questão esta já debatida e discutida por demais, face às várias teorias que surgiram para a sua explicação. Mas será mesmo assim, não haverá limite de fixação do capital social?

Na verdade, se o legislador quis estabelecer o princípio de livre fixação do capital social, este acabou por não ser concretizado em toda a sua plenitude, uma vez que, em boa verdade, é mantido um limite mínimo para esse capital social.

Dado que, face à nova redação do art. 219º,nº3, as quotas subscritas pelos sócios não podem ter valor nominal inferior a € 1 e que o valor da entrada tem de ser, pelo menos, igual ao valor nominal das participações sociais (art.25º,nº1 e art. 199º, alª b)), isso significa que continua a existir um capital social mínimo legalmente exigido, que corresponderá ao produto da multiplicação de € 1 pelo número de sócios.

No entanto, o que importa realçar, e que é importante ter em conta, é que o *valor mínimo de uma quota* deixou de ser de € 100,00 (cem euros) e passou a ser de €1,00 (*um euro*), o que significa que este deverá ser, correspondendo o capital social de uma sociedade por quotas à soma das quotas subscritas pelos sócios, no mínimo, de € 2,00 (dois euros), para as sociedades por quotas e de € 1,00 (um euro) para as sociedades unipessoais por quotas.

2.2. O Património Social como garante dos credores

Estas alterações vêm no seguimento da ideia assente de não ser o capital social o verdadeiro garante dos credores das sociedades, mas sim o património da sociedade. É este que, segundo alguns autores e o agora legislador, respondia e continua a responder pelas dívidas da sociedade, assumindo o volume de negócios e a situação líquida da sociedade, entre outros, cada vez mais um papel essencial na relação da sociedade com terceiros, o que, diga-se, agora se questiona ainda mais ser possível existir.

Efetivamente, é aqui que se insurgem vários autores questionando a oportunidade desta alteração, tendo em conta que não se pode deixar de notar que a lei vigente ainda contém diversos preceitos que usam o capital social para traçar limites, nomeadamente, no que diz respeito à distribuição de bens aos sócios, à restituição de prestações suplementares, à situação financeira da sociedade que pode implicar a sua dissolução entre outras operações, que terão de ser agora interpretados à luz desta nova realidade de modo a não perderem (algum) sentido na sua existência.

Na verdade, tal como já em capítulo anterior tivemos ocasião de referir, e de acordo com alguns autores,⁴²⁰ *a estipulação de um valor mínimo, levada a efeito sem ter em conta o objeto e a dimensão da sociedade em causa, pode funcionar como uma*

⁴²⁰ 1.COORD. PAULO DE TARSO DOMINGUES E MARIA MIGUEL CARVALHO, *Capital Livre e Ações sem Valor Nominal*, 1ªEdição, Almedina, Lisboa, 2011

restrição, injustificada, à liberdade contratual, impedindo, por exemplo, a criação de sociedades para a exploração de pequenas empresas, que com o desenvolvimento da sua atividade social, poderiam assumir considerável importância económica.

Uma das figuras particularmente em foco nesta primeira década do século XXI tem sido a do capital social⁴²¹, entendido como uma “cifra representativa da soma dos valores nominais de participações sociais, fundadas em entradas em dinheiro e/ou em espécie”⁴²², operando seja através de imposição de um capital social mínimo, seja através de um conjunto de regras associadas a um capital social de referência⁴²³. Importa, brevemente, voltar a reter, tal como já referenciámos anteriormente, que o capital social não se confunde com o património autónomo da sociedade, podendo este, a qualquer altura da vida da sociedade, não encontrar qualquer correspondência com as entradas feitas pelos sócios⁴²⁴. Na confusão entre estes dois conceitos e na representação errónea da figura do capital social como soma das entradas dos sócios (ou do valor destas) radicam algumas das conceções ditas desatualizadas da função do capital social nas sociedades de capitais, em que se enquadra, em parte, a ora intervencionada SQ⁴²⁵.

Tal como já referimos anteriormente, várias funções foram apontadas ao capital social mínimo: de produção⁴²⁶, de organização de equilíbrio interno societário⁴²⁷, de barreira

⁴²¹Muito por força dos ventos que sopram dos EUA: vd. DOMINGUES, Paulo de Tarso – *Variações Sobre o Capital Social*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 78 e ss..

⁴²²Para mais, vd. IDEM, ob. cit. nt. 8, p. 48 ou ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – *Curso de Direito Comercial, volume II – Das Sociedades*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, pág. 66.

⁴²³Veja-se ARMOUR ARMOUR, John – “Legal capital, an outdated concept?”, in *EBOR*, 7:1 (2006), pp 8 e ss. ou EIDENMÜLLER, Horst; GRUNEWALD, Barbara; NOACK, Ulrich - Minimum capital in the system of legal capital. In LUTTER, Marcus, dir., - *Legal Capital in Europe, ECFR*, Volume Especial 1 (2006), p.19, para uma descrição dos tipos de regras de capital social.

⁴²⁴PORTALE, G. B., ob. cit. nt. 6, p. 9 usa a expressão “possível coincidência”. A título de exemplo, nada impede que as ações ou quotas sejam, mesmo na constituição da sociedade, subscritas “acima do par”.

⁴²⁵Sobre a “encruzilhada” do capital social, cfr. DOMINGUES, Paulo de Tarso, ob. cit. nt. 9, pp. 60 e ss..

⁴²⁶Não é encontrada nenhuma evidência que aponte no sentido de que o financiamento através de capital próprio é mais desejável que o financiamento através de contração de dívida, como recorda SCHÖN, Wolfgang – “The future of legal capital”. In *EBOR*, 5:3 (2004), p. 437. Embora, e curiosamente, nota FERRAN, Eilis – “The place for creditor protection on the agenda for modernisation of company Law in the European Union”. In *ECFR*, 3:2 (2006), p. 12, que em situações de crise na sociedade, estudos demonstrem que o remédio frequentemente e maioritariamente seguido pelos sócios é o de aumentar os capitais próprios da mesma.

⁴²⁷Mais recentemente, PAYNE, Jennifer – *Legal capital in the UK following the Companies Act 2006*. University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series. Working paper no. 13/2008. (2008). Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1118367>, p. 2, referiu-se ao papel do capital social no equilíbrio do conflito de interesses entre credores e sócios.

mínima de seriedade a transpor na constituição de uma sociedade⁴²⁸ ou um “preço a pagar” pelo acesso à responsabilidade limitada. Mas a função do capital social mínimo que granjeou mais presença na doutrina⁴²⁹ foi a função de garantia para os terceiros que aquele desempenha⁴³⁰.

2.3. Da Função de Garantia, do Capital Social

Diga-se que a função de garantia encontra-se, fundamentalmente, associada ao princípio da intangibilidade do capital. Segundo este princípio – que se encontra consagrado nas normas relativas à conservação do capital (arts. 31.º e ss CSC), entre as quais se destacam as relativas à sua alteração (arts.85.º e ss CSC) – não se permite a distribuição aos sócios dos bens da sociedade quando o capital próprio deste seja inferior à soma do capital e das reservas, ou se torne inferior a esta soma, como consequência da referida distribuição.

Como tal, esta função de garantia viria a ser consagrada, por exemplo, na chamada Diretiva do Capital⁴³¹, que diz respeito à formação de sociedades abertas (em Portugal, as SA) e à manutenção e alteração do seu capital (art. 1º), fixando a obrigatoriedade de um capital social mínimo (art. 6º), para proteção de acionistas e credores (considerando IV). Ainda assim, e não obstante, tal como já tivemos ocasião de referir anteriormente, é um conceito hoje seriamente colocado em questão, designadamente e sobretudo porque parece não constituir um mecanismo de proteção dos credores adequados⁴³². O capital

⁴²⁸Veja-se, por todos, AMATUCCI, Carlo – “Ancora un capitale per la s.r.l? Sincerità del legislatore tra tutela dei creditori e « rarefazione » dei conferimenti”. In *RS*, 49: 6 (2004), p. 1433 e MIOLA, Massimo – “Legal capital and limited liability companies: the European perspective”. In *ECFR*, 2:4 (2005) p. 421.

⁴²⁹Ao ponto de ser apelidado por vários autores como um “dogma”. Por todos, cfr. TARSO DOMINGUES, Paulo de, ob. cit. nt. 8, p. 66

⁴³⁰P.TARSO DOMINGUES, “ *Do Capital Social...*”,ob.cit.p.138.

⁴³¹Diretiva do Conselho nº 77/91/CEE, de 13 de Dezembro de 76, publicada no JO, nº L 26/1, de 31 de janeiro de 1977.

⁴³²Cfr. VENTURA, Raúl, ob. cit. nt. 6, p. 55 – “O factor real do funcionamento das pequenas sociedades por quotas não é o capital, cuja garantia para os credores é insignificante.” Para mais sobre a relação entre a proteção dos credores e a diversidade de sua natureza, vd. RIBEIRO, Maria de Fátima, ob. cit. nt 6, pp. 168 e ss.; ARMOUR, John, ob. cit. nt. 10, pp. 11 e ss; SCHÖN, Wolfgang, ob. cit. nt. 13, pp. 440 e ss.; MIOLA, Massimo, ob. cit. nt. 15, pp. 472 e ss; ou ainda FERRAN, Eilís, ob. cit, nt. 13, pp. 11 e ss. Os grupos de trabalho SLIM (Simpler Legislation for the Internal Market) e o High Level Group of Company Law Experts, ambos criados pela Comissão, apontaram as consequências adversas da

social não pode ser, simultaneamente, fator produtivo (como tal, tendente a consumir-se) e fator de garantia (portanto, tendente a ser resguardado para quando necessário).

Em consonância, a jurisprudência comunitária⁴³³ acolheu este estado de arte. Os paradigmáticos casos do TJCE revelam-se fulcrais na compreensão do movimento legislativo de alguns países europeus, que parece ter contagiado o nosso legislador. A Diretiva do Capital harmonizou os montantes do capital social mínimo para as sociedades abertas, mas deixou ao legislador nacional a possibilidade de livre fixação do mesmo nas sociedades fechadas. Posteriormente, a jurisprudência do TCJE afirmou que nenhuma restrição em termos de operatividade no comércio podia ser oposta a uma sociedade constituída com apelo a legislação menos exigente no tocante ao capital social mínimo, esbatendo o seu papel, de caminho. E assim, ao abrigo da liberdade de estabelecimento, terá sido aberta a porta para o fenómeno do *law shopping* na UE, porquanto qualquer cidadão passou a poder escolher o ordenamento onde constituir a sua sociedade de acordo com os seus interesses.

Ora, se ainda é cedo para aferir da real extensão do impacto destas decisões (nomeadamente, se terão originado um movimento desregulador semelhante ao ocorrido nos EUA a partir do estado de Delaware), é inegável que foi dado estímulo a uma série de iniciativas legislativas nacionais relativas à desarmonização legislativa das regras de constituição de uma sociedade fechada, tomando por referência a incorporação de uma *private company* no Reino Unido.

Concretizando, é consensual que além de razões de estímulo e eficiência económica, a introdução na Alemanha da *Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)* - *UG (haftungsbeschränkt)*⁴³⁴ visava reforçar a competitividade da sociedade de

manutenção de um sistema baseado em capital legal, aconselhando a adoção de soluções alternativas. Vd. http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf. Para uma súmula das soluções alternativas sugeridas e suas repercussões, feita pela Comissão, vd.

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital/feasibility/markt-position_en.pdf. Esta súmula tem por base o estudo encomendado à auditora KPMG, disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital/feasibility/study_en.pdf.

⁴³³Vd. TJCE, Caso C-212/97 Centros [1999], ECR I – 1459 e ss.; TJCE, Caso C-208/00 Überseeing [2002], ECR I – 9919 e ss. e Caso C-167/01 Inspire Art [2003], ECR I – 10155 e ss. Para mais sobre a desarmonização comunitária e o caminho que estes acórdãos abriram, vd. DOMINGUES – Paulo de Tarso, ob. cit. nt. 8, pp. 138 e ss.

⁴³⁴Através da lei de 23 de outubro de 2008 para a modernização do Direito das Sociedades de Responsabilidade Limitada e para a Luta Contra os Abusos – MoMiG. Com a UG (*haftungsbeschränkt*) passou a ser possível constituir uma sociedade de responsabilidade limitada com € 1, admitindo apenas entradas em dinheiro, gerando-se assim uma mini-GmbH, com regras próprias. Para mais, NOACK,

responsabilidade limitada alemã face à *private limited company* inglesa, tipo societário com fortíssima implantação na Alemanha. Não deixa, contudo, de ser significativo que o Governo português afirme ter-se baseado na MoMiG para publicar este DL⁴³⁵ quando o objetivo da MoMiG era, para além do citado, combater os abusos cometidos no âmbito da GmbH, e tendo para tal, não desmantelado o capital social mínimo do subtipo societário, mas sim e apenas permitido uma maneira diversa de o preencher, mais vocacionada para o lançamento de pequenos negócios, sem comprometer a segurança do regime já constituído.

No seguimento das alterações mencionadas, surge ainda:

2.4. . Das Entradas até final do primeiro exercício económico da sociedade.

Os sócios podem proceder à entrega das suas entradas até ao final do primeiro exercício económico da sociedade.

Assim, o contrato de sociedade continua a ter de identificar, entre outros elementos obrigatórios, o montante de cada quota de capital e a identificação do seu titular, inovando, no entanto, ao não ter de se cingir em mencionar o montante das entradas efetuadas por cada sócio e o montante das entradas diferidas. Com esta alteração, e a partir do dia 6 de Abril de 2011, *o contrato de sociedade terá de descrever qual o valor das entradas realizadas por cada sócio no momento do ato constitutivo ou as que sejam realizadas até ao termo do primeiro exercício económico*, a contar da data do registo definitivo do contrato de sociedade.

Desta forma, duas pessoas que queiram constituir uma sociedade por quotas poderão realizar as suas entradas no momento da constituição da sociedade ou até ao final do primeiro exercício económico, não se procedendo no entanto, neste particular, e para todos os efeitos, à distinção entre entradas em dinheiro e entradas em espécie. Estipula-se apenas que este valor não poderá ser, no entanto, inferior ao valor nominal mínimo da quota fixado por lei, que, como já foi referido é de € 1,00 (um euro) por quota.

Ulrich; BERUSKENS, Michael – “Modernising the German GmbH – mere window dressing or fundamental redesign?” In *EBOR*, 9:1 (2007), pp. 97-124.

⁴³⁵Cfr. as “Perguntas e Respostas sobre a eliminação do capital social mínimo nas sociedades por quotas”, disponíveis em:

http://www.portugal.gov.pt/pt/GC18/Governo/Ministerios/PCM/MP/Documentos/Pages/20101203_MP_Doc_Capital_Sociedades_Quotas.aspx.

Mais inovador ainda, e embora os sócios continuem a ter de declarar, sob sua responsabilidade, que já procederam à entrega das entradas realizadas em dinheiro, nos cofres da sociedade, deixa no entanto, de ser obrigatório o depósito em conta aberta em nome da sociedade junto de uma instituição de crédito.

Por outro lado e no que diz respeito aos sócios que se tenham comprometido, no ato constitutivo, a realizar as suas entradas até ao final do primeiro exercício económico, esta declaração deverá ser feita, igualmente sob sua responsabilidade, na primeira assembleia geral anual da sociedade posterior ao fim de tal prazo.

Não obstante esta alternativa permitida legalmente, que consente a escolha do momento da realização das entradas por cada sócio, continua ainda a prever-se a possibilidade de diferimento das entradas. O contrato social pode assim prever a possibilidade de diferimento das entradas, desde que o valor nominal mínimo da quota legalmente fixado esteja realizado.

2.5. Demais alterações

Paralelamente a estas pequenas, mas contundentes alterações ao Código das Sociedades Comerciais, que veem modificar a maneira de encarar a constituição de uma sociedade por quotas, face à responsabilidade das mesmas por eventuais dividas das sociedades e perante os credores sociais, surgem alterações legislativas a outros diplomas legais, que cabe desde já alertar para a sua existência, nomeadamente e a saber, nos diplomas que regulam o Regime Especial de Constituição Imediata de Sociedades, Empresa na Hora (Decreto-Lei n.º 111/2005 de 8 de Julho), e o Regime Especial de Constituição On-Line de Sociedades (Decreto-Lei n.º 125/2006, de 29 de Junho).

De atentar que o regime previsto no Decreto-Lei n.º 33/2011 foi criado para aplicação imediata a todas as sociedades por quotas, plurais e unipessoais, com exceção das que tivessem regulamentação em leis especiais e das sociedades cuja constituição dependesse de autorização especial.

Na verdade e não obstante o referido diploma ser referente ao processo de constituição de sociedades por quotas, com a sua entrada em vigor a 06 de Abril de 2011, as alterações protagonizadas pelo mesmo incidiram e podiam ter sido aplicáveis às

sociedades existentes à data da entrada em vigor daquele, nomeadamente no que diz respeito a alterações ao pacto social relacionadas com a redução do capital social, assim como com operações de reestruturação societária e de saneamento financeiro.

Assim, se quiséssemos sumarizar o conteúdo legislativo das alterações levadas a cabo, poderíamos dizer que o diploma citado procedeu a modificações respeitantes à possibilidade de diferimento das entradas (arts. 26º,199º,202º e 203º) e ao seu eventual incumprimento (arts.204º,nº 3 e 205º), ao valor mínimo da quota (arts.219º,nº3 e 238º) e ainda às normas que previam o depósito das entradas em dinheiro em contas bancárias e regulavam a movimentação das mesmas antes do registo da sociedade (art.202º,nºs 3 e 5).

Tal é, atualmente, o panorama societário com que nos deparamos, no que diz respeito à constituição das sociedades por quotas, contudo, o mesmo não se encontra desprovido de polémica com explicações e estudos exaustivos, alguns contraditórios entre si, mas todos eles visando interpretar a ideia do legislador.

Mais do que aceitar, cabe questionar e só depois concluir, para por fim poder optar.

PARTE II

CAPITULO I

A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Pessoas Coletivas

1. Enquadramento Dogmático

A “doutrina da desconsideração” fornece uma justificação dogmática para a suspensão dos efeitos da personalidade jurídica de entes colectivos. Portanto, para se compreender a lógica operativa de uma tal doutrina é preciso começar por compreender o próprio instituto da personalidade colectiva. Por aí começamos.

A personalidade jurídica define-se como a susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, é reconhecida pelo Direito a toda a pessoa humana, designando-se, então, personalidade singular, e também a organizações de pessoas e/ou bens, designando-se, neste caso, personalidade colectiva. Portanto, quando falamos em personalidade colectiva estamos a falar da personalidade jurídica das pessoas colectivas.

O instituto da personalidade jurídica, enquanto modo de imputação de direitos e obrigações, começou por surgir no seio do Direito como algo intrínseco à pessoa humana. Porém, já na primeira metade do séc. XIII, os canonistas, face à necessidade de resolverem certos problemas eclesiásticos, verificaram a existência de entes representativos de interesses de grupos de pessoas que não se confundiam com os seus membros – as universitates, cujo estudo sistemático encontrou o seu ponto alto com SINIBALDO DEI FIESCHI, mais tarde INOCÊNCIO IV (papa), que veio apontar como sujeito de direitos não a pessoa natural ligada à universitate, mas a própria universitate, como pessoa fictícia⁴³⁶.

⁴³⁶ Cf CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento...ob.cit.* pág. 29

Desde então foi-se desenvolvendo o estudo da natureza das universitates, que decorreu ao longo de seis séculos, durante os quais se foi “burilando” o conceito de pessoa jurídica (pessoa colectiva, na terminologia portuguesa actual). No entanto, só no séc. XIX, pela pena de SAVIGNY, o conceito de pessoa jurídica ganhou o seu lugar na Ciência do Direito, como categoria genérica da Parte Geral do Direito Civil⁴³⁷, enquanto entidade juridicamente ficcionada.

Em Portugal, já em 1867 o Código Civil Português (Código de Seabra) consagrava um regime para a figura das “pessoas morais” por contraposição às pessoas físicas. O estudo da natureza da pessoa colectiva deu lugar ao surgimento de várias teorias, a partir do séc. XIX, como a “Teoria da Ficção”, a “Teoria do Organicismo”, ou a “Teoria do Realismo Jurídico”. Não faltaram, também, as “Teorias Negativistas” para quem o instituto da personalidade jurídica era aplicável apenas às pessoas físicas, únicas dotadas de vontade própria e capazes de se determinarem por normas jurídicas.

Na actualidade a discussão esmoreceu, tendo-se concluído que todas as teorias à volta do instituto da personalidade colectiva apresentam falhas explicativas quando aplicadas às realidades da vida conformadas pelo Direito positivo.

A principal dificuldade que tem arrastado a discussão à volta da personalidade colectiva deriva do facto de as teorias tradicionais tratarem a figura como algo absoluto, enquanto o Direito positivo se revela fértil em relativizar o conceito, criando verdadeiras “personalidades parcelares”, sobretudo no âmbito das sociedades comerciais, como é o caso da incidência de deveres legais sobre sociedades ainda em formação^{438 439}. Portanto, hoje, o conceito de personalidade colectiva é havido como um dado adquirido para a Ciência do Direito. Não como um conceito enformado por considerações ético-jurídicas ou baseado em substratos metajurídicos, mas como um expediente através do qual a ordem jurídica atribui a muitas organizações de carácter institucional, fundacional ou societária, a qualidade de sujeitos de direito, como centros de imputação de normas jurídicas⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Cf CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento...* ob.cit pág. 40

⁴³⁸ IDEM, *ibidem* p. 67-70

⁴³⁹ Cf ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial, Vol. II, das Sociedades*, 2010. ob.cit, pág. 163 e ss.

⁴⁴⁰ Cf ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial, Vol. II, ...ob.cit* pág.164

A personificação das sociedades comerciais tem como implicações a separação de patrimónios entre a sociedade e os seus membros, bem como a limitação da responsabilidade dos sócios (por ex., das sociedades por quotas e anónimas). Assim, a sociedade responde perante os seus credores com o seu património próprio ficando os sócios libertos dessa responsabilidade, para quem as obrigações da sociedade são obrigações de outrem.

2. Breves Considerações gerais

A atribuição de personalidade jurídica às sociedades comerciais, seja qual for a sua natureza no plano dogmático, foi um desenvolvimento teleológico que a ordem jurídica encontrou para aprimorar o estatuto autónomo das empresas na sociedade de economia capitalista. Esta criação de uma personalidade jurídica própria para a empresa, enquanto ente fundamental de representação de associação de interesses predominantemente coletivos, permitiu uma separação da esfera do indivíduo ou do grupo de indivíduos, constituintes da génese da empresa. Subsistia, todavia, um obstáculo central de aversão ao risco, dado que a autonomia patrimonial não era absoluta, respondendo os sócios muitas vezes com o seu património pessoal por obrigações da sociedade.

Os Estados, por reconhecerem nas empresas o financiador direto da sua atividade, ou seja, o seu capital próprio, em contraste com as alternativas imperfeitas de contração de dívida ou política monetária, decidiram criar um estímulo verdadeiramente disruptivo para o indivíduo poder externalizar o risco e ter uma verdadeira atração por constituir empresas.

O método encontrado para aperfeiçoar a autonomia patrimonial e negocial de uma sociedade dotada de personalidade jurídica própria, tornando então perfeita a separação subjetiva entre a pessoa do sócio e da sociedade empresária, foi a limitação da responsabilidade dos seus sócios, como aliás, temos vindo a falar ao longo deste trabalho.

Neste sentido, a limitação da responsabilidade social ao capital investido tornou-se a questão do dia nas economias modernas, na medida em que, segundo alguns autores e legisladores, desempenha o papel fulcral de incentivo ao empreendedorismo, mitigando o risco e tornando parcialmente controlável o insucesso de uma atividade comercial.

Contudo, ao contrário das pessoas físicas, as sociedades empresariais ainda que sejam dotadas de autonomia patrimonial e pessoal, carecem da atuação de pessoas singulares para determinar as suas ações e seus fins. Surge então, a problemática da instrumentalização das sociedades comerciais para fins estranhos ao seu objeto social. Pois, *los socios podrán valerse de la sociedad para eludir el cumplimiento de las leyes, para desligarse de las obligaciones contraídas con terceros y, en general, para defraudar los intereses de éstos. La posibilidad de juzgar al mismo tiempo con la propia personalidad (la del socio) y la de la sociedad abre un horizonte ilimitado a toda clase de abusos*⁴⁴¹. O custo desta instrumentalização pode atingir terceiros e a sociedade como um todo, pois do desvio de finalidade do ente societário, criado para benefício do investidor, podem resultar sacrifícios graves decorrentes de esquemas de fraude ou abuso de direito.

3. A Desconsideração nas Sociedades de Responsabilidade Limitada

O tema assume importância fulcral diante de sociedades de responsabilidade limitada, nas quais via de regra, os sócios não respondem por prejuízos causados a terceiros, quando o valor daqueles ultrapasse o capital social da pessoa jurídica através da qual os sócios agiram. O impacto positivo da exteriorização do risco enquanto incentivador de circulação de capitais e investimento, deve ser equilibrado com a não perda de valor para a sociedade como um todo, em função do desgaste da garantia da segurança no ambiente negocial e da efetiva assunção do prejuízo por stake-holders alheios ao desenvolvimento do negócio, que o instrumento da fraude e abuso de direito que esta limitação de responsabilidade pode permitir. Nesta seara, a fim de coibir o desvio de finalidade, ou a instrumentalização da limitação de responsabilidade para fins ilícitos, surge a figura da desconsideração da personalidade jurídica. Este recurso é uma resposta que tem vindo a ser alvo de aperfeiçoamento, dado ser essencial para regular o interesse de empresas e credores: *“There remains general agreement that corporate law should directly regulate some aspects of the relationship between a business corporation and*

⁴⁴¹RODA, Carmen Boldó – *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en le Derecho Privado Español*, 2000, ob.cit. pág 43.

its creditors. Conspicuous examples include rules governing veil-piercing and limits on the distribution of dividends in the presence of inadequate capital”⁴⁴².

É certo que vivemos tempos de dificuldades económicas, às quais o tecido empresarial português se encontra particularmente exposto. As insolvências são em número galopante e as demais situações de crise ao nível das empresas, em especial no que concerne às dificuldades de acesso ao crédito, fazem-se sentir. Encontrando-se as sociedades comerciais particularmente fragilizadas, julgamos que haverá crescentes pressões no sentido de, caso tal se mostre necessário para fazer valer eventuais direitos, se procurar atacar a posição dos respectivos sócios. Daí a pertinência que descortinamos em analisar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica de sociedades de responsabilidade limitada, por verificarmos a inaplicabilidade do mesmo, face à alteração legislativa na constituição das sociedades por quotas. Há ainda que deixar uma nota quanto à terminologia adoptada para designar o objecto de estudo, o que, de certa forma, parece ser já uma praxe quando se aborda a matéria⁴⁴³. Menezes Cordeiro apresenta objecções à expressão “desconsideração” da personalidade jurídica, preferindo empregar a expressão “levantamento da personalidade colectiva”. Para o referido Autor, esta seria preferível pois o termo “desconsideração”, além de pouco elegante aproximar-se-ia da terminologia anglo-saxónica. Já a tradução da expressão alemã Durchgriff – “penetração” – seria igualmente de abandonar por deselegante. Ao invés, para Coutinho de Abreu, o termo “levantamento” seria mais susceptível de levar a piadas de caserna. De todas as formas, como refere Menezes Cordeiro⁴⁴⁴, o essencial seria fazer proceder a uma certa contabilização e utilizar a expressão que se viesse a consagrar. Assim, face à opção mais generalizada nas publicações que conhecemos, optamos pela expressão “desconsideração da personalidade jurídica”.

As sociedades comerciais, ainda que sejam sujeitos autónomos de direito, separadas efetivamente da pessoa do sócio e dotadas de direitos e obrigações próprias, não vivem sozinhas. São, antes de mais, fruto da vontade e da gestão dos sócios. Com efeito, tendo em vista o sentido-função da personalidade jurídica, cabe aos sócios agir em serviço dos interesses da sociedade. Todavia, a realidade é muito mais complexa e perversa do que

⁴⁴² HENRY HANSMANN e REINIER KRAAKMAN – *The End Of History For Corporate Law*, Harvard Law School Cambridge, 2000, 10 Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center

⁴⁴³ CORDEIRO, A.M. (2000), pág. 102 e 103; Abreu, J.M.C.de (2007), pág. 176.

⁴⁴⁴ CORDEIRO A.M. (2004), ob.cit.pág. 356.

este cenário ideal e, não raras vezes, os sócios, capturando vantagem da armadura societária para descumprir a lei e obrigações, defraudam interesses de terceiros. Pois, a legitimidade de agir, com a sua própria personalidade, em nome da sociedade, pode gerar efeitos perversos, através da abertura a um leque de possibilidades de abusos por parte do sócio⁴⁴⁵.

Estes efeitos perversos, vêm acompanhados da falta de capacidade superveniente da sociedade comercial de arcar com os seus compromissos, dado que os sócios, aproveitando-se do fato de que só a empresa pode arcar com suas obrigações, tornam-na incapaz de o fazer. Com efeito, o prejuízo desta manobra recai sobre terceiros e assim surge a problemática da responsabilização pelo ato danoso, para a tutela dos credores, que acabam por ser exageradamente onerados por esquemas de fraude que possam advir destas sociedades.

É natural que o prejuízo decorrente de um insucesso comercial recaia sobre a sociedade em geral, pois isto é uma externalidade assumida pelo Estado para que se possa beneficiar de todos os impactos positivos que as empresas geram enquanto financiadoras diretas da economia. Ou seja, da mesma forma que quando uma empresa gera riqueza para uma sociedade em decorrência da sua atividade, há um benefício geral dos *stake-holders*; quando a atividade corre menos bem, desde que não haja culpa no procedimento e que este não seja contrário à lei e ao contrato, não se vislumbra razão para que o prejuízo recaia somente sobre os sócios. Afinal, incompetência não é crime. Diversamente, quando o insucesso da sociedade comercial é provocado, através de manipulações do instituto da personalidade jurídica e da limitação de responsabilidade, em que a sociedade é utilizada para fins estranhos aos que inspiraram a criação deste sistema jurídico, extrapolando o objetivo para o qual foi criada, aparece a figura da crise da função societária⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵Acerca das manipulações através da figura societária: CARMÉN BOLDÓ RODA – Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español, 3ª ed., Navarra, 2000, 43.

⁴⁴⁶Expressão retirada de: OLIVEIRA, Jose Lamartine Correa de, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979, 262. Ademais, como bem define Coutinho de Abreu, não é permitida “a utilização da sociedade como instrumento de inflicção de danos aos credores”: J. M. COUTINHO DE ABREU – *Curso de Direito Comercial ...ob.cit*, pág. 181.

Dado que no Direito Comercial a *prudentia* deve ser preferida à *scientia*, através da busca pela justiça, justeza e adequação prática, em detrimento da teorização absoluta⁴⁴⁷, para evitar que a sociedade fosse utilizada para objetivos imorais ou antijurídicos, a doutrina e a jurisprudência criaram mecanismos de defesa, nomeadamente, através da desconsideração da personalidade jurídica, por meio da penetração na autonomia da pessoa coletiva, em casos como estes⁴⁴⁸.

A utilização desta figura destina-se, portanto, a salvaguardar os interesses dos credores e da sociedade, e não dos sócios ou do próprio veículo societário. Isto significa que este instituto nada tem a ver com a responsabilidade dos administradores, sendo este outro recurso jurídico, diverso daquele. Para que seja ativada, a desconsideração da personalidade jurídica, pressupõe a insuficiência patrimonial do ente societário e deve ter requisitos fortes, sob pena de anulação do fundamento existencial das sociedades de responsabilidade limitada. Assim, é preciso tratar a figura da desconsideração como aquilo que é: uma exceção⁴⁴⁹. Estes requisitos são traçados pela doutrina, lei e jurisprudência e diferem de acordo com a realidade de cada país, pelo que, importa-nos agora verificar qual a origem e regras gerais de aplicação do instituto, para então, analisar as especificidades desta figura não só no regime Português, mas também em outros países onde o mesmo tem assento e aplicabilidade.

Através deste instituto, de criação jurisprudencial e aperfeiçoamento doutrinário, na busca da justiça, torna-se possível, em casos de comprovação do abuso da personalidade jurídica para a obtenção de interesses estranhos ao fim social da empresa, atingir as pessoas dos sócios que instrumentalizaram a sociedade comercial e os esquemas de fraude incorridos. Diante do exposto, a nossa proposta é desenvolver uma análise panorâmica do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em Portugal, aproveitando para referenciar o que em termos de Direito Comparado se afigura existir

⁴⁴⁷ Acerca da melhor forma de desenvolvimento da autonomia metódica do Direito Comercial: PEDRO PAIS DE VASCONCELOS – *Direito Comercial*, Vol. I, Coimbra, 2001, pág- 30-31.

⁴⁴⁸ Acerca do desvio de finalidade na utilização da personalidade jurídica: JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA – *A Dupla Crise* ..ob..cit, pág. 262.

⁴⁴⁹ Ou seja: “a aplicação da teoria da desconsideração não importa a dissolução ou anulação da sociedade. Apenas no caso específico, em que a autonomia patrimonial foi fraudulentamente utilizada, ela não é levada em conta, é desconsiderada, o que significa a suspensão episódica da eficácia do ato de constituição da sociedade, e não o desfazimento ou a invalidação deste ato. (...) A partir da teoria da desconsideração podem-se reprimir as fraudes e os atos abusivos”: F. ULHOA COELHO – *Curso de Direito Comercial*..ob.cit, 2000, pág. 42.

sobre a matéria em causa. Com efeito, o recurso ao levantamento da personalidade só faz sentido se estivermos diante de uma sociedade de responsabilidade limitada.

A nossa metodologia para desenvolvimento deste tema, passa então pela caracterização do instituto da personalidade jurídica, para verificarmos qual a sua função na estrutura societária. Em um segundo momento, cumpre-nos oferecer uma breve visão global acerca do funcionamento das sociedades por quotas, sempre em uma perspectiva comparada, especialmente no que diz respeito às regras de limitação de responsabilidade. Por fim, faremos o apanhado geral acerca da teoria da desconsideração da personalidade, para verificar qual tem sido a aplicação pelo legislador, pela doutrina e principalmente pela jurisprudência dos referidos países, para então, em jeito de análise crítica conclusiva, verificar se o recurso à desconsideração tem sido utilizado de uma maneira correta a fim de aperfeiçoar o princípio da autonomia patrimonial entre entes, evitando assim o desvirtuamento do instituto; ou se ao contrário, sua aplicação tem redundado na anulação da personalidade jurídica e suas valências. Finalmente, cumpre esclarecer que para o instituto do qual tratamos, em Portugal utilizamos via de regra o termo desconsideração da personalidade jurídica; no Brasil é usual utilizar o mesmotermo idêntico ao de Portugal, ou ainda levantamento da personalidade coletiva, levantamento do véu, ou penetração na estrutura societária. Na doutrina estrangeira fala-se em: Superamento della Personalità Giuridica, Levantamiento del Velo, Durchgriff durch die Juristische Person, Piercing the Veil of Corporate Entity, Disregard of Legal Entity ou simplesmente Disregard Doctrine. Nesta base, usaremos os termos como sinónimo, pois é o que são.

4. Casos típicos⁴⁵⁰ de recurso à Desconsideração da Personalidade Jurídica

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica desenvolveu-se inicialmente no ambiente jurídico norte-americano, tendo posteriormente sido trabalhado no âmbito alemão e conheceu a sua receção em Portugal, por via do labor doutrinário⁴⁵¹, sem que, no entanto, quaisquer trabalhos de fundo sobre o tema tivessem sido empreendidos. Em 1989, Pedro Cordeiro referia precisamente a inexistência de qualquer obra que abordasse especificamente a problemática da desconsideração⁴⁵². De então para cá, para além da publicação de trabalhos já dedicados ao tema, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi também já recebido pela jurisprudência portuguesa. Entre nós este é, portanto, e como já tivemos ocasião de referir, um «mecanismo de criação doutrinária e jurisprudencial [que] não se encontra previsto ou regulado pelo direito positivo»^{453, 454}.

Destes trabalhos, é já claro que o recurso ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica só deve ocorrer se as pretensões que se pretendem satisfazer com a aplicação do mesmo não puderem ser satisfeitas através do recurso a institutos

⁴⁵⁰Típicos porque estudados e caracterizados pela “doutrina da desconsideração”. Por vezes, o legislador adopta, em certas situações, soluções que ignoram a presença da personalidade colectiva, pelas mais diversas razões, nem sempre justificadas pelo abuso da personalidade colectiva, e que poderíamos qualificar de “soluções desconsiderantes”, mas que não interessam à “doutrina da desconsideração”, precisamente, porque se trata de soluções com assento legal, e esta doutrina, como se sabe, apenas se preocupa com situações que reclamam também “soluções desconsiderantes”, justificadas, sempre, pelo abuso da personalidade colectiva, mas que a lei não contempla, cabendo, pois a esta doutrina a missão de justificar dogmaticamente a aplicação de “soluções desconsiderantes” nas situações por si estudadas, que, assim, constituirão “soluções paeter legem”. Poderíamos apontar como exemplos de “soluções desconsiderantes” adoptadas pelo legislador português: a tributação dos sócios das sociedades “transparentes” (artigo 6º do CIRC), a tributação dos sócios das sociedades-base (artigo 66º do CIRC), a tributação do sócio que passa a deter, pelo menos, 75% do capital social de uma sociedade por quotas proprietária de bens imóveis (artigo 2º/ nº 2- alínea d) do CIMT), a responsabilidade da sociedade com domínio total nos grupos de sociedades (artigo 491º do CSC), a mesma responsabilidade da sociedade directora pelas obrigações da sociedade subordinada (artigo 501º do CSC), a responsabilidade do sócio único (artigos 84º e 270º-F do CSC)

⁴⁵¹ CORDEIRO, A.M. (2004), ob.cit. pág.. 357 a 361.

⁴⁵² CORDEIRO, P. (2008), ob.cit.pág. 37. Apesar desta edição ter saído do prelo em 2008, ela corresponde a um dissertação de mestrado discutida em 1989.

⁴⁵³ RIBEIRO, M.deF. (2012), ob.cit. pág. 515.

⁴⁵⁴ Refira-se, a título de exemplo de como o instituto pode ser objecto de consagração legal, o caso brasileiro. Neste ordenamento, desde 1990 que o Código de Defesa do Consumidor consagra a desconsideração da personalidade jurídica. Esta tradição foi depois continuada com a publicação da Lei da Defesa da Concorrência e, mais recentemente, no próprio novo Código Civil de 2002. Vide Frazão, A. (2012), p. 486 a 488.

jurídicos legalmente consagrados. Verifica-se, pois, uma subsidiariedade na aplicação do instituto⁴⁵⁵.

Vista a referida característica de subsidiariedade, tem-se igualmente considerado que a desconsideração da personalidade jurídica apenas pode ter lugar dentro de um determinado leque de casos típicos.

A “doutrina da desconsideração” não assenta em meras hipóteses académicas, puramente teóricas, mas sim, em casos reais e concretos de abuso da personalidade coletiva, submetidos a julgamento nos tribunais. Foi a partir desses casos concretos que esta doutrina se desenvolveu, procedendo à sua sistematização e agrupamento em “constelações” de casos que servem de referência ao julgador sempre que for chamado a levantar o “véu” societário para a resolução do caso concreto. Estes casos são agrupados pela doutrina em duas grandes “famílias”: Os “casos de imputação” e os “casos de responsabilidade”.

Os “casos de imputação” não têm interesse para o objeto do nosso estudo. Os “casos de responsabilidade” são aqueles em que certos comportamentos contrários à boa fé e à ética dos negócios, atentatórios dos direitos dos credores em benefício dos sócios, são, por estes, adotados, numa atitude menos escrupulosa, porque se sentem confiantes na impunidade “oferecida” pela personalidade coletiva. Neste tipo de casos, como já é do nosso conhecimento, quando o tribunal procede à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, vai, por essa via, impedir os sócios abusadores de invocar, em seu benefício, a autonomia patrimonial e a limitação da responsabilidade, o que permite responsabilizá-los pessoal e ilimitadamente, pelas dívidas sociais.

Tomando por referência a doutrina nacional, mencionam-se os seguintes “casos de responsabilidade”, apontados como casos-padrão em que se justifica a adoção do mecanismo da “desconsideração”:

- i. A confusão de esferas jurídicas e mistura de patrimónios
- ii. A subcapitalização material
- iii. A descapitalização provocada pelos sócios
- iv. O domínio qualificado de sociedades coligadas.

Vejamos:

⁴⁵⁵ RIBEIRO, M.deF. (2012), ob.cit.pág. 519.

i. Confusão de esferas jurídicas/mistura de patrimónios

Diz-se que existe confusão de esferas jurídicas e mistura de patrimónios quando os sócios agem como se não existisse separação entre o seu património pessoal e o património da sociedade. Tal confusão detecta-se quando, mercê da inobservância de certas regras societárias, nomeadamente contabilísticas, não fique clara, na prática, a separação entre o património da sociedade e o património dos sócios. É o que ocorre quando o sócio utiliza contas bancárias da sociedade para fins pessoais, ou paga despesas da sociedade através de contas pessoais; contribui, maliciosamente, para dificultar a identificação dos bens que são propriedade da sociedade e dos bens propriedade sua, levando os credores a confiar na solvabilidade da sociedade ou exercendo uma atividade em nome individual, em tudo semelhante à atividade desenvolvida pela sociedade, utilizando as mesmas instalações, utilizando os trabalhadores ora na empresa individual ora na sociedade.

A confusão de esferas jurídicas e mistura de patrimónios pode fundamentar uma responsabilidade, precisamente, porque se traduz na violação da obrigação de zelar pela identificação e conservação do património social e porque impede o escrupuloso cumprimento das normas que regem a conservação do capital social. A falta de transparência nestes casos funciona, normalmente, em benefício dos sócios prevaricadores e em prejuízo dos credores da sociedade. Por isso, no caso de incumprimento da sociedade não é lícito aos sócios, porque isso seria contrário à boa fé, invocar perante os credores o benefício da personalidade coletiva. Uma tal invocação constituiria, portanto, um abuso desse instituto jurídico.

Maria de Fátima Ribeiro⁴⁵⁶ considera que a resolução deste tipo de problemas não deve passar pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, porquanto, em seu entender, não se pode “desconsiderar” o que já fora “desconsiderado” antes pela atuação dos sócios. Pelo que:

“...se a autonomia patrimonial e a personalidade [...] já estão “desconsideradas” ou “levantadas”, a solução deve, quando muito, passar pelo reconhecimento jurídico dessa situação, com [...] todas as consequências”.

⁴⁵⁶ Cf RIBEIRO, Maria de Fátima – *A Tutela dos Credores...*ob.cit. pág. 264-266

Este raciocínio parece não ter utilidade prática. Bem vistas as coisas, será indiferente que a “desconsideração” tenha sido “decretada” pelo tribunal, ou tenha sido criada por ação dos sócios, limitando-se o tribunal a reconhecê-la. O resultado será o mesmo – uma sentença do juiz a reconhecer a necessidade de proteção dos credores prejudicados pela confusão de esferas jurídicas e mistura de patrimónios.

ii. Subcapitalização material

Diz-se que uma sociedade se encontra subcapitalizada quando exista uma desproporção entre a dimensão da atividade económica desenvolvida e o capital próprio da mesma (capital social e reservas) necessário ao desenvolvimento daquela atividade de forma a salvaguardar a liquidez da sociedade. A subcapitalização pode ser originária ou superveniente. Será originária se a sociedade for constituída com uma insuficiência de capitais em face das necessidades da atividade que os seus fundadores se propõem prosseguir. Será superveniente se a insuficiência de capitais ocorrer posteriormente á constituição da sociedade, devido a perdas graves ou a uma ampliação da atividade desenvolvida. A distinção entre subcapitalização originária e superveniente interessa para determinar que sócios deverão ser responsabilizados se essa subcapitalização for considerada abusiva. Na subcapitalização originária, serão responsabilizados os sócios fundadores, na subcapitalização superveniente serão responsabilizados os sócios controladores, ou seja, aqueles que dispõem de poder de voto para deliberar um aumento de capital ou a dissolução da sociedade.

A subcapitalização pode, ainda, ser nominal ou material. Será nominal no caso de a insuficiência de capitais ser meramente contabilística. Será o caso se essa insuficiência tiver sido suprida com capitais alheios, dos sócios (suprimentos) ou de terceiros (empréstimos). Será material se essa insuficiência não for suprida por qualquer forma (aumento de capital ou capitais alheios, ainda que assegurados pelos sócios através de garantias pessoais). A distinção entre subcapitalização nominal e material também é relevante. Em princípio, a subcapitalização nominal não gera situações de risco acrescido de liquidez, porquanto a sociedade dispõe dos capitais necessários ao desenvolvimento da sua atividade económica, estando, assim, capacitada para gerar lucros. Já a subcapitalização material poderá justificar a invocação da “doutrina da

desconsideração” se ela for considerada abusiva.⁴⁵⁷, e sê-lo-á se for evidente e facilmente reconhecida pelos sócios e estes nada fizerem para a suprirem.

Maria de Fátima Ribeiro⁴⁵⁸ entende que o problema da subcapitalização material não deve ser resolvido com recurso a “soluções desconsiderantes”, mas sim no âmbito da responsabilidade interna, dirigida contra os administradores (de direito e de facto) com fundamento em gestão culposa, diretamente a favor da sociedade (indiretamente a favor dos credores). A autora considera que o problema da subcapitalização deve ser reformulado, passando, antes, a ser tratado como um problema de gestão com desrespeito pelos limites permitidos pelos meios disponíveis e não como um problema de inadequação do capital necessário à prossecução da actividade desenvolvida pela sociedade.

Já para Coutinho de Abreu⁴⁵⁹, a responsabilidade dos sócios (pela subcapitalização) deve ser para com os credores (responsabilidade externa) e não para com a sociedade, afastando, no entanto da possibilidade de beneficiarem da “doutrina da desconsideração” os designados credores “fortes” (grandes fornecedores e financiadores) porque, em geral, são conhecedores da situação de subcapitalização ou assumem os riscos com carácter especulativo, cabendo-lhes a opção de não contratar ou exigir garantias de um ou vários sócios.

O enquadramento da “subcapitalização material” na esfera da responsabilidade externa confere maior proteção ao credor lesado, pelo que parece preferível.

iii.Descapitalização provocada

Importa, antes de mais, precisar o conceito de “descapitalização”. O termo “descapitalização” tem vindo a ser utilizado com sentidos diversos, consoante o

⁴⁵⁷ Em Portugal, com a alteração introduzida no artigo 201º do CSC pelo DL nº 33/2011, de 7/Março, o capital social das sociedades por quotas passou a ser fixado livremente +pelos sócios, no contrato de sociedade, deixando, por isso de haver capital mínimo obrigatório.

⁴⁵⁸ Cf RIBEIRO, Maria de Fátima. – *A Tutela dos Credores...*ob. cit. pág. 215

⁴⁵⁹ Cf ABREU, Jorge M. Coutinho de, “Diálogos com a Jurisprudência II, Responsabilidade dos Administradores para com os Credores Sociais e Desconsideração da Personalidade Jurídica”, *in Direito das Sociedades em Revista*, 2010, Ano 2, Vol. 3, p.49-64. com referências à doutrina nacional e estrangeira.

contexto. Diz-se “descapitalização dos recursos humanos”, “descapitalização do ensino”, “descapitalização do país” ou “descapitalização das empresas”, etc. Seja qual for o contexto em que o termo “descapitalização” seja utilizado, existe uma ideia sempre presente que é a ideia de “empobrecimento”. No caso da “descapitalização das empresas”, que é o que aqui nos interessa, trata-se, portanto de um empobrecimento provocado pela diminuição ou perda do capital social. O capital social de uma sociedade é formado pelas contribuições iniciais dos sócios necessárias à constituição da sociedade, corrigidas com eventuais aumentos ou reduções, entretanto ocorridas. O capital social figura no balanço na rubrica “capitais próprios” onde se incluem, outras componentes, como as reservas (legais, voluntárias e estatutárias) os resultados transitados (prejuízos ou lucros não distribuídos, de exercícios anteriores) e o resultado líquido do exercício (prejuízo ou lucro do período). Portanto, levar ao balanço os resultados significa fazer aumentar ou diminuir o “capital próprio” à custa de lucros não distribuídos ou prejuízos acumulados.

O “capital próprio” constitui uma componente do balanço, juntamente com o “activo” e o “passivo”, com os quais se encontra intrinsecamente relacionado, de tal forma que qualquer variação no activo ou no passivo se reflecte directa e imediatamente no valor do “capital próprio”. Assim, o equilíbrio do balanço permite estabelecer as seguintes relações: $A = CP + P$ ou $CP = A - P$ Ora, é precisamente esta última relação, em que o “capital próprio” é igual à diferença entre o ativo e o passivo que a estrutura conceptual do Sistema Nacional de Contabilidade utiliza para definir o capital próprio” como [...] “o interesse residual nos ativos da empresa depois de deduzir todos os seus passivos”⁴⁶⁰. Daí, poder definir-se, também, o “capital próprio”, como o património líquido da empresa ou o valor contabilístico da empresa.

Quando a sociedade inicia a sua atividade, o seu “capital próprio” é igual ao seu “capital social” que, a partir de então, vai sofrendo variações, que, tanto podem ser positivas como negativas, umas refletidas no resultado líquido do exercício (ganhos/perdas) e outras não, embora influenciem os capitais próprios. Na maioria dos casos em que o “capital próprio” é afectado negativamente, redundando numa perda do capital social, isso deve-se a resultados líquidos negativos. Quando as variações no activo e/ou no passivo levam à diminuição do valor do “capital próprio”, podendo este ficar abaixo do

⁴⁶⁰ Cf Estrutura Conceptual do Sistema de Normalização Contabilística, Aviso nº 15 652/2009, in DR, 2ª Série, nº 173, de 7 de Setembro de 2009, p. 3 627

valor do capital social, ou, mesmo, ser negativo ou nulo, diz-se que a sociedade está descapitalizada.

Quando a descapitalização atinja, pelo menos, metade do capital social, entendendo-se como tal, quando o capital próprio for igual ou inferior a 50% do capital social, o artigo 35º do CSC impõe aos sócios/acionistas a adoção das medidas que repute convenientes para ultrapassar a situação de descapitalização, designadamente, dissolvendo a sociedade, reduzindo o capital social ou reforçando-o. Portanto, a perda grave do capital social (descapitalização) não é, atualmente, (deixou de ser) fundamento para a dissolução judicial da sociedade, a pedido de qualquer credor, por ser entendimento do legislador que a descapitalização societária prejudica, essencialmente, os sócios (modelo germânico)⁴⁶¹. Quando muito, o credor dispõe apenas do direito à informação sobre a situação de descapitalização, a concretizar através da publicitação prevista no artigo 171º/nº 2 do CSC.

Deste modo, em face do Direito societário português, a descapitalização societária não constitui fundamento para responsabilização. Teremos, portanto, de nos virar para as causas dessa descapitalização. Se ela resultar de causas fortuitas, não deverá constituir fonte de responsabilização, designadamente dos sócios, por beneficiarem da limitação da responsabilidade pelas dívidas sociais. Mas, se essa descapitalização for provocada deliberadamente pelos sócios, com manifesto abuso do instituto sociedade, provocando, com esse comportamento prejuízos aos credores, teremos de nos perguntar se a ordem jurídica não deverá intervir para tentar reparar essa iniquidade.

A descapitalização provocada (pelos sócios) encarada como fundamento para “soluções desconsiderantes” surge tratada em escrito recente de COUTINHO DE ABREU⁴⁶² (a quem se deve o *nomen juris*). O Autor descreve situações de deslocação da produção (ou boa parte dela) perpetrada pelos sócios (também gerentes ou não), de uma sociedade que já não é rentável, para uma nova sociedade por eles constituída, com o mesmo objeto, ou similar, (ou para outra sociedade a eles pertencente), com a finalidade de,

⁴⁶¹ Cf BARBOSA, Nuno, “Reviravolta no art. 35º do Código das Sociedades Comerciais”, in *Desporto & Direito, Revista Jurídica do Desporto*, Ano II, nº 6 (Maio/Agosto 2005), p. 369-372

⁴⁶² Cf ABREU, Jorge M. Coutinho de, Diálogos com a Jurisprudência II- Responsabilidade dos administradores para com os credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica. *DSR*, 3, 2010, pág. 56-60

lentamente, diminuam ou cessarem a atividade da sociedade, assim colocada numa situação de impossibilidade de cumprir as suas obrigações para com terceiros.

Coutinho de Abreu não exclui a possibilidade de os sócios provocadores da descapitalização da sociedade responderem perante esta (responsabilidade interna), com fundamento na violação do dever de lealdade, daí podendo os credores sociais retirar uma proteção indireta. Porém, prefere, neste caso, a responsabilização dos sócios perante os credores (responsabilidade externa), pela via da desconsideração da personalidade coletiva, como meio mais eficaz de conferir proteção aos credores.

Ricardo Costa⁴⁶³ descreve situações em que o sócio – o único, ou numa sociedade plural, aquele que atua, ou, eventualmente, os restantes que consentem na atuação nociva para a sociedade, ou todos em conjunto – faz com que o património da sociedade, enquanto garantia de satisfação dos créditos sociais e da reparação dos seus prejuízos negociais, fique exposto a riscos elevados com lesão do seu próprio interesse e comprometendo a capacidade da sociedade respeitar os seus compromissos devedores, à custa dos credores sociais.

Contudo, o Autor não qualifica estas situações como “casos de descapitalização”, mas como casos de “desinteresse patrimonial-negocial” censurável, na linha da doutrina germânica citada por Maria de Fátima Ribeiro⁴⁶⁴.

Em nossa opinião, as situações analisadas por estes dois autores devem ser qualificadas como casos de descapitalização, porque é disso que se trata. Num caso como noutro, a questão de fundo é a mesma, isto é, os comportamentos adotados pelos sócios visam o mesmo fim, que é liquidação “a frio” da sociedade, inaniendo-a em detrimento dos credores, como diria Coutinho de Abreu. Seja qual for o *nomen iuris* atribuído a situações de facto idênticas, os dois autores coincidem em que, nestes casos é legítima a invocação do mecanismo *praeter legem* da desconsideração da personalidade coletiva, com fundamento em “abuso institucional” na utilização e funcionamento do instituto sociedade.

⁴⁶³ Cf COSTA, Ricardo, “Responsabilidade dos gerentes de sociedades por quotas perante credores e desconsideração da personalidade jurídica”, ob.cit.2010, pág. 45-70

⁴⁶⁴ Cf RIBEIRO, Maria de Fátima, *A Tutela dos Credores...*ob.cit, Apud COSTA, Ricardo, “Responsabilidade dos Gerentes...”, ob.cit. p. 66, .

Também Oliveira Ascensão⁴⁶⁵ e Menezes Cordeiro⁴⁶⁶ alinham pelo mesmo diapasão. O primeiro defende expressamente o recurso ao mecanismo da “desconsideração” na “hipótese de os sócios manterem artificialmente em vida uma entidade tecnicamente falida, aumentando assim os débitos” tendo em conta que “a lei consagrou o dever de apresentação à falência” e se está “a transferir os riscos para os outros” O segundo dos autores citados defende igualmente a aplicação da doutrina da “desconsideração” no caso da “transferência de ativos de uma sociedade para outra, para prejudicar os credores”, “contra a boa fé”, que inclui no grupo de casos típicos de desconsideração sob a designação de “atentado a terceiros”, mas que corresponde ao fenómeno da descapitalização provocada, ou intencional, aqui tratada.

Maria de Fátima Ribeiro⁴⁶⁷ discorda da invocação da “doutrina da desconsideração” para responsabilizar os sócios em casos como os que aqui vêm sendo qualificados como “descapitalização provocada”.

A Autora entende que, casos desta natureza, que a doutrina e a jurisprudência germânicas, qualificam como “atentado à existência” da sociedade, provocado por um censurável “desinteresse” patrimonial-negocial dos sócios em relação à mesma, devem ser qualificados como casos de “concorrência dos sócios” em relação à sociedade, assim se afastando da doutrina alemã, por considerar que uma tal atuação dos sócios não constitui uma violação do dever de lealdade para com a sociedade, a menos que aqueles acumulem as funções de gerente, caso em que existe uma proibição legal de concorrência, sancionável no âmbito da responsabilidade civil dos gerentes e administradores (cf. artigos 72º, nº 1 e 254º do CSC). Segundo a Autora, o “desinteresse” dos sócios pela sociedade não merece qualquer censura, visto que a lei portuguesa, que regula as regras de conservação do capital (cf. artigos 31º e ss. do CSC), não obriga os sócios a investir na sociedade descapitalizada ou por cujo projeto empresarial perderam o interesse, podendo, mesmo, proceder à redução da sua dimensão, e, por outro lado, já contém mecanismos que visam a proteção dos credores em casos de descapitalização, não existindo, por isso, qualquer dever de indemnização.

⁴⁶⁵ Cf ASCENSÃO, José de Oliveira - *Direito Comercial. Vol IV. Sociedades Comerciais. Parte Geral*. Ob.cit., 2000, pág. 79-80 apud COSTA, Ricardo, *Responsabilidade dos Gerentes...*ob. cit. pág. 68, .

⁴⁶⁶ Cf CORDEIRO, António Menezes, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, pág.25, anot. 20 apud COSTA, Ricardo, *Responsabilidade dos Gerentes...*ob. cit. pág. 68, .

⁴⁶⁷ Cf RIBEIRO, Maria de Fátima – *A Tutela dos Credores...*ob. cit. pág. 269-298

Assim, para esta Autora, nunca haveria lugar à responsabilização dos sócios nos casos de descapitalização, por estes provocada, quer esta seja reconduzida aos casos de “desinteresse” pela sociedade ou a casos de “concorrência dos sócios” em relação à sociedade. Porém, em nosso entendimento, os comportamentos dos sócios reveladores de um desinteresse em relação à sociedade podem assumir contornos de abuso de direito e ofensa do princípio da boa fé, com prejuízo para os credores e em benefício dos sócios. É evidente que estando uma sociedade em crise, atual ou iminente, não incide sobre os sócios qualquer obrigação legal de a recapitalizar, podendo dissolvê-la ou apresentá-la à insolvência. O que não é permitido aos sócios é desencadear ou agravar a crise, provocando deliberadamente a descapitalização da sociedade, levando-a à exaustão económica, “secando-a” em detrimento dos credores, principalmente quando eles prosseguem a mesma atividade noutra sociedade ou quando, em vez de investirem na sociedade em crise, investem noutra, agravando a descapitalização da primeira, transferindo todo o risco empresarial para os credores.

Acompanhamos, pois, aqueles que defendem, para estes casos, uma “solução desconsiderante”, porque essa solução constitui a ultima ratio na proteção devida aos credores, face àquele tipo de comportamentos dos sócios, censuráveis a qualquer título. Em nossa opinião, a tese defendida por Maria de Fátima Ribeiro só é aceitável nos casos de descapitalização fortuita, provocada por fatores associados ao risco empresarial. Aplicá-la às situações de descapitalização provocada ou intencional equivaleria a conferir aos sócios uma proteção de que não são merecedores, em atuações fraudulentas e de verdadeiro atentado contra os legítimos interesses dos credores sociais.

iv. Domínio qualificado

A problemática do chamado “domínio qualificado” coloca-se no âmbito da coligação de sociedades. A lei portuguesa (cf. artigos 481º e ss. do CSC) prevê e regula a existência de relações de coligação entre sociedades, sejam elas sociedades por quotas, sociedades anónimas, ou sociedades em comandita por ações, definindo quatro casos de coligação, cada um com o seu regime específico. São eles: a relação de simples participação; a relação de participações recíprocas; a relação de domínio e as relações de grupo.

Destes quatro tipos de coligação societária interessam para este estudo as sociedades em relação de domínio, também designados na doutrina por “grupos de facto qualificados”, porquanto se trata de casos em que uma sociedade detém poderes de direção e influência sobre outras sociedades, ditas dependentes, sem que o CSC tenha estabelecido o regime de responsabilidade pelas obrigações da sociedade dominada, contrariamente ao que ocorre com os grupos constituídos por domínio total e aos grupos constituídos por contrato de subordinação, cujo regime de responsabilidade (para com os credores, a sociedade dominada e respetivos sócios), consta dos artigos 491º e 501º do CSC, bem como a responsabilidade pelas perdas sofridas pela sociedade dominada, beneficiando indiretamente os credores (cf. artigos 491º e 502º do CSC).

As sociedades em relação de domínio são aquelas em que a sociedade dominante não dispõe do domínio total nem existe entre as sociedades do grupo um contrato de subordinação, mas, mesmo assim, a sociedade dominante detém sobre a sociedade dominada aquilo que a lei designa de “influência dominante”, ou seja, a capacidade de condicionar a gestão da sociedade dominada, subordinando, eventualmente, os interesses desta aos interesses daquela. Presume-se a existência dessa influência dita dominante, quando a sociedade dominante detenha na sociedade dominada a maioria do capital social; disponha de mais de metade dos votos na assembleias-gerais; tenha a possibilidade de designar mais de metade dos membros da administração ou do órgão de fiscalização.

Para suprir a ausência de regime de responsabilidade nestes casos, integrando a lacuna, a doutrina nacional e estrangeira tem proposto várias soluções. Centrando-nos na doutrina nacional, poderemos referir, por exemplo, Engrácia Antunes⁴⁶⁸, que defende a aplicação analógica do regime constante no artigo 501º do CSC (aplicável aos casos de domínio total e contratos de subordinação) às situações de relação de domínio. Outros autores defendem, pura e simplesmente, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade dominada com o intuito de responsabilizar a sociedade dominante, como é o caso de Ricardo Costa⁴⁶⁹. E autores há, que defendem a responsabilização da sociedade dominante como “gerente de facto”, através de uma interpretação extensiva do artigo

⁴⁶⁸ Cf ANTUNES, José Augusto Engrácia – *Os grupos de Sociedades. Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pág. 600 e ss. Apud RIBEIRO, Maria de Fátima – *A Tutela dos Credores...*cit., anot. 133, pÁG. 452

⁴⁶⁹ Cf COSTA, Ricardo. “Desconsiderar ou não desconsiderar: eis a questão”, in *BOA*, Jan./Fev. 2004, nº 30, pág. 10-14

80º do CSC, abrindo, deste modo, duas vias possíveis de responsabilização. Uma responsabilidade externa, perante os credores sociais, com fundamento na violação das normas de protecção destes, ao abrigo do artigo 78º, nº 1 do CSC, e uma responsabilidade interna, perante a sociedade dominada, fundada na violação dos deveres legais e contratuais para com esta, nos termos do artigo 72º do CSC, podendo os credores lançar mão da ação sub-rogatória prevista no artigo 78º, nº 2 do CSC. É o caso de Coutinho de Abreu⁴⁷⁰. Também Maria de Fátima Ribeiro⁴⁷¹ e Diogo Pereira Duarte⁴⁷² propõem a responsabilização da sociedade dominante, nos casos de sociedades coligadas em relação de domínio, nos mesmos moldes dos “gerentes de facto”.

Abstendo-nos de entrar na análise crítica de cada uma das posições adotadas na doutrina, para não alargar em demasia este texto, parece ser mais defensável a aquela que propõe a responsabilização como “gerente de facto”. Na verdade, nas situações de domínio qualificado a sociedade dominante impõe o modelo de governação à sociedade dominada, daí, não existir dificuldade de maior no enquadramento dessa situação no regime legal de responsabilidade dos gerentes, como “gerente de facto”, bastando para tal a invocação do artigo 80º do CSC, que, como nos dá conta Maria de Fátima Ribeiro⁴⁷³, deve ser interpretado no sentido de abranger na sua previsão os “gerentes de facto”, desde que se mostrem satisfeitos os requisitos da continuidade e da regularidade no exercício das funções de gerência, (ainda que, somente de facto). Assim, teremos de retirar do elenco dos “casos típicos de desconsideração” o designado “domínio qualificado de sociedades coligadas”, por não ser invocável a “doutrina da desconsideração”, que, como sabemos, só deve intervir quando a ordem jurídica não forneça a solução para o caso concreto (subsidiariedade).

Tentando resumir o acima exposto e numa análise mais concreta à teoria defendida por Maria de Fátima Ribeiro, estes casos típicos reconduzem-se, na sua opinião, (i) às

⁴⁷⁰ Cf ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – *Diálogos com a jurisprudência II...*ob.cit., pág. 63-64

⁴⁷¹ Cf RIBEIRO, Maria de Fátima – *A Tutela dos Credores...*ob.cit., pág.457 e ss.

⁴⁷² Cf DUARTE, Diogo Pereira, *Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio. Contributo para a Determinação do Regime da Empresa Plurissocietária*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 347 e ss. Apud RIBEIRO, Maria de Fátima – *A Tutela dos Credores...*ob.cit., anot. 134, pág. 452/3

⁴⁷³ Cf RIBEIRO, Maria de Fátima, *A Tutela dos Credores...*ob.cit., pág. 473

situações de controlo da sociedade por um só sócio, (ii) à subcapitalização da sociedade; (iii) à descapitalização da sociedade; e (iv) à mistura de patrimónios⁴⁷⁴.

Defende a Autora que as situações de controlo da sociedade por um só sócio, não podem, *tout court*, justificar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade unipessoal, levando a que o sócio único responda ilimitadamente pelas dívidas societárias⁴⁷⁵. De resto, o ordenamento português prevê mesmo a possibilidade de constituição de sociedades unipessoais de responsabilidade limitada. Quanto à subcapitalização, também a mesma não poderá ser fundamento da desconsideração da personalidade jurídica.

Como bem refere, a subcapitalização é um fenómeno tolerado pelo próprio legislador, nunca tendo sido imposta a necessidade de que os sócios dotassem as sociedades de uma robusta estrutura de capitais próprios, pelo que não parece fazer sentido prejudicar os mesmos permitindo a desconsideração nestas situações⁴⁷⁶.

Em regra, o recurso a este instituto também não se mostrará adequado às situações de descapitalização da sociedade, nas quais se verifica, em termos genéricos, uma transferência de bens da esfera da sociedade para a titularidade do(s) seu(s) sócio(s).

Embora esta conclusão possa, em primeira análise, chocar a sensibilidade do jurista, o certo é que a montante do eventual recurso à desconsideração haverá sempre que proceder à responsabilização dos titulares do órgão de administração⁴⁷⁷. A desconsideração da personalidade jurídica é, como vimos, subsidiária do recurso a meios mais diretos.

Quanto à mistura de patrimónios – entendendo-se como tal o desrespeito da autonomia patrimonial da sociedade –, aí verificar-se-á que o recurso à desconsideração da personalidade jurídica é um meio a ter em conta para a satisfação de pretensões que, em regra, deveriam ser reclamadas unicamente junto da sociedade⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ RIBEIRO, M.deF. (2012), ob.cit.pág 525.

⁴⁷⁵ RIBEIRO, M.deF. (2012),ob.cit.pág. 526.

⁴⁷⁶ RIBEIRO, M.deF. (2012), ob.cit.pág. 527 a 537.

⁴⁷⁷ RIBEIRO, M.deF. (2012), ob.cit.pág. 538.

⁴⁷⁸ RIBEIRO, M.deF. (2012), ob.cit.pág. 540.

Em rigor, numa situação de mistura de patrimónios, a personalidade jurídica da sociedade será já aparente. Numa frase elucidativa de Ferrer Correia «pode haver autonomia patrimonial sem personalidade, mas não esta sem aquela»⁴⁷⁹. Por seu turno, Menezes Cordeiro, embora recorrendo também à fixação de um elenco de casos fixos, aponta a divisão seguinte⁴⁸⁰ que, de resto tem o cuidado de frisar que pode não ser estanque, havendo lugar a eventuais sobreposições⁴⁸¹: (i) a confusão de esferas jurídicas; (ii) a subcapitalização; e (iii) o atentado a terceiros e o abuso da personalidade.

Nos casos de confusão de esferas jurídicas estão em causa as situações em que, na prática, não é clara a separação entre o património e a do sócio ou do sócio. Aqui, indica este Autor que, em regra, a personalidade jurídica deve ser mantida, justificando-se a desconsideração não em função da mera falta de distinção entre patrimónios, mas apenas na eventualidade de se verificarem outros fatores adicionais⁴⁸².

Nas situações de subcapitalização, há previamente que distinguir as situações de subcapitalização nominal (em que os capitais próprios são insuficientes para a prossecução do objecto social, mas existe a possibilidade de recurso a capitais alheios) das situações de subcapitalização material, em que há uma verdadeira falta de fundos, sejam eles próprios ou alheios. Apenas a subcapitalização material é relevante para efeitos da eventual aplicação do instituto da desconsideração. Defende o Autor que, em casos de subcapitalização material poderá haver lugar à desconsideração da personalidade jurídica⁴⁸³.

Nos casos típicos de atentado a terceiros e abuso da personalidade estaremos na presença de um uso da personalidade jurídica (coletiva) de um modo abusivo e do qual resultem prejuízos para terceiros. No limite, esta situação reconduzir-se-á a uma

⁴⁷⁹ CORREIA, A. Ferrer (1982), ob.cit.pág. 547.

⁴⁸⁰ CORDEIRO, A.M. (2000), ob.cit.pág. 116.

⁴⁸¹ CORDEIRO, A.M. (2000), ob.cit.pág. 123.

⁴⁸² CORDEIRO, A.M. (2000), ob.cit.pág. 117.

⁴⁸³ CORDEIRO, A.M. (2000),ob.cit. pág. 121.

situação de abuso de direito, podendo fundar o recurso ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica⁴⁸⁴.

Finalmente, Pedro Cordeiro procede apenas a uma classificação dual dos casos em que entende haver uma utilização abusiva de uma sociedade: (i) a subcapitalização e (ii) a mistura de patrimónios⁴⁸⁵.

Para este Autor, ambas as situações podem conduzir à aplicação do instituto da desconsideração, fazendo, no entanto, a ressalva de terceiros que contratem com a sociedade cuja subcapitalização seja do seu conhecimento. Aí, defende, haverá uma consciente assunção de um risco, a qual preclui a possibilidade de se fazerem valer direitos perante os sócios da sociedade subcapitalizada⁴⁸⁶.

5. Breves conclusões sobre a Desconsideração

A receção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pelos tribunais portugueses, particularmente pelos tribunais superiores, é recente e posterior à receção universitária. Parece, todavia, que este atraso procura agora ser compensado por uma crescente recetividade⁴⁸⁷.

Contudo, devemos ter presente que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica deve sempre revestir um carácter excecional⁴⁸⁸ e a sua aplicação carece de fundamentos jurídicos que permitam a responsabilização direta e ilimitada do sócio, uma vez que enquanto instituto ainda não se encontra expressamente previsto legalmente⁴⁸⁹. Entre nós, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica tem

⁴⁸⁴ CORDEIRO, A.M. (2000), ob.cit.pág. 123.

⁴⁸⁵ CORDEIRO, P. (2008),ob.cit. pág. 66.

⁴⁸⁶ CORDEIRO, P. (2008), ob.cit. pág. 68.

⁴⁸⁷ RIBEIRO, M.deF. (2009), ob.cit.pág. 311.

⁴⁸⁸ No mesmo sentido, Tarso Domingues, *Direito das Sociedades em, "O Novo Regime do Capital...*, pág. 113.

⁴⁸⁹ Cfr. Pedro Cordeiro, *A Desconsideração...*, ob.cit.pág. 102.

sido fundamentada pela Doutrina no princípio do abuso de direito, previsto no art. 334.º do CC, quer para os casos de imputação, como para os casos de responsabilidade⁴⁹⁰.

O recurso pelos tribunais à desconsideração prende-se, naturalmente, com a necessidade de resolver casos concretos em que se pretende assegurar a tutela de credores sociais atacando o património dos sócios. Todavia, na falta da cristalização dos pressupostos que permitam ao julgador proceder à desconsideração da personalidade jurídica, o instituto, quando não utilizado a despropósito, tem sido convocado sem que as partes apresentem os elementos probatórios subjacentes, pelo que as decisões acabam por não poder proceder à respetiva aplicação⁴⁹¹.

É ainda notado que em diversas situações, de resto com alguma confusão, se recorre à desconsideração quando, na verdade, se está perante factos que correspondem a situações de responsabilidade dos membros dos órgãos de administração, a qual, como vimos não se deve confundir com a responsabilidade dos sócios⁴⁹².

Em suma, até ao momento, sem prejuízo dos contributos que podem já ser colhidos, a jurisprudência não conseguiu ainda solidificar uma linha decisória respeitante ao recurso à desconsideração da personalidade jurídica.

Das considerações acima julgamos ser patente a inexistência de um critério inequívoco que possa guiar o recurso ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica por parte dos operadores do sistema.

É ponto assente que existem situações em que a personalidade jurídica, acoplada à responsabilidade limitada, deve ser posta em causa, permitindo-se atacar esferas jurídicas que vão para além do perímetro societário.

Razões de segurança e certeza jurídica, imprescindíveis a um saudável ambiente económico, impõem que se conheçam as situações em que o referido instituto se mostra adequado a operar.

⁴⁹⁰ Cfr. Pedro Cordeiro, *A Desconsideração...*, ob.cit.págs. 105 ss; Menezes Cordeiro, *O Levantamento...*, pág. 123; Luís Brito Correia, *Direito Comercial*, ob.cit. 1992, págs. 243 ss.

⁴⁹¹ RIBEIRO, M.deF. (2009), ob.cit.pág. 311.

⁴⁹²Esta delimitação pode ser mais difícil de efetuar na figura do sócio-gerente, a qual é bastante comum no tecido empresarial português. Ainda assim, será de distinguir as duas esferas – de sócio e de gerente – ainda que as mesmas convirjam no mesmo indivíduo.

Até ao momento, a dogmática e os tribunais não conseguiram dar uma resposta totalmente satisfatória a esta questão. E o problema que se coloca agora é o de saber até que ponto este instituto terá aplicabilidade em sociedades por quotas de responsabilidade limitada, com capital próprio quase inexistente, e eventualmente, sem qualquer outro tipo de património pessoal, pois essa é a situação que a lei atual vem permitir que se instale no nosso ordenamento jurídico.

Poderá alguém ser responsabilizado fiscal ou criminalmente por recurso à Desconsideração da personalidade Jurídica da Pessoa Coletiva, perante um quadro jurídico desta natureza?

Aceitamos que ela opera não apenas em casos de subcapitalização ou mistura de patrimónios, mas também, quando a ratio legis o exija, quando nos confrontemos com condutas fraudulentas e em caso de atentado a terceiros e abuso da personalidade.

No entanto, o que tentámos demonstrar foi a possibilidade de encontrar um fundamento para a desconsideração como instituto jurídico autónomo, sem recorrer à responsabilidade civil, à fraude à lei, aos princípios da boa fé, o que se torna inócuo na situação hipotética alvitrada aquando da constituição de uma sociedade por quotas, ao abrigo da alteração legislativa agora questionada..

Assim, fundamentámos a desconsideração da personalidade colectiva no abuso da responsabilidade limitada, uma vez que a desconsideração para fins de responsabilidade é o fundamento da obrigação do homem oculto responder subsidiariamente pelo abuso que cometeu.

Contudo, a aceitabilidade da desconsideração resulta da globalidade do ordenamento jurídico, nomeadamente, do princípio da intangibilidade do capital social e de normas que visam evitar casos de subcapitalização e mistura de patrimónios;

Este instituto pode e é considerado um meio de oferecer uma garantia suplementar aos credores sociais, na medida em que estes encontrariam satisfação no património social, tornando-se desta forma uma medida excepcional e subsidiária à responsabilidade do primitivo devedor.

Sabemos também que é invocável a todo o tempo, desde que demonstrada a existência de abuso e a impossibilidade de o primitivo devedor responder pelo montante do débito, sendo por isso a possibilidade jurídica de conceder ao credor, para além da exigência de

responsabilidade do seu directo devedor (a sociedade), havendo abuso de responsabilidade limitada, no caso concreto (excepcionalmente) e subsidiariamente, o direito a exigir a responsabilidade ao homem oculto.

Mas será que pode ter aplicabilidade pratica numa sociedade onde o capital social é praticamente inexistente e onde, supostamente, os sócios partem para essa “viagem societária” já desprovidos de quaisquer bens passíveis de vir a assegurar a responsabilidade (i)limitada a que se submetem? Fará sentido?

CAPÍTULO II

ANÁLISE HISTÓRICA DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO PORTUGUES E NO DIREITO COMPARADO

1. Introdução

A abordagem do tema da desconsideração da personalidade jurídica quanto ao aspeto do desenvolvimento da teoria no tempo, passa, obrigatoriamente, tanto no direito pátrio, como no alienígena, pela grande divisão em Sistema Minimalista e Sistema Maximalista,⁴⁹³ o primeiro enquanto não exclusão da possibilidade de medidas que tornem mais permissível aquela providência, e, o segundo sistema, maximalista, com total e absoluta separação entre a pessoa jurídica e as pessoas-membros que compõem a sociedade, a administram ou por ela respondem a outro título.

De qualquer maneira - e não obstante o fato de que iremos falar de aspetos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em países que adotam um e outro sistema – o nosso objeto de análise, será, no essencial, concentrado naquele em que o legislador não permite a utilização ou manipulação da pessoa jurídica num contexto de destinação social diverso daquele amparado no ordenamento jurídico, e que é consonante com o nosso sistema jurídico.

É certo, entretanto, que a inequívoca limitação do risco empresarial é um atrativo de sobremaneira relevante no momento da opção pelo modelo societário a ser implementado, haja vista a maior preferência pelas sociedades anónimas e de responsabilidade limitada.

⁴⁹³Este aspeto é bastante enfatizado por CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine, in *A DUPLA CRISE DA PESSOA JURÍDICA*, pág. 261, aduzindo ainda, quanto ao Sistema Maximalista, da exigência de “um limiar máximo da analogia com a pessoa humana - só admitem personalidade jurídica no caso das entidades em que a separação se expressou de maneira total, conduzindo à exclusão de responsabilidade de sócios pelas dívidas da sociedade”

Isto, por si só, não é nenhuma razão para se erigir formulações ou prevenções quanto àqueles tipos de sociedade, mesmo porque, deles se observa o que há de mais eficiente e proveitoso na economia de mercado.

2. A Contribuição fundamental do Direito Norte-americano

O exame da desconsideração da personalidade jurídica tendo como objeto de estudo o direito nos Estados Unidos da América do Norte revela, além do seu caráter fundamental para a evolução, em todo o mundo, da teoria, também uma relativa dificuldade que decorre principalmente da grande liberdade estatutária que normalmente é permitida nas legislações atinentes dos estados-membros.

Isso implica na necessidade de uma abordagem menos delimitada e uniforme ou, generalizada, do tema, mas não só por esse motivo. Na obra *La personnalité morale et ses limites*, Joseph M. Sweeney⁴⁹⁴ assevera quanto às dificuldades de uma pesquisa naquele País, a respeito de qualquer matéria, face à existência e à convivência do direito federal com os direitos de cinquenta estados.

Por outro lado, tais dificuldades concentram-se mais nas questões pertinentes aos modelos e maneiras de agregação ou iniciativa para a perpetração de empreendimentos do que propriamente quanto às razões que levam à aplicação da medida. Com efeito, e a despeito do que ocorre na maioria dos países, a fraude à lei, contra credores ou aos termos de contrato, são também nos Estados Unidos da América do Norte os motivos mais comuns a fundamentar a desconsideração da personalidade jurídica, ali comumente designada *disregard of legal entity*.

Em linha com a não absolutização da responsabilidade limitada, os tribunais norte-americanos têm permitido aos credores atacar o patrimônio de sócios de sociedades de responsabilidade limitada, ou seja, aceitam o recurso ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Todavia, têm-no feito com uma arbitrariedade que leva a questionar a própria utilidade de figura⁴⁹⁵. O tratamento *ad hoc* dado à questão leva a

⁴⁹⁴ SWEENEY, Joseph M. *La personnalité morale et ses limites*, Études de droit comparé et de droit international public, Paris, LGDJ, 1960, pág. 98.

⁴⁹⁵ EASTERBROOK, F.H. & D.R. Fischel, "Limited Liability and the corporation", *The university of Chicago Law Review*, Vol.52,n.1,1985, pág. 109.

que não sejam ponderadas considerações de espectro mais alargado, em especial as barreiras da eficiência económica da responsabilidade limitada⁴⁹⁶. Ao invés, parece haver uma tendência moralizadora, cujos resultados são, para cada caso, imprevisíveis no momento de recurso ao tribunal. A análise da jurisprudência permitiu à literatura, um pouco à semelhança do labor doutrinal português, estabelecer um conjunto de casos típicos nos quais os tribunais têm procedido à desconsideração da personalidade jurídica, sem que, no entanto, seja possível estabelecer *standards* claros⁴⁹⁷. Não sem um tom pejorativo, estes casos têm sido alinhados numa *laundry list* que inclui, nomeadamente, situações de confusão de patrimónios, fraude, descapitalização, relação de grupo, instrumentalização do veículo societário e até a inobservância de formalidades societárias. O tom crítico à atuação dos tribunais é prevalecente. As decisões respeitantes ao *veil piercing* são tidas como vagas e pejudadas de generalidades. Face a este cenário de insegurança jurídica, chega a ser considerada a possibilidade não permitir, de todo, o recurso à desconsideração da personalidade jurídica⁴⁹⁸. Esta não é, contudo, a posição prevalecente.

Os contributos da doutrina vão, essencialmente, no sentido de se melhorar os termos de aplicação do instituto. Um ponto relevante é também a potencial ineficiência do recurso à desconsideração. Se, como vimos, um cenário de responsabilidade ilimitada teria custos de litigância ineficientes, o mesmo raciocínio poderá ser feito relativamente às situações em que, uma vez desconsiderada a personalidade, se tivesse de perseguir individualmente os sócios da sociedade desconsiderada⁴⁹⁹.

Assim, tem-se num primeiro plano que é irrelevante naquele País a distinção observada entre sociedades comerciais e sociedades civis, estas enquanto buscam ou não lucratividade, porquanto as eventuais diferenças teriam reflexo somente no âmbito tributário, e não para fins de desconsideração da personalidade jurídica.

⁴⁹⁶ MILLON, David (2006), Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability (paper).paf.44

⁴⁹⁷ BAINBRIDGE, Stephen M. (2001), “Abolishing Veil Piercing”, *Journal of Corporate Law*,pág.509

⁴⁹⁸ BAINBRIDGE, S.M. (2001), ob.cit.pág. 514.

⁴⁹⁹ POSNER, Richard A. (2003), *Economic Analysis of Law*, 6.^a ed., New York, Aspen

Enfrentando a questão, J. Lamartine⁵⁰⁰ aduz que quanto a esse aspeto a importância estará no fato de se tratar de sociedades não incorporadas (não registadas) ou sociedades corporadas (registadas), na medida em que somente estas últimas, conclui aquele autor, são tidas como dotadas de personalidade jurídica.

Relativamente às sociedades não incorporadas, proveitoso estudo foi desenvolvido por Hubert Lepargneur,⁵⁰¹ que arrola, por exemplo, as *partnerships* em sentido estrito, que no nosso direito teriam correspondência mais aproximada com as sociedades em nome coletivo, e ainda as denominadas *partnerships* em sentido amplo, de estrutura análoga às sociedades em comandita simples.

Nesses casos, a responsabilidade do sócio é ilimitada, à exceção de situações específicas previstas em lei ou mesmo quando o estatuto social dispuser em contrário. Aliás, é a própria destinação dessas sociedades que leva ao aumento do risco empresarial perante o sócio ou administrador, já que usualmente são instituídas por ações não incorporadas, embora dotadas de estatutos escritos, e constituídas objetivando a concretização de um único business - mesmo que por período de tempo duradouro - ou limitadas a atividades financeiras de alto risco.⁵⁰²

Nota-se dessas análises que nos Estados Unidos da América do Norte não se observa sociedade de responsabilidade limitada nos padrões jurídicos verificados no Brasil, e mesmo em outros países de forte tradição em termos de adoção e aperfeiçoamento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, como é o caso da Alemanha e da Inglaterra, respectivamente quanto às GmbH e às *private companies*, das quais logo mais trataremos.

Por outro lado, em havendo o reconhecimento estatal através da incorporation, tem-se então uma pessoa jurídica, e enquanto tal dotada de personalidade, antevendo-se, em decorrência, a limitação da responsabilidade pessoal e patrimonial de sócios e administradores. Esse reconhecimento estatal inicialmente era formalizado através de lei especial, quanto ao que J. Lamartine⁵⁰³ afirma ter como origem a imperial prática inglesa

⁵⁰⁰ob.cit. pág. 265

⁵⁰¹LEPARGNEUR, Hubert. *Les sociétés commerciales aux États-Unis d'Amérique*, Paris, Dalloz, pág. 29

⁵⁰²op.cit. pág. 34, 49, 50, 53, 54 e 60

⁵⁰³ob.cit. pág. 266

de proceder a tal autorização em forma de privilégios concedidos às grandes companhias do Reino Unido nos séculos XVII e XVIII.

De qualquer forma, o cerne da questão, na Teoria da *disregard of legal entity*, é a permissão ao estado-juiz para desconsiderar a autonomia jurídica de dada pessoa jurídica, a partir do momento em que seu aparato é abusiva e desonestamente utilizado, no que é na análise das diversas teorias desenvolvidas no direito dos Estados Unidos da América do Norte que se encontram melhores subsídios para contextualizar a teoria no Devido Processo Legal.

A principal delas consiste na consideração de que a pessoa jurídica nada mais seria que uma ficção, a qual não poderia subsistir ou mesmo prevalecer ante a abusos, estes sim, uma realidade concreta, não ficcional, e cujo combate é de manifesto interesse público. Martin Wolff,⁵⁰⁴ já na década de trinta defendia as vantagens da Teoria da Ficção, ao principal argumento da sua útil, fácil e abrangente aplicação, alcançando com eficiência a finalidade do *disregard*, inclusive em face das grandes companhias.

Por outro lado, a Teoria da Ficção também é a que oferece maior risco de excessos por parte de juízes e tribunais - a isto também adverte aquele autor - e, no caso dos Estados Unidos da América do Norte, principalmente pelo fato de que nunca se estabeleceu um marco à questão de se tratar de uma ficção legal ou de uma ficção doutrinária.⁵⁰⁵

Esta perturbável questão é também ou ainda mais presente no direito brasileiro, onde sequer se observou maiores preocupações na criação de alguma teoria que facilitasse o manuseio prático da desconsideração da personalidade jurídica, ou mesmo uma opção mais enfática e clara por qualquer modelo teórico engendrado no direito de outros países.

Uma decorrência sobremaneira valorosa da Teoria da Ficção foi o surgimento da Teoria da Penetração, de grande aplicação no direito pátrio, e mediante a qual não se observa, rigorosamente, a desconsideração da personalidade jurídica, mas sim evidencia-se até onde estaria o “manto protetor”, ou seja, o “véu”, termo presente na expressão *piercing the corporate veil*.

⁵⁰⁴WOLFF, Martin. “On the nature of legal persons”, in *The Law Quarterly Review*, 216:512, out. 1938.

⁵⁰⁵Id., *ibid*.

Em outros termos, seria defender que: se o ato ou negócio é abusivo ou fraudulento, não foi praticado pela pessoa jurídica, enquanto autorizada pela lei ou pelos estatutos - estes também, por imposição de lei, sempre de índole lícita - à prática somente de ações honestas.

J. Lamartine⁵⁰⁶ faz uma correlação e demonstração de proximidade dessas teorias com a doutrina *alter ego*, também conhecida por *instrumentality*, cuja sustentação básica é que a pessoa jurídica é mero instrumento, a quem não se pode atribuir atitudes, senão as implementadas por seus sócios e administradores.

Numa última análise, esses entendimentos levam à conclusão de que o melhor método é a separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro,⁵⁰⁷ ou seja, impor, legalmente, a coexistência de ambos e suas respectivas esferas de interesses jurídicos, e nunca possibilitar a plena autonomia existencial da primeira, inclusive com relação aos elementos humanos que a estabeleceram e dela usufruem diretamente.

Finalmente, merece também destaque a Teoria do Trust-fund, cujo núcleo fundamental consiste em se ter o patrimônio líquido da pessoa jurídica como uma espécie de fundo de garantia dos credores. Com este embasamento, fica fácil perceber a correspondência melhor aplicável em nosso direito, no caso, as empresas com capital fracionado em cotas ainda não integralizadas.

A teoria do *trust-fund* também faz revelar inequívoca prevalência dos interesses dos credores em detrimento daqueles dos sócios, porquanto fizeram negócios confiando principalmente no montante patrimonial da empresa.

3. A Introdução do Durchgriff no Direito Alemão

Desde o início do século passado tanto a doutrina como a jurisprudência alemãs têm se ocupado da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, onde é identificado pela expressão DURCHGRIFF, que em vernáculo significa penetração, e até aí não se vislumbram maiores diferenças quanto ao que se observa no direito de outros países.

⁵⁰⁶op. cit., p. 271.

⁵⁰⁷Id., ibid.

Contudo, a colaboração do direito alemão começa a se revelar a partir das lições de K. Unger,⁵⁰⁸ porquanto, além de o *durchgriff*, num âmbito restrito, permitir a penetração para o alcance de quem J. Lamartine⁵⁰⁹¹² traduziu como “eminência parda”, também pode, em necessidade de maior amplitude, chegar-se ao fornecedor do capital, às vezes se tratando aquele até de outra pessoa jurídica, integrante ou não do grupo societário a que pertence a pessoa jurídica que figura como devedora.

Entretanto, é forte no direito alemão a resistência às teorias que, de um modo geral, defendem a plena separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro. Com efeito, significativo manancial de informações jurisprudenciais aponta uma tendência sempre presente naquele País pelo reconhecimento da unipessoalidade superveniente, e que tem como substrato o fato de ocorrer - após a constituição e registro da sociedade - uma concentração, numa outra pessoa, de todas as cotas de participação das pessoas-membros.

Por outro lado, é algo distante de qualquer unanimidade na Alemanha, já que compreensão diversa é com igual demasia propalada, como bem enfatiza K. Unger,⁵¹⁰ ao principal fundamento de que um ponto de vista econômico, por si só, não deve desconhecer a necessidade daquela separação.

Aliás, já na década de 1920, na jurisprudência do Tribunal do Reich, notava-se uma nova abordagem, concomitantemente com a introdução do *durchgriff*, cujo pensamento agora era no sentido de que as construções jurídicas não podiam, sempre, sobrepor-se ao poder dos fatos,⁵¹¹¹⁴ posicionamento que se fez mais rigoroso no período de ascensão do nazismo, e ao depois abrandado em um patamar mais razoável de aplicação do princípio da separação, não obstante as dificuldades fáticas e jurídicas inerentes ao pós-guerra.

Em todo esse contexto do direito alemão quanto à teoria da desconsideração da personalidade jurídica é comumente evidenciada uma trilogia de vertentes teóricas.

⁵⁰⁸UNGER, Klaus. „Die Inanspruchnahme des verdeckten Kapitalgebers, nKonkurs“, *Treuhand- und Schiedsgerichtswesen*, março, 1959, pág. 33.

⁵⁰⁹Ob. cit., pág. 283.

⁵¹⁰Ob. cit., pág. 33.

⁵¹¹LAMARTINE, J. Ob.cit., pág. 284.

Num primeiro plano, Reh binder⁵¹²15 destaca a Teoria Subjetiva, cujas características fundamentais seriam uma visão unitária da pessoa jurídica - com desconsideração, por exemplo, de diferenças fáticas observadas entre uma empresa unipessoal e outra pluripessoal - e, que a desconsideração da personalidade jurídica só seria excepcionalmente admitida face ao elemento subjetivo, principalmente o abuso de poder.

Depreende-se, desta proposta, parcial desconformidade com o direito brasileiro, para o qual aludida visão unitária da pessoa jurídica seria mesmo quase que impensável, e cuja diferença vê-se, sobremaneira, aumentada se se levando em consideração, nos polos extremos, a firma individual e a sociedade anônima.

A teoria denominada “Jurisprudência de Interesses” seria a segunda abordada pelo mencionado autor, e que é baseada na idéia de que a pessoa jurídica não passa de um mero símbolo, numa simétrica correspondência com a Teoria da Ficção, do direito Norte-Americano. Desenvolve a idéia da distinção não só entre pessoa jurídica e pessoa-membro, mas também entre as diversas modalidades de sociedades.

A terceira teoria apresenta um caráter que se pretende seja intermediário quanto às duas primeiras, e visualiza a questão de maneira eminentemente institucional. Assim é que, reconhece valor autônomo à pessoa jurídica, e não meramente de ficção, embora não desconsidere a necessidade da separação entre aquela e a pessoa-membro, e, que estabelece também um grande valor à delimitação da sociedade às suas funções sociais e estatutárias, com inegável vinculação à ordem jurídica e econômica.

Portanto, eventual transposição de tais limites implicaria em “abuso do instituto”, determinável por critérios objetivos.

Mas, no que se refere ao princípio da separação, o direito alemão avançou também no sentido inverso, ou seja, para beneficiar o sócio, saindo assim da fórmula geral e pouco criativa que objetiva tão somente a defesa de interesses de credores. Neste aspecto pode-se arrolar o exemplo mencionado por J. Lamartine⁵¹³ e tirado de uma decisão prolatada nos anos 1970 cuja ementa é a seguinte:

⁵¹²REHBINDER, Eckard. „Konzernauss enrechtundall gemeines Privat recht“, Berlin e Zürich, *Gehlen-BadHonburgv.d.H.*, 1969, pág. 94-7.

⁵¹³Ob.cit., pág. 429.

“Se o sócio único de uma sociedade por quotas é prejudicado por danos causados ao patrimônio especial de sua sociedade, ele pode ser considerado, em relação ao causador do dano, e dadas as circunstâncias do caso, como se tivesse pessoalmente sofrido o prejuízo”.

Não obstante as críticas recebidas, também nas informações do autor referido, o aresto é bastante coerente na medida em que confere direitos a quem, em caso contrário, estaria passível das consequências da desconsideração da personalidade jurídica, e a construção jurisprudencial ganha ainda especial relevo no âmbito dos danos morais, em tese ocasionados em face de quem idealizou, arcou com os custos e os riscos da criação e instalação da sociedade cujo patrimônio sofreu atentado.

4. A Teoria da Desconsideração da personalidade Jurídica na Inglaterra

A possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica para fins de se alcançar e responsabilizar as pessoas-membros e administradores por atos praticados em nome da sociedade não é algo que tenha despertado maior interesse no direito inglês, quer doutrinariamente, quer na construção jurisprudencial. É evidente que não se trata de desnecessidade de tal providência no âmbito jurídico-empresarial do País, mas tão somente da existência de normas através das quais se consiga o mesmo objetivo, já que também não se nota, dos modelos de sociedades ali permitidos, diferenças em relação a outros países com tradição quanto àquela teoria, suficientes ou mesmo dotadas de artifícios técnicos que pudessem elidir aquela necessidade. Pode-se citar a secção 332 do *Companies Act*, regulamento empresarial de 1948, que estabelece a responsabilidade ilimitada, face aos débitos da sociedade, daquele que conscientemente participar de negócios fraudulentos.

Entretanto, paradoxalmente, foi no direito inglês que surgiu a primeira norma com esse objetivo - senão da desconsideração da personalidade jurídica, propriamente e como a temos entre nós - mas pelo menos com o mesmo fundamento e com a mesma finalidade, e neste sentido é ilustrativa a disposição da secção 279 também do *Companies Act*, *in verbis*:

“Se no curso da liquidação de sociedade constata-se que um seu negócio foi concluído com o objetivo de perpetuar uma fraude contra credores, dela ou de terceiros, ou mesmo

uma fraude de outra natureza, a Corte, a pedido da liquidante, credor ou interessado, pode declarar, se considerar cabível, que toda pessoa que participou, de forma consciente, da referida operação fraudulenta será direta e ilimitadamente responsável pela obrigação, ou mesmo pela totalidade do passivo da sociedade”.

5. O Direito Francês face à Desconsideração da Personalidade Jurídica

Em pesquisa face à legislação de França a respeito da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, J. Lamartine⁵¹⁴ aduz que, de forma principal, o legislador daquele País estabeleceu, quanto à medida, o artigo 101 da lei de 13 de julho de 1967, e, o artigo 99, da mesma lei.

Quanto ao primeiro, tratando de questões atinentes aos procedimentos de falência e concordata, estabelece que o dirigente, aparente ou oculto, deve responder com seu próprio patrimônio nos casos em que se utiliza da sociedade para praticar atos de comércio em proveito próprio, quando fizer uso de bens da sociedade como se próprios fossem, e, em terceiro lugar, quando atuar de maneira abusiva que resulta na inadimplência da sociedade perante credores, fornecedores e outros.

Já o artigo 99, da Lei de 13 de julho de 1967, possui a mesma objetividade jurídica, com a diferença de apontar como causa a insuficiência do ativo, também em caso de falência ou concordata.

Numa análise comparativa com o direito brasileiro, vê-se que o legislador francês, assim como os tribunais de cassação, e no que se refere aos artigos retro - mencionados, vinculam expressamente a medida destinada à responsabilização do sócio ou administrador com a efetiva falência da sociedade, falando-se mesmo que a falência é estendida àquelas pessoas-membros. Nota-se aí diferença quanto ao direito brasileiro. É que, em nenhuma disposição do nosso direito faz-se a exigência, mesmo presuntivamente, da demonstração do estado falimentar para fins daquela responsabilização, muito embora, é evidente, a necessidade da busca de patrimônio das pessoas-membros faz antever inequívoca debilidade econômica e financeira da sociedade.

Não bastasse, também temos no nosso direito entes com atividades de comércio mas que, em função da lei, não são passíveis do processo falimentar, o que aumenta ainda mais a diferença entre os direitos, nesse aspecto, de ambos os países.

Mas, os mencionados artigos da lei francesa de 13 de julho de 1967, de modo algum são a delimitação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica naquele Estado,

⁵¹⁴Ob.cit., pág. 462-3.

servido, aliás, pelo *Code de Commerce*, no qual, dentre outras situações a ensejar aquela medida, está a simulação, que resulta nas denominadas “sociedades de fachada”, com as quais terceiros podem ser ludibriados a com elas negociar com resultante prejuízo. Ao que Coulombel⁵¹⁵ chamou de “força invencível das aparências”, donde, naquele País, tal qual no Brasil, é de larga aplicação jurídico-processual a Teoria da Aparência.

No mesmo sentido, tem-se com relação à “interposição de pessoa” grande preocupação no direito francês, forma mais frequentemente denominada mandato ou delegação, e, face a objetivos nem sempre nobres, alcunhada de “testa-de-ferro”, na melhor concepção de J. Lamartine,⁵¹⁶ casos em que há o efetivo reconhecimento de sociedades distintas, mas, se necessário for, passíveis da aplicação da Teoria da Penetração, quando não a consideração de que se tratam da mesma pessoa, ao fundamento de que são duas ou mais pessoas jurídicas que ante a lei são tidas como uma única pessoa moral, aquelas correspondendo a uma qualidade de direito, e esta à instituição social.⁵¹⁷

6. O Direito Italiano e “ Il Superamento della personalita giuriduca”

A pesquisa face à doutrina italiana quanto à teoria da desconsideração da personalidade jurídica revela, em um primeiro plano, uma grande preocupação com os denominados “negócios indiretos”, em verdade uma simulação que muitas vezes pode ter como pretensão ilicitudes. Na melhor doutrina de Ascarelli,⁵¹⁸ o “negócio indireto” consiste no empreendimento de um dado objetivo aparente, mas que na verdade possui outra finalidade, conscientemente.

O autor pondera que nem sempre há ilicitude nessa prática, e arrola, como exemplo de simulação não vetada na lei italiana, a formação originária de sociedade pluripessoal, mas cujo objetivo premeditado é que ela, paulatinamente, tenha seu quadro reduzido a

⁵¹⁵COULOMBEL, Pierre. *Le particularisme de la contition juridique des personnes morales de droit privé*, Nancy, 1950, p. 62-3.

⁵¹⁶Ob.cit., pág. 470.

⁵¹⁷RÉNARD, Georges. *La théorie de l'institution*, Paris, 1930, pág. 244.

⁵¹⁸ASCARELLI, Túlio. *O negócio indireto. In Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo, Saraiva, 1969, pág. 138.

um único sócio, o que, naquele País, é permitido até com relação às sociedades anônimas.

Contudo, se tal implicar também em fraude contra credores ou acionistas, estará autorizada a desconsideração da personalidade jurídica, na Itália mais comumente denominada Técnica de Superamento.

No estudo específico das teorias, entretanto, tem naquele País maior relevo a doutrina de Piero Verrucoli,⁵¹⁹ que inicia seu trabalho com o enfrentamento das questões pertinentes à Teoria do Empresário Oculto, que de certa forma procura amenizar os dogmas da Teoria da Soberania, onde somente aquele que se apresentasse ostensivamente frente aos negócios da sociedade, sócio ou não, pelos mesmos responderia.

Com efeito, pela Teoria do Empresário Oculto, os atos e fatos que maior preocupação despertaria seriam a confusão patrimonial, de larga aplicação no direito brasileiro, e que quase sempre leva à decadência da empresa, e ainda, a utilização da sociedade como instrumento para o sucesso de objetivos na verdade pessoais.

Posteriormente, Verrucoli passa ao exame da Teoria da Sociedade de Fato, destinada à análise e oferta de medidas para o acertamento jurídico nos casos de sociedades de fato resultantes de parcerias não declaradas entre holding e sociedade por ela controlada, e entre sociedade principal e sociedade subsidiária, por exemplo.

Fazendo referências à Teoria da Sociedade de Fato do direito italiano, J. Lamartine⁵²⁰ aduz que também no direito francês a mesma técnica foi desenvolvida e é vastamente aplicada no âmbito jurídico-processual, enfatizando ainda que tais sociedades, com idênticos objetivos econômicos, apresentam o mesmo comportamento observado na Sociedade em Nome Coletivo.

Não bastassem estas e outras possibilidades de desvirtuamento dos fins societários preconizados pela lei e pelos respectivos estatutos, é comum a todas, no direito italiano, a compreensão de que o reconhecimento da personalidade jurídica é antes de tudo um privilégio concedido pelo estado, e, enquanto tal, não pode ser deferido sem reservas, estas consistentes na delimitação de poderes dos sócios e administradores, bem como no

⁵¹⁹VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella "commonlaw" e nella "civil law"*, Milano, Giuffrè, 1964, pág. 177-183

⁵²⁰Ob.cit., pág. 486.

afastamento da impossibilidade de distinção insuperável entre pessoa jurídica e pessoa-membro, já que, se necessário, ocorrerá o superamento da personalidade da primeira para se alcançar a esfera jurídica pessoal e patrimonial da segunda.

7. A opção, no Brasil, pelo Princípio da Separação

A Teoria da desconsideração da personalidade jurídica é uma elaboração doutrinária recente. Ganhou força na década de 50 com a publicação do trabalho de Rolf Serick na tese de doutoramento defendida perante a Universidade de Tubigen, na Alemanha, em 1953. A partir da jurisprudência norte-americana, Serick buscou definir os critérios gerais autorizadores do afastamento da autonomia das pessoas jurídicas, o que lhe conduziu à respectiva assertiva: “o juiz, diante do abuso da forma da pessoa jurídica, pode, para impedir a realização do ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre sócio e pessoa jurídica”, devendo compreender por abuso da forma qualquer ato que, por meio do instrumento da pessoa jurídica, tenha por intento frustrar a aplicação da lei, o cumprimento de obrigação contratual ou, ainda, prejudicar terceiros de modo ardiloso.

No Brasil, o tema foi abordado inicialmente pelo professor Rubens Requião, defendendo a compatibilização entre a *disregard doctrine* como é intitulada e o direito brasileiro, sem que houvesse, em nossa ordem jurídica, dispositivo legal expresso a respeito. O principal argumento da sua tese reside no fato de que as fraudes e os abusos perpetrados através das pessoas jurídicas não poderiam ser corrigidos senão com a adoção de tal teoria pelo direito pátrio.

Nesse diapasão, em razão do princípio da autonomia da pessoa jurídica, tais entes podem ser utilizados como instrumentos para a realização de fraude ou mesmo abuso de direito. Na medida em que é a sociedade o sujeito titular de direitos e obrigações, e não os seus sócios, não raramente, em face de manipulações na sua constituição, interesses de credores ou terceiros são indevidamente lesados. Ao prestigiar a autonomia desses entes jurídicos em certas situações, o ilícito cometido pelos sócios permanecerá oculto, anuviado pela licitude da conduta da pessoa jurídica. Em tais casos, como medida de repressão, justifica-se episodicamente a desconsideração da personalidade jurídica, ignorando a existência da pessoa jurídica num caso concreto, para alcançar os sócios, responsabilizando-os pessoalmente pelo ilícito causado.

O âmbito de repercussão da *disregard doctrine*, todavia, concentrou-se principalmente nas relações empresariais e dos consumidores, enfocando sempre a tutela patrimonial ao credor ou consumidor, bem como a proteção ao mercado de capitais, fato demonstrado principalmente pelo desenvolvimento da teoria no direito positivo brasileiro. O Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro dispositivo legal a se referir à desconsideração da personalidade jurídica, no seu art. 28. Os fundamentos legais elencados para a desconsideração em favor do consumidor são:

- a) abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social;
- b) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração;
- c) utilização da personalidade jurídica como meio de obstar o ressarcimento de dano causado ao consumidor.

O segundo dispositivo do direito brasileiro a fazer menção à desconsideração é o art. 18 da Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste), que possibilita a aplicação da teoria em proteção às estruturas livres de mercado, quando configurada infração à ordem econômica e, ainda, na aplicação de sanções. A teoria da despersonalização é contemplada, outrossim, no art. 4º da Lei 9.605/98, que dispõe sobre a responsabilidade por lesões ao meio ambiente.

Tais leis setoriais, entretanto, são objeto de excessiva crítica por parte dos doutrinadores, em face dos desacertos de tais dispositivos com a elaboração doutrinária da teoria, visto que incluem entre os fundamentos da desconsideração hipóteses em que a responsabilidade pode ser imputada diretamente ao sócio ou representante legal por ato ilícito próprio, não representando a personalização da sociedade óbice para essa imputação. É o caso, por exemplo, da responsabilidade de quem age com excesso de poder, infração da lei ou dos estatutos e contrato social, ou ainda no que se refere à má administração.

Alem disso, a interpretação do direito positivo deve se dar em consonância com os fundamentos teóricos da desconsideração, haja vista que a *disregard doctrine* representa uma evolução do instituto da pessoa jurídica não a sua negação, só devendo a sua autonomia ser desprezada para a coibição de fraudes ou abuso de direito. O novo Código Civil consagrou em norma expressa a teoria da desconsideração da

personalidade jurídica, adotando a linha objetivista de Fábio Konder Comparato, em que o descerramento do véu corporativo prescinde de elementos anímicos. O art. 50 do novo Código imprimiu maior enfoque ao aspeto patrimonial da desconsideração, para alcançar os bens particulares dos sócios ou administradores da pessoa jurídica. A despeito da inexistência de outras previsões legais, mister se faz ressaltar que o arcabouço de situações em que é gritante a necessidade da aplicação da teoria da despersonalização não se limita a esses ramos do direito.

Nesse sentido, verifica-se que também no âmbito do direito administrativo a aplicação da teoria sob comento torna-se pertinente, sobretudo no que tange à aplicação da penalidade de suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a Administração Pública, bem como da declaração de inidoneidade para esses mesmos fins, ante a realidade que ora se apresenta.

Com efeito, tornou-se corrente a constituição de uma nova sociedade empresária pelos mesmos sócios e com o mesmo objeto social de uma anterior, penalizada pela Administração por inadimplência contratual ou por haver sido declarada inidônea para licitar e contratar com o Estado, cujo objetivo maior é furtar-se ao cumprimento da sanção imposta, continuando a participar de licitações e contratar com a Administração Pública, burlando, desse modo, a aplicação da lei de licitações em manifesto abuso de direito.

Como expediente de coibição, deve se estender a penalidade, por via da desconsideração da personalidade jurídica, às outras sociedades que tenham sido criadas com esse fim. Desconsidera-se a personalidade jurídica da empresa penalizada para identificar os sócios, imputando a esses a penalidade como forma de predominância da atuação do Estado na apuração de suas responsabilidades, estendendo a sanção para a empresa constituída com fins espúrios. Ou, de outra forma, desconsidera-se a autonomia de ambas as sociedades para identificá-las como uma mesma empresa, penalizando assim o ente ulterior pela inexecução contratual ou conduta inidônea da primeira empresa.

A aplicação da teoria da desconsideração em tais casos, após devidamente comprovada a intenção fraudulenta da empresa criada com o intuito de ludibriar a Lei de licitações, se impõe, tendo em vista que diante de um abuso de direito o Estado não pode permanecer na inércia, sob pena de conivência com essa triste realidade e respetivo

sacrifício do interesse público. Ora, inúmeras consequências nefastas surgem para o Estado em face da ação maliciosa dessas pessoas, acarretando não só prejuízos ao erário público, como também uma prestação ineficiente do serviço público, numa total dissonância com o princípio da eficiência consagrado em sede constitucional entre os princípios regentes da Administração Pública. Pode-se falar ainda na eventual responsabilidade subsidiária do Estado em face dos danos causados a terceiros pela má prestação do serviço público.

Além disso restaria olvidado os princípios da moralidade administrativa e da razoabilidade caso o Poder Público contratasse com tais empresas criadas em manifesto abuso de direito ou fraude a lei para a prestação de serviço público, ou permitisse a continuidade da prestação.

Quanto ao princípio da eficiência, Hely Lopes Meirelles já o configurava como um dos deveres da Administração, definindo-o como “o mais moderno princípio da função administrativa, que já não mais se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.

Como esperar eficiência na prestação de um serviço e atendimento das necessidades da comunidade ao se celebrar um contrato com uma empresa maculada pela inadimplência ou pela inidoneidade para contratar, constituída apenas para frustrar a aplicação da penalidade imposta num devido processo administrativo. A ofensa ao princípio da moralidade administrativa consagrado no caput do art. 37 da Constituição Federal é gritante, pois este princípio constitui pressuposto de validade de todo ato da Administração, erigindo-se também como fator de legalidade, sendo portanto imoral e ilegal a contratação de uma sociedade empresária criada visando à utilização abusiva de sua personalidade jurídica. A agressão à moralidade evidencia-se ainda pela possibilidade de propositura de ação popular quando da celebração de contrato do Estado com tais entes criados com o objetivo de se esquivar do cumprimento da penalidade imposta.

Nesses casos, ao desconsiderar a personalidade jurídica conforme já mencionado, estará a Administração coibindo a ação dessas pessoas, impedindo-as de licitar e contratar com o ente público, visto que a pessoa jurídica inicialmente por elas engendrada já estava proibida. Agindo assim, o Poder Público guiar-se-á pelo princípio da razoabilidade,

atuando com sensatez, prudência e em conformidade com a finalidade da lei e os princípios vetores da Administração. A inexistência de dispositivo legal autorizador da despersonalização na Lei de Licitações, para muitos aplicadores do direito constitui óbice inamovível para a extensão da sanção à segunda empresa, alijando-a do certame. Argumentam que por se tratar de matéria punitiva, está o Estado adstrito ao princípio da legalidade, não podendo impor vedações senão em virtude de lei, além de estar a atuação sancionatória estatal cingida aos princípios informadores do direito penal.

Doutrina e jurisprudência, entretanto, já pacificaram entendimento no sentido de que a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, visto que se trata de medida de repressão a atos fraudulentos. Deixar de aplicá-la a pretexto de inexistência de expressa previsão legal, significaria o mesmo que amparar a fraude.

A possibilidade da aplicação da teoria da despersonalização no âmbito da licitação, com a extensão do impedimento para licitar e contratar a outra empresa, tem por fulcro o respeito ao princípio da moralidade, visto que legalidade e moralidade administrativa se interrelacionam, constituindo pressupostos de validade da conduta da Administração Pública, bem como respeito aos princípios da preponderância do interesse público sobre o privado, da eficiência e da razoabilidade.

Desse modo, uma vez comprovada a intenção fraudulenta ou abusiva da segunda empresa, deve a mesma ser alijada do procedimento licitatório como medida moralizadora, depois de lhe ser conferida o amplo direito de defesa e do contraditório em processo administrativo.

Esse entendimento vem angariando força, já existindo no anteprojeto da Lei de Licitações do Estado da Bahia previsão expressa admitindo a aplicação da teoria no campo das penalizações, no capítulo referente às sanções administrativas, dispondo o art. 190, *in verbis*: “Fica impedida de participar de licitação e contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, em data anterior à sua criação, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidónea para licitar e contratar e que tenha objeto similar ao da empresa punida”. Destarte, em abono à tese defendida no presente trabalho, no sentido de ser possível e legítima a aplicação da *disregard doctrine* no campo das penalizações administrativas, impede registrar que, com a

previsão genérica da teoria no art. 50 do novo Código Civil, estabeleceu-se uma regra geral de conduta para todas as relações jurídicas travadas na sociedade, possibilitando a correção das simulações e fraudes e outras situações em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.

O legislador brasileiro jamais deixou de se orientar, no âmbito do ordenamento jurídico inerente ao direito societário, e também nos afins, pelo Princípio da Separação, no que se refere a sócio e à sociedade. Essa sistemática faz revelar, desde logo, que também no Brasil não há concessão de intocáveis privilégios decorrentes da proteção em tese viabilizada pelo manto do ente moral, como se os feitos desse não decorressem obrigatoriamente da ação dos agentes humanos.

Nessa perspectiva histórica, já com o advento da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, que instituiu o Código Civil até recentemente em vigor, não se deixava quaisquer dúvidas naquele sentido. Com efeito, o artigo 20 daquele código, de manifesta atualidade, rezava: “...As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus sócios.”

No direito tributário, temos as disposições do artigo 134, inciso VII, do Código Tributário Nacional - Lei nº 5.172, de 25/10/1966 - onde se impõe aos sócios solidariedade tributária para com a sociedade, pelas omissões de que forem responsáveis. O artigo seguinte fala em responsabilidade pessoal pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias quando decorrentes de excesso de poder ou nos casos de infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos constitutivos da sociedade.

Nesse particular, não estão mencionados somente os sócios-proprietários, mas também mandatários, prepostos, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Analisando a questão, Aliomar Baleeiro⁵²¹ chama a atenção para o fato de que no artigo 135 do Código Tributário Nacional não se fala mais somente em solidariedade, como ocorre no anterior, mas mesmo de responsabilidade por substituição, no que, além da obrigação principal, devem ser alcançados pelas penalidades e demais obrigações acessórias.

⁵²¹BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed. rev.atual. por Flávio Bauer Novelli. Forense, Rio de Janeiro, 1983, pág. 489-492.

J.M. Carvalho Santos,⁵²² discorrendo a respeito do abuso da personalidade jurídica, lembra que no anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, que substituiria a Lei de Introdução ao Código Civil, havia a previsão do artigo 11, cujo texto era expresso: “Não será protegido o direito que for ou deixar ser exercido em prejuízo do próximo ou de modo egoísta, excessivo ou anti-social”. A partir deste anteprojeto, que não logrou êxito a converter em lei, Carvalho Santos comentou,

“Novos aspetos de abuso do direito têm sido observados em relação a certos atos, em que se constituem pessoas jurídicas desviadas de sua verdadeira finalidade e até com intuito de fraude. Não podendo ou não querendo aparecer como pessoa natural e com intenção de praticar atos de outro modo vedados, alguns constituem uma pessoa jurídica, com a participação, consciente ou não, de outras pessoas. Os negócios passam a ser de uma entidade que, em verdade, serve apenas para disfarce. Assim, por exemplo, se um funcionário não pode participar de uma concorrência, forma uma pessoa jurídica, com a inclusão de parentes. Também certos devedores de vultosas somas, constituem pessoas jurídicas às quais transferem a maior parte dos bens, não podendo os credores executar os débitos, já que os bens da pessoa jurídica não pertencem aos sócios”.

Advertimos, por oportuno, que estas alusões não implicam objetivamente em inferências na doutrina do *disregard of legal entity*, teoria diversa, mas, retornamos a ressaltar, tão somente uma retrospectiva para demonstrar a inequívoca opção do legislador brasileiro pela separação entre sócio e sociedade, mesmo porque, não obstante a questão do abuso de direito e da confusão patrimonial já vir desde há muito enfrentada no Brasil, no campo doutrinário ela somente tomou dimensão significativa a partir de 1969, através do jurista paranaense Rubens Requião, em artigo que nos apresentou de maneira científica as teorias do *disregard of legal entity* nos Estados Unidos da América do Norte, *durchrigft der juristischen person* na Alemanha, *superamento della personalità guiridica* na Itália, e, teoria de *la penetración*, na Espanha,⁵²³ as mais difundidas em todo o mundo.

⁵²²CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XXXIV, suplemento IX, por SemyGlanz. Livraria Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1982, pág. 12-14.

⁵²³REQUIÃO, Rubens. “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregarddoctrine)”, *Revista dos Tribunais*, 410:1969, pág12-14.

Mas, a despeito do que se verifica face a todos os aspetos importantes do direito, muitas foram as polémicas surgidas no âmbito nacional à respeito da nova teoria, principalmente quando, em 1979, J. Lamartine lançou *A Dupla Crise da Personalidade Jurídica*,⁵²⁴ primeira e mais completa obra de um autor brasileiro a incorporar no nosso património jurídico completa pesquisa e posicionamento científico satisfatoriamente exaustivo quanto aos aspetos doutrinários da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Assim é que, abordando a respeito dos posicionamentos doutrinários de Rubens Requião, J. Lamartine é bastante prudente, mas incisivo, senão vejamos:

“A segunda contribuição da Doutrina brasileira que merece menção especial é o hoje já renomado trabalho do Prof. Rubens Requião; trata-se de trabalho altamente meritório por ter sido pioneiro entre nós na divulgação da problemática da desconsideração, com análise, de modo especial, dos trabalhos de SERICK e VERRUCCOLI. O trabalho do Prof. Requião solicita a atenção do leitor para o significado do art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho que, ao conhecer como única entidade econômica a união de empresas ou entre a empresa mater e suas filiadadas, para os efeitos trabalhistas, estaria desprezando e penetrando “o véu que as encobre e individualiza, desconsiderando a personalidade independente de cada uma das subsidiárias”.

Vê também o Prof. Requião exemplo de desconsideração no caso dos arts. 121 e 122 do revogado Decreto-lei n. 2.627/1940, afirmativa com que não podemos concordar: quando são responsabilizados diretores que, embora agindo dentro de suas atribuições, o fizeram com culpa ou dolo, é a culpa ou o dolo próprios que levam a imputar responsabilidade à pessoa natural, responsabilidade de resto inimputável à pessoa jurídica, não havendo portanto qualquer desconsideração; a responsabilidade solidária dos diretores por não-cumprimento de obrigações ou deveres impostos pela lei a fim de assegurar o funcionamento normal da sociedade deriva também de fato próprio dos diretores, como pessoas naturais, nada havendo de desconsideração em tal responsabilidade.

Depois de minuciosa análise de vários casos jurisprudenciais (incluídos em nossa própria análise jurisprudencial), critica o Prof. Requião curioso caso de responsabilização de sócios de sociedade por quotas de responsabilidade limitada pela

⁵²⁴Ob.cit.pág.. 27

omissão em segurar imóvel que veio a sofrer incêndio: é irresponsável sua crítica sobre a absurda fundamentação com base na distinção civil-mercantil utilizada pelo Tribunal. De um modo geral, a posição esposada pelo Prof. Requião foi subjetivista, esposando o disregard quando a pessoa jurídica tenha sido instrumento de fraude ou abuso de direito imputável aos sócios”.⁵²⁵

Tendo a teoria assim se iniciado com tanta riqueza jurídica, outro futuro não se poderia esperar quanto à mesma no Brasil, hoje norma cogente depreendida de maneira clara e objetiva de diversos textos do ordenamento jurídico brasileiro.

8. A Doutrina do Levantamiento Del Velo de La Personalidad Juridica em Espanha

Segundo Carmen Boldo Roda, "a *jurisprudencia*" espanhola, tal como aconteceu em outros países, também admitiu a doutrina do levantamento do véu da personalidade jurídica. Sem dúvida esta admissão é bastante recente, já que, inicialmente o Supremo Tribunal não manteve expressamente a doutrina do levantamento de véu, senão o que foi qualificado como doutrina de terceiros"⁵²⁶. A jurisprudência espanhola, para evitar a fraude a lei e ao contrato, tem afastado as pretensões de supostos terceiros em manifestações equivalentes à da desconsideração da personalidade jurídica. A desconsideração e a *doctrina de terceros* não são no todo, equiparáveis, mas coincidem em relação as soluções alcançadas⁵²⁷.

Uma das primeiras sentenças que refletem a relativização da *doctrina de terceros* foi prolatada em 7 de junho de 1927. O Supremo Tribunal da Espanha negou a condição de terceiro de uma sociedade familiar constituída para encobrir a obrigação de pagamento. "*La sociedad se habia constituido dias despues de haber sido desestimado el recurso de*

⁵²⁵Ob.cit., pág. 554-5.

⁵²⁶ RODA, Carmen Boldo. *Levantamiento del Veto y Persona Juridica en el Derecho Privado Espanol*, 2000, p. 207 (tradução nossa). "la jurisprudencia española. al igual que ha sucedido en otros países. también ha admitido la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Sin embargo esta admisión ha sido bastante reciente. ya que. inicialmente el Tribunal Supremo no mantuvo expresamente la doctrina del levantamiento del velo. sino lo que se califico como doctrina de terceros".

⁵²⁷ RODA. 2000.ob.cit. pág. 208.

casacion entablado contra el laudo"⁵²⁸. O Supremo Tribunal declarou:

"que não pode tentar a formação de uma sociedade para criar uma figura de terceiro e amparar-se nas imunidades da lei, quem não pode alegar ignorância acerca dos motivos e fundamentos do ato que pretende desconhecer. Que os credores particulares de cada um dos sócios tem direito de pedir embargo e leilão da parte deste no fundo social portanto, a sociedade não se encontra, com relação aos bens contribuídos por aquele e embargados por um credor, no conceito de terceiro"⁵²⁹.

A relativização da *doctrina de terceros* foi mantida em outras decisões, como, por exemplo, na Sentença de 8 de outubro de 1929, em um caso no qual o Supremo Tribunal da Espanha nega a condição de terceiro a uma sociedade, por existir um contrato simulado e contrario aos princípios da boa-fé. O Tribunal declarou naquela ocasião:

*"não esta demonstrado a existência neste pleito da sociedade C.M.C. e companhia, como pessoa distinta do executado, por considerar que e um contrato simulado o de constituição em sociedade e que falta, por isso, a distinção jurídico-processual entre ambas as partes contrapostas, distinção que foi negada pela Advocacia do Estado; por essa razão, e obvio que a entidade autora não e terceira para os efeitos do processo, e, conseqüentemente carece da ação que exerce, e falta também a boa fé exigida pelo artigo 464 do Código Civil para que exista em favor de dita sociedade autora o domínio que pretende ostentar e que serve de base a sua demandada"*⁵³⁰

⁵²⁸ RODA. 2000. Ob.cit.pág. 210.

⁵²⁹ Idem ib (traducao nossa). "que no puede intentar la formation de una sociedad para crear una figura de tercero y ampararse en las inmunidades de la ley. quien no puede alegar ignorancia acerca de los motivos y fundamentos del acto que pretende desconocer. Que los acreedores particulares de cada uno de los socios tienen derecho a pedir el embargo y remate de la parte de este en el fondo social por lo que la sociedad no se halla en relation a los bienes aportados por aquel y embargados por un acreedor en el concepto de tercero".

⁵³⁰ RODA. 2000.ob.cit. p+ag. 210 (traducao nossa). "no esta demostrado la existencia em esta litis de la sociedad C.M.C. y compania. como persona distinta de lo ejecutado. por estimar que es un contrato simulado el de constitution en sociedad y que falta. por ello. la distincion juridico procesal entre ambas partes contendientes. distincion que ha sido negada por la Abogacia del Estado; por dicha razon, es obvio. que la entidad actora no es tercera a los efectos del procedimiento. y. en consecuencia carece de la action que ejercita. y falta tambien la buena fe exigida por el articulo 464 delCodigo Civil para que exista a favor de dicha sociedad actora el dominio que pretende ostentar y que sirve de base a su demandada".

Puig Brutau, ao comentar a sentença acima, observa:

"1) que a sociedade interveniente não existe porque é um contrato simulado o de sua constituição;

2) que por isso a sociedade não é um terceiro;

3) que falta também a boa fé que exige o artigo 464º do Código Civil".

Nessa interessante sentença Brutau destaca a conexão existente entre a *doctrina de terceros* e a desconsideração, já que ambas servem para frustrar uma manobra que o direito não pode admitir⁵³¹.

A *doctrina de terceros* repete-se em um caso de arrendamento urbano proferido pela Sentença de 26 de janeiro de 1952 que, posteriormente, originou a aplicação da própria teoria da desconsideração⁵³².

O que podemos observar pelos julgados transcritos acima é que a *doctrina de terceros* alcança os mesmos resultados da desconsideração da personalidade jurídica, faltando pelo Supremo Tribunal da Espanha uma referenda expressa da doutrina da desconsideração como uma formulação definitiva da mesma, o que só se concretizaria nos anos 1980.

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica só veio a ser formulada como instituto próprio pelo Tribunal Supremo espanhol em decisão proferida em 28 de maio de 1984, muito embora tenha existido um precedente na sentença de 8 de janeiro de 1980, que investigou a real intenção da pessoa jurídica sem se deter a sua forma.

O *case* que deu origem a sentença de 1984 era o seguinte: Ação de indemnização intentada pela empresa Uto Ibérica, proprietária de apartamentos na região de Palma de Mallorca, em virtude dos prejuízos causados pela impossibilidade de alugar seus apartamentos na época da temporada mediante a falta de abastecimento de água na região, derivada de uma rutura na rede de abastecimento de águas do Município de Palma de Mallorca; serviço este que a Prefeitura teria contratado com a sociedade anónima constituída para o fim específico de prestar o abastecimento de água, Empresa Municipal de Aguas Y Alcantarillado (Emaya).

A ação ajuizada pela Uto Ibérica, proprietária dos imóveis, em face da Prefeitura Municipal foi fundamentada com base no art. 1.902 do Código Civil espanhol. A

⁵³¹ Brutau. *Fundamentos de Derecho Civil I, Parte General, 1-2*, Barcelona. 1979. apud Roda. 2000. p. 210-1. (tradução nossa). "1) que la sociedad tercerista no existe porque es un contrato simulado el de su constitution; 2) que por ello la sociedad no es un tercero; 3) que falta tambien la buena fe que exige el articulo 464 del Codigo Civil".

⁵³² RODA. 2000. Ob.cit.pág. 212.

Prefeitura, por sua vez, alegou ilegitimidade passiva, uma vez que a Emaya, pessoa jurídica própria, seria a responsável pelo pagamento da indenização pleiteada. Em razão das alegações da Prefeitura, a Uto Ibérica ajuizou idêntica ação em face da Emaya (apensada ao processo contra a Prefeitura), que alegou ter ocorrido a prescrição para o ajuizamento da ação em face dela⁵³³.

O julgamento de primeira instância reconheceu a ilegitimidade da Prefeitura e negou o pedido de prescrição da Emaya, que se tornou Ré na respetiva ação. A empresa Ré apelou de referida decisão, entendendo que a reclamação intentada contra a Prefeitura não interromperia o prazo de prescrição frente a Emaya, já que possui personalidade jurídica própria e distinta da Prefeitura, inexistindo responsabilidade solidaria de ambas. O Tribunal desestimou o recurso intentado pela Emaya, baseando-se no fato de a Prefeitura ser órgão da Sociedade Municipal e o Prefeito, Presidente de seu Conselho, por deter o poder de gestão da entidade, ser circunstancia mais que suficiente para não considerar terceiro ou estranho a Prefeitura, a sociedade municipal demandada e, conseqüentemente, bastante para chegar a mesma conclusão que a sentença impugnada, ou seja, que a interpelação feita ao Município vale para a sociedade como órgão integrante desta e que esta não pode nem deve pretender escapar de seus efeitos, determinados no artigo 1973 do Código Civil, por conseguinte violado⁵³⁴.

Essa sentença foi objeto de críticas por parte de alguns doutrinadores, principalmente por Pantaleon Prieto. Segundo ele, se foi considerado pelo Tribunal que a Ayuntamiento de Palma e Emaya são a mesma pessoa, o que levou, inclusive, a interromper a prescrição, por que não ter aplicado os efeitos da responsabilidade civil para também condenar a Prefeitura de Palma de Mallorca? Para o autor, tratou-se de um problema de interpretação de normas⁵³⁵.

Com a sentença de 28 de maio de 1984, o Tribunal Supremo da Espanha fundamentou a aplicação da teoria da desconsideração, baseado nos seguintes pressupostos:

"1) Conflito entre segurança jurídica e justiça;

2) Aplicação por via de equidade e com acolhimento do princípio de boa fé;

¹²¹ RODA. 2000.ob.cit. pág. 222.

⁵³⁴ RODA. 2000.ob.cit. pág. 223.

⁵³⁵ Pantaleon Prieto. *Comentario a la Sentencia de 28 de niavo de 1984*, CCJC. 1984. p. 1.711 y ss. apud Roda. 2000. p. 224.

3) Fraude a lei e prejuízo de interesses;

4) Abuso de direito e exercício antissocial do mesmo"⁵³⁶.

Outros doutrinadores, como Merino Gutierrez, Molina Navarrete e De Castro, ressaltam que o abuso da personalidade jurídica vem trazendo consequências preocupantes devido a proliferação de condutas fraudulentas, dentre elas, fraude a lei e fraude a credores. Afirmam que a facilidade para cometimento de irregularidades advém da natureza da pessoa jurídica - distinta de seus membros⁵³⁷.

Ricardo Yaguez, ao mencionar o trabalho do autor De La Camara, cita as aplicações concretas da desconsideração da personalidade jurídica no direito espanhol. São elas:

- (i) "casos em que se simula a constituição de uma sociedade para eludir o cumprimento de um contrato, burlar os direitos de terceiros ou eludir a lei",
- (ii) "casos em que a hipótese de fato deva resolver-se em função da *ratio* a que responde a normativa da pessoa jurídica"; e, por fim,
- (iii) "os casos em que é necessário desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade para evitar que o grupo, ao amparo da personificação que desfruta, possa dedicar-se a atividades que estão proibidas aos indivíduos que a compõem.

Podemos, concluir, portanto, que o ordenamento jurídico na Espanha, que já muito se assemelha com o direito brasileiro, não é diferente quando se trata da matéria de desconsideração da personalidade jurídica, como pudemos observar pela decisão dos julgados acima.

9. A Disregard na Argentina

A limitação da personalidade jurídica nas sociedades comerciais tem sido muito estudada por parte dos doutrinadores argentinos, o que tem difundido a aplicação da teoria da desconsideração.

⁵³⁶ RODA. 2000. pág. 228 (tradução nossa). "1) Conflicto entre seguridad jurídica y justicia; 2) Aplicacion por via de equidad y con acogimiento al principio de buena fe; 3) Fraude de ley y pejuicio de intereses; 4) Abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo".

¹²⁵ YAGUEZ, Ricardo de Angel, *La Doctrina del levantamiento del velo de la persona juridica en la jurisprudencia*, 1997, pág. 50.

O autor argentino Eduardo Zannoni, ao citar em sua obra trecho da exposição de motivos da Lei de Sociedades Comerciais n° 19.550, de 25 de abril de 1972, ressalta a posição do legislador societário quanto a natureza da pessoa jurídica:

*"adota-se a mais evoluída posição com relação a personalidade jurídica e deste modo (...) a sociedade (...) constitui uma realidade jurídica (...) que a lei reconhece como meio técnico para que todo o grupo de indivíduos possa realizar o fim lícito que se propõe. Com esta norma (alude-se ao art. 2° que tipifica ou, melhor, conceitua as sociedades como sujeitos de direito) a lei possibilita, finalmente, uma ampla elaboração das conseqüências da personalidade jurídica, e também de soluções para aqueles casos em que este recurso técnico seja empregado para fins que excedam as razões de sua regulamentação"*⁵³⁸.

Segundo Zannoni, "o objeto de qualquer sociedade esta determinado pela atividade concreta que ela se propõe a realizar, ou seja, a atividade económica prevista no ato constitutivo. Essa atividade económica constitui, em seu exercício, o fim buscado, o interesse patrimonial desejado por aqueles que constituíram a sociedade (...). A finalidade da sociedade - sua causa - esta relacionada com a realiza9ao da atividade económica - o objeto"⁵³⁹. Se o objeto (atividade económica da sociedade) e perseguido pelos sócios para obtenção de uma finalidade lícita, não há o que se falar sobre desconsideração.

A *disregard* só será aplicada quando for necessário frustrar um resultado antijurídico que, com a constituição da sociedade, se pretendeu alcançar⁵⁴⁰.

⁵³⁸ ZANNONI, Eduardo,. La normativa societaria ante los actos fraudulentos de la sociedad. Replanteo de la teoria del "Disregard". *Revista de Direito Civil, Imobildrio, Agrario e Empresarial*, v. 9, jul./set. 1979, pág. 167 (traducao nossa). "se adopta la mas evolucionada position en punto a la personalidad juridica y de este modo (...) la sociedad (...) constituye una realidad juridica (...) que la ley reconoce como medio tecnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone. Con esta norma (se alude al art. 2 que tipifica o. mejor, conceptua a las sociedades como sujetos de derecho) la ley possibilita. en fin, una amplio elaboration de las consecuencias de la personalidad juridica. y tambien de soluciones para aquellos casos en que este recurso tecnico sea empleado para fines que excedan las razones de su regulation".

⁵³⁹ ZANNONI, 1979, pág. 168 (tradução nossa) - "el objeto de cualquier sociedad esta determinado por la actividad concreta que ella se propone realizar, o sea. la actividad economica prevista en el acto constitutivo. Esta actividad economica constituye. en su ejercicio. el fin buscado. el interes patrimonial deseado por quienes han constituido la sociedad (...). El fin de la sociedad - su causa - la realization de la actividad economica - el objeto".

⁵⁴⁰ ZANNONI. 1979." Ob.cit.pág. 169 e 171.

O autor traz alguns exemplos de decisões da jurisprudência argentina que aplicaram a teoria da desconsideração. Dentre elas, podemos destacar o caso *Swift de La Plata S.A.*, empresa frigorífica que se apresentou na assembleia de credores propondo um acordo para pagamento das dívidas, o que foi votado favoravelmente por seus credores. O Juiz advertiu que a aludida empresa era integrante de um grupo económico chamado Deltec, que controlava não só a Swift de La Plata como também outras empresas que, inclusive, apareciam como credoras desta última. Dessa forma, o Juiz declarou que a empresa não era vítima inculpável de seu desequilíbrio patrimonial, estendendo, através da aplicação da teoria da desconsideração, a responsabilidades pelos débitos a todas as empresas do grupo Deltec⁵⁴¹.

Hector Masnatta, que também muito contribuiu para a sistematização da desconsideração na Argentina, afirma que a desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada para coibir abusos e para reabilitar a verdadeira situação, em benefício dos próprios integrantes do ente. Ao sintetizar a teoria, preceituou que:

*"Se se abusa da pessoa jurídica para alcançar fins contrários à vida da sociedade, é possível adotar medidas contra os indivíduos, com relação às verdadeiras relações encobertas atrás da máscara da pessoa jurídica, que não pode ser obstáculo ao cumprimento de uma sentença justa. Não podem ser legalizados, em virtude de preceitos de lógica, nem de dogma da diversidade entre a pessoa jurídica e seus membros, atos abusivos de nenhuma natureza"*⁵⁴².

Os exemplos trazidos por Masnatta referem-se à aplicação da legislação especial de proteção aos inquilinos, trazendo à colação a discussão sobre a ocorrência ou não da decisão de despejo em virtude de transferência do locatário⁵⁴³. O que se pode verificar é

⁵⁴¹ ZANNONI, 1979, ob.cit.pág. 172 - "Fallo de primera instancia del doctor Lozada. 8-11-71 y CNCiv. Sala C. 6-6-2,D. 43-130".

⁵⁴²MASNATTA, Hector, *El abuso de derecho a traves de la persona colectiva (Teoria de la penetracion)*. Rosario: Orbir, 1967, p. 22, apud Zannoni, 1979, p. 171 (traducao nossa). "Si se abusa de la persona juridica para alcanzar fines contrarios a la vida de la sociedad. es posible adoptar medidas contra los individuos. respecto de las verdaderas relaciones encubiertas tras mascara de la persona juridica. que no puede ser obstaculo para el cumplimiento de una sentencia justa. No pueden legalizarse. en merito a preceptos de logica. ni al dogma de la diversidad entre la persona juridica y sus miembros. actos abusivos de ninguna naturaleza".

⁵⁴³MASNATTA, Hector, *El abuso de derecho a traves de la persona coletiva (Teoria de la penetracion)*.Rosario: Orbir, 1967. pág. 55-6. apud Oliveira. 1979. pág. 512..

que, nos referidos exemplos em que pode se vislumbrar a desconsideração, a teoria foi aplicada para proteger o inquilino, ou seja, a autonomia da pessoa jurídica não foi conhecida justamente para proteger aquele inquilino que, ao transferir a condição de locatário para uma pessoa jurídica, não tivesse o despejo decretado pelo locador, sob a alegação de que se trata da mesma pessoa⁵⁴⁴.

Daniel E. Moeremans afirma que, na Argentina, "não somente encontrou a teoria um importante eco na doutrina, com também foi positivada no art. 54, parágrafo 3º da Lei de Sociedades Comerciais. E por isso que em nosso país praticamente não existem dúvidas sobre seu caráter de instituto jurídico uniforme"⁵⁴⁵. Esse artigo cuida de dolo ou culpa do sócio ou do controlador, por danos ocorridos a sociedade, imputando a seus autores a responsabilidade solidária de indenizar, bem como acolhendo expressamente a desconsideração da personalidade jurídica pela inoponibilidade da personalidade jurídica⁵⁴⁶. Essa responsabilidade é estendida também a funcionários da sociedade, nos termos do art. 18, § 3º, e do art. 99 da mesma Lei⁵⁴⁷.

O autor afirma que, para a aplicação da desconsideração, deve-se ter a presença dos seguintes elementos:

⁵⁴⁴ MASNATTA., ob.cit.1967. apud Oliveira. 1979. p. 515-6

⁵⁴⁵ MOEREMANS, Daniel E., Extension de la responsabilidad de los socios em las sociedades de capital a traves del "Disregard of the legal entity". *Revista de Informacao Legislativa*, n. 104, out./dez. 1989, pág. 342-3 (tradução nossa). "no solo ha encontrado la teoria un importante eco en la doctrina. sido tambien la mismo ha sido positivada en el art. 54 Parrafo 3º de la Ley de Sociedades Comerciales Es por ello que en nuestro país practicamente no existen dudas sobre su caracter de instituto juridico uniforme".

⁵⁴⁶ Art. 54. Dolo o culpa del socio o del controlante. - El dano ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socio e de quienes no siendolo la controlen, constituye a sus autores en la obligation solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensation con el lucro que su actuacion haya proporcionado en otros negocios.

El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de terceros esta obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes. siendo las perdidas de su cuenta exclusiva.

Inoponibilidad de la personalidad juridica. La actuacion de la sociedad que encubra la consecution de fines extrasocietarios. constituya un mero recurso para violar la ley. el orden publico o la buena fe o para frustrar derechos de terceros. se imputara directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible. quienes responderan solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

⁵⁴⁷ Art. 18. *Responsabilidad de los administradores y socios*. (Tercer parrafo) - Los socios. los administradores y quienes actucn como tales en la gestion social responderan ilimitada y solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados.

Art. 99. *Administradores: facultades y deberes*. - Los administradores. con posterioridad al vencimiento del plazo de duration de la sociedad o al acuerdo de disolucion o a la declaration de haberse comprobado alguna de las causales de disolucion solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidation.

"a) De um lado a sociedade deve ser designada por outra pessoa física ou jurídica (sócia ou não);

b) o 'tempo' no qual o instituto exerce um papel; y

c) deve se respeitar o princípio de '*subsidiariedade*'.

Conclui ao defender que a desconsideração só pode ser aplicada quando o caso concreto não puder ser solucionado através da aplicação dos princípios gerais de direito civil (princípio da subsidiariedade)⁵⁴⁸.

Guillermo Cabanellas de Las Cuevas, na sua obra sobre *La Personalidad Jurídica Societaria*, afirma que, do ponto de vista histórico, a desconsideração da personalidade societária, seja no direito argentino ou nos demais sistemas jurídicos contemporâneos, não é consequência de um esforço legislativo, mas sim de uma origem fundamentalmente jurisprudencial, praticamente na totalidade dos países onde essa doutrina teve aplicação efetiva⁵⁴⁹. Afirma, também, a grande variedade de situações que justificam a invocação da doutrina ao escrever que:

"Constitui um erro pretender descrever estes extremos sob uma única fórmula 'omnicomprensiva', particularmente se pretende-se que a mesma seja juridicamente operante. Assim, por exemplo, dizer que a desconsideração da personalidade societária tem lugar quando tal personalidade é empregada com fins ilícitos, tem um valor meramente descritivo e introdutório da temática aqui analisada, já que se trata justamente de determinar quando os fins da utilização da personalidade societária são de tal forma ilícitos que conduzam a desconsideração daquela. Além disso, os motivos que dão lugar a aplicação da desconsideração da personalidade societária são de ordens muito diferentes: fiscais, de proteção dos sócios, trabalhistas, de proteção dos credores, etc. Seria a priori improvável que um conjunto tão heterogêneo de funções, a ser cumprido pelos mecanismos de desconsideração da personalidade societária,

⁵⁴⁸ CUEVAS, Guillermo Cabanellas de Las, *Derecho societario: parte general - la personalidad jurídica societaria*, 1994, pág. 70.

pudesse ser realizado mediante una estructura normativa homogénea"⁵⁵⁰.

Juan Dobson tratou com profundidade a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito privado argentino, enfocando as várias espécies de abuso da personalidade jurídica e suas consequências. Atentou para o fato de o legislador argentino, em vários dispositivos, estabelecer proteção a credores e a terceiros, em face de uma sociedade comercial, diante da relação de confiança subsistente. Aludida proteção ocorre pelo formalismo nas contratações envolvendo as sociedades, sob pena de nulidade. Se o formalismo dos negócios jurídicos envolvendo sociedades comerciais não for observado, implicara a aplicação da desconsideração para alcançar os sócios da sociedade e, conseqüentemente, seus patrimônios pessoais.

O Direito Civil argentino, assim como o brasileiro, ambos derivados do sistema *civil law*, estabelecem em seus respectivos Códigos os princípios básicos dos quais decorrem as leis especiais. Sendo assim, o Código Civil argentino também traz alguns dispositivos que autorizam o acolhimento da teoria da desconsideração.

A título exemplificativo, são eles: o art. 1.713.⁵⁵¹, que estabelece que os credores da sociedade são, ao mesmo tempo, credores de seus sócios; o art. 512.⁵⁵², que disciplina a responsabilidade do devedor em razão de ato culposo no cumprimento das obrigações; o art. 931.⁵⁵³, que define a ação dolosa como meio para conseguir a execução de um ato falso ou dissimulação de um verdadeiro, bem como qualquer artifício, astúcia ou maquinação praticada com essa finalidade; o art. 954.⁵⁵⁴, que autoriza a anulação dos

⁵⁵⁰ CUEVAS., ob.cit. 1994, pág. 71 (tradução nossa). "Constituye un error pretender describir estos extremos bajo una sola formula omnicompreensiva. particularmente si se intenta que la misma sea juridicamente operante. Asi. por ejemplo. decir que la desestimacion de la personalidad societaria tiene lugar cuando tal personalidad es empregada con fines ilicitos. tiene un valor meramente descriptivo e introductorio de la tematica aqui analizada. pues de lo que se trata justamente es de determinar cuando dos fines de la utilizacion de la personalidad societaria son de tal modo ilicitos que conduzcan a la desestimacion de aquella. Adicionalmente. los motivos que dan lugar a la aplicacion de la desestimacion de la personalidad societaria son de muy variado orden: fiscales. de protection de los socios. laborales. de protection de los acreedores. etc. Seria *a priori* improbable que un conjunto tan heterogeneo de funciones. a cumplirse por los mecanismos de desestimacion de la personalidad societaria. pudiera tener realizacion mediante una estructura normativa homogénea".

⁵⁵¹ Art. 1.713 - Los acreedores de la sociedad son acreedores. al mismo tiempo, de los socios.

⁵⁵² Art. 512 - La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligation, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas. del tiempo y del lugar.

⁵⁵³ Art. 931 - Action dolosa para conseguir la ejecucion de un acto. es toda asercion de lo que es falso o disimulacion de lo verdadero. cualquier artifício. astucia o maquinacion que se emplee con ese fin.

⁵⁵⁴ Art. 954 - Podran anularse los actos viciados de error, dolo. violencia. intimidation o simulation. Tambien podra demandarse la nulidad o la modification de los actos juridicos cuando una de las partes,

atos viciados de erro, dolo, violência, intimidação ou simulação; e o art. 1.109.^{o555}, que imputa a responsabilidade decorrente de atos culposos ou de negligência aos causadores de prejuízos a outrem.

Em relação a desconsideração da personalidade jurídica no grupo de empresas, podemos afirmar que os doutrinadores argentinos aceitam a possibilidade da controladora responder pelos atos da controlada, divergindo no que diz respeito as condições necessárias para que tal fato aconteça. Juan Dobson, com o fim de minimizar as divergências doutrinárias, destaca as três posições mais utilizadas pela doutrina:

- 1^a) a mera existência do controle já enseja a responsabilidade da controladora perante atos da controlada;
- 2^a) a segunda corrente acredita que a mera existência do controle não é suficiente para responsabilizar a controladora por atos da controlada, sendo necessário que os atos entre elas (controladora e controlada) sejam considerados anormais ou irregulares; e
- 3^a) o desvio de objeto social da controlada por parte da controladora deve ser o critério para atribuição da responsabilidade.

O legislador argentino adotou as duas últimas correntes como sendo as mais corretas para imputar a responsabilidade entre controladora e controlada.

explotando la necesidad. ligereza o inexperiencia de la otra. obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. (...).

⁵⁵⁵ Art. 1.109 - Todo el que ejecuta un hecho. que por su culpa o negligencia ocasiona un dano a outro esta obligado a la reparation del perjuicio. Esta obligation es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil.

PARTE III

CAPÍTULO I

O INSTITUO DA REVERSÃO FISCAL FACE À RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA TRIBUTÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Mas não é só no âmbito da desconsideração da personalidade jurídica das pessoas coletivas que a alteração legislativa de 2011, objeto do presente estudo, se reflete negativamente.

Paralelamente, deparamos com um quadro dantesco na eventual impossibilidade de cobrança de quaisquer tributos fiscais em dívida pelas sociedades por quotas, face à inexistência de capital social próprio e coadunado com o exercício de qualquer que seja a atividade a que se propuserem, e que, por lhes ter sido concedida a sua constituição nesses moldes, torna inócuo todo o procedimento de reversão em sede de execução fiscal, junto da Administração Tributária, quando, à partida, a inexistência de bens próprios dos sócios, é, com toda a certeza, um facto adquirido.

Senão, vejamos,

1. Breves Considerações gerais

Sinónimo de um sistema fiscal cada vez mais centrado na arrecadação de receita, em detrimento (muitas vezes) dos princípios base que definem, caracterizam e protegem a posição (frágil) do contribuinte no sistema fiscal português, a Reversão Fiscal, como adiante teremos ocasião de melhor explicitar e tratar, mais não é do que um mecanismo que visa o chamamento à execução fiscal do responsável subsidiário por dívidas tributárias do devedor originário (pessoa coletiva), que vive uma situação de insuficiência ou inexistência de património para assegurar a cobrança dessas dívidas.

Muito embora dotadas de capacidade e personalidade jurídicas próprias, as pessoas coletivas estão impossibilitadas de agir por si mesmas na prossecução dos seus fins estatutários, sendo por isso representadas por pessoas físicas, que no âmbito dos poderes que lhes são atribuídos, prosseguem os interesses e fins daquelas, concretizando-os materialmente. Representam-nas, celebram negócios jurídicos em seu nome, exteriorizam as suas vontades, cujo resultado se refletirá na esfera jurídica da pessoa coletiva que representam. Tratam-se por isso, dos seus órgãos representativos ou executivos.

Assim, a esta representação corresponde um dever de diligência por parte dos gerentes ou administradores de pessoas coletivas. São por isso estes os responsáveis pelo destino societário da pessoa coletiva que representam. Como tal, sempre que os deveres de diligência que impendem sobre a gerência e administração da pessoa coletiva em causa sejam culposamente violados, e depois de apreciados e preenchidos os requisitos substantivos e adjetivos afetos ao referido mecanismo, com o impulso do mecanismo da Reversão Fiscal, a Administração Tributária reage.

Com o direcionamento da execução fiscal para o devedor subsidiário, visa a Administração Fiscal, o pagamento de dívidas tributárias, multas ou coimas aplicadas por infrações tributárias praticadas pelo devedor originário. A dívida tributária é então revertida para o sujeito passivo subsidiário daquela relação jurídica, sempre que o património do sujeito passivo originário seja inexistente ou insuficiente para assegurar a satisfação do crédito da Administração Fiscal e a falta de pagamento lhe seja imputável.

Desta forma, a Reversão Fiscal verificar-se-á sempre que, com culpa do agente (gerente de facto), ocorra o não pagamento da dívida tributária, sendo determinante a aferição do comportamento doloso ou negligente do mesmo. Toda a responsabilidade materializa-se com a reversão do processo de execução fiscal, conforme o disposto no artigo 23º da LGT, e está dependente de fundada insuficiência de bens penhoráveis do devedor principal (que decorre, desde logo, da própria lei), e responsáveis solidários (que vai decorrer, por analogia, da própria lei, ao permitir aos sócios acautelarem, desde logo, o seu património pessoal) , sem prejuízo do benefício da excussão prévia do devedor originário. Conforme o preceituado no número 4, do artigo 23º da LGT “A reversão, mesmos nos casos de presunção legal de culpa, é precedida de audição do responsável subsidiário nos termos da presente lei, e da declaração fundamentada dos seus pressupostos e extensão, a incluir na citação.”

Tendo em conta que, as obrigações fiscais são obrigações sem contrapartida, o instituto da reversão fiscal tem por finalidade dissuadir e prevenir o atropelo do princípio da boa prática tributária, previsto no artigo 32º da LGT, que preconiza que “Aos representantes de pessoas singulares e quaisquer pessoas que exerçam funções de administração em pessoas coletivas ou entes fiscalmente equiparados incumbe, nessa qualidade, o cumprimento dos deveres tributários das entidades por si representadas ”.

Uma nota introdutória é conveniente para referir que a utilização do instituto de reversão tributária para efetivar a responsabilidade dos gerentes ou administradores ocorre automaticamente através do Sistema Informático de Gestão de Reversão (SIGER).

Trata-se de um processo de execução fiscal, de natureza judicial, sem prejuízo da participação dos órgãos da administração tributária nos atos que não tenham natureza jurisdicional, conforme estabelece o art. 103º nº 1 da LGT, isto é, o ato de reversão contra o responsável subsidiário, constitui um mero ato administrativo, que implica e provoca forçosamente a transmissão da obrigação de dívidas que constam do título executivo para aquele que a lei aponta como o responsável subsidiário, dívidas que tem, obrigatoriamente, a natureza de tributos, coimas e dívidas ao Estado tipificadas no art. 148º do CPPT⁵⁵⁶.

Assim, o instituto da reversão de execução fiscal está estruturado somente para a responsabilidade pelas dívidas tributárias que constam no título executivo, ou seja, constitui um mecanismo destinado a redirecionar a cobrança da dívida e que consigo traz alguns benefícios, pois, trata-se de um regime com proveito na economia processual, na medida que evita a instauração de um novo processo executivo contra o responsável subsidiário, facultando que aquele já instaurado contra o devedor primário passe a decorrer igualmente contra o responsável subsidiário.

Para além da economia processual ostenta ainda, outros benefícios em termos da celeridade processual combatendo assim a morosidade processual. Havendo, fundamento para reverter o processo de execução fiscal, devem ser aplicadas as normas que regem a responsabilidade vigente no momento do nascimento da dívida.

⁵⁵⁶No que concerne a responsabilidade subsidiária por dívidas tributárias consoante a determinação do art. 24º da LGT em termos de tributos, compreendem os impostos, incluindo os aduaneiros e especiais e outras espécies criadas por lei, cf. art. 4º nº 2 da LGT.

As condições para sua efetivação, tal como já referenciado anteriormente, são as que estão expostas no artigo 23º da LGT, em outras palavras, mediante acolhimento da definição do nº1 do mesmo artigo citado, a responsabilidade subsidiária concretiza-se através da reversão do processo de execução fiscal, pela mera mudança da titularidade da dívida exequenda, sem qualquer modificação do título executivo ou da natureza da dívida nela certificada, o que consubstancia uma mera alteração subjectiva da instância, configurando assim um incidente da instância⁵⁵⁷.

O despacho de reversão tem a natureza de uma verdadeira obrigação coercitiva no pagamento de quantia certa que só pode ser efetivada uma vez demonstrada a culpa pela insuficiência ou inexistência dos bens penhoráveis do devedor principal para a satisfação da dívida em causa. Tal insuficiência existe quando o valor total dos bens do devedor originário a penhorar é inferior a dívida exequenda total, ou seja, quando traduz numa situação líquida negativa o património do devedor principal. No que diz respeito à insuficiência dos bens do devedor originário, por ser condição que a lei considera como essencial para operar a reversão contra o responsável subsidiário, temos de abordar dois artigos de diferentes diplomas mas, que são complementares entre si. Refere-se ao art. 23º nº 2 da LGT e do art. 153º nº 2 alínea b) do CPPT.

Desses dois artigos resulta um vetor em comum. Ambos estipulam que a administração fiscal só se encontra legitimada para acionar o mecanismo da reversão contra os respetivos gerentes ou administradores no caso de existir a fundada insuficiência ou inexistência dos bens penhoráveis do devedor originário e dos responsáveis solidários⁵⁵⁸ para satisfazer a dívida exequenda. Mas o disposto na alínea b) do nº 2 do art. 153º do CPPT contraria o determinado no art. 23º da LGT nº 2, pois enquanto o segundo exige-se que a fundada insuficiência dos bens do devedor originário só possa ser verificada depois de os bens penhorados terem sido vendidos (prévia excussão), já o primeiro (CPPT) consigna a inutilidade da prévia excussão para se verificar a fundada insuficiência dos bens do devedor originário, que é logo constatada face aos elementos constante do auto da penhora e de outros elementos que o órgão de execução fiscal disponha.

⁵⁵⁷ Um incidente da instância constitui uma ocorrência extraordinária que altera o movimento normal do processo em curso. O início do procedimento da responsabilidade subsidiária constitui-se por reversão de processo de execução fiscal.

⁵⁵⁸ Nem a LGT e nem o CPPT impõem o chamamento de todos os responsáveis quando haja pluralidade de gerentes, por certo, porque há solidariedade na responsabilidade entre si, mas a lei fixa as condições para que tal possa ser acionada.

Por conseguinte, pela definição do disposto no nº3 do art. 23º da LGT, parece- nos que o legislador de certa forma revogou o disposto no nº 2 do art. 23º do mesmo diploma legal porque deixou portas abertas, que mesmo não estando apurado com rigor os valores que permitirão quantificar a insuficiência dos bens a penhorar do devedor originário, ainda assim a reversão se possa efetivar.

No fundo, o artigo citado determina que, no caso de não se conseguir apurar a suficiência dos bens penhorados do devedor originário e dos responsáveis solidários, por ainda não estar definido o montante exato em que o responsável ou responsáveis subsidiários irão responder, mas encontrando-se verificada a situação líquida negativa da pessoa coletiva, haverá lugar à realização imediata da reversão, embora com a suspensão da execução até à completa execução (penhora e venda) dos bens do devedor originário e do responsável solidário. Note-se que nesses termos, é importante salientar que requer, antes de mais, o princípio de inquisitório consoante está determinado no art. 58º da LGT de investigar e realizar todas as diligências, se existe ou não o património do devedor principal.

Uma questão que se coloca a este propósito é de saber se, uma vez que o legislador estipulou no nº 3 do art. 23º da LGT, a penhora dos bens do responsável subsidiário mesmo antes da execução do património do devedor originário, não está sendo desrespeitado o direito do benefício da excussão do revertido, questão essa que não encontra enquadramento para ser dirimida, na presente proposta de tese agora apresentada.

2. A Responsabilidade Subsidiária Tributária no Ordenamento Jurídico Português

O artigo 18º da LGT, sob a epígrafe “Sujeitos” esclarece a legitimidade passiva da relação tributária ⁵⁵⁹, sublinhando que a mesma pode recair sobre pessoa singular ou coletiva que “nos termos da lei, está vinculado ao cumprimento da prestação tributária, seja como contribuinte direto, substituto ou responsável”, veiculando desta forma o preceituado nos artigos 65º da LGT e 9º do CPPT acerca da legitimidade processual e procedimental dos sujeitos passivos da responsabilidade tributária.

⁵⁵⁹Vide Artigo 18º, número 3 da LGT.

Assim, será contribuinte direto ou originário, aquele sobre quem recai diretamente o dever de liquidar a prestação tributária, sendo que é relativamente a este que se verifica o facto tributário gerador de imposto. Ele é o manifestante da capacidade contributiva.

Já o regime da substituição tributária, prevista nos artigos 20º e 28º da LGT, prevê que, por força da lei, seja imposta a pessoa diferente do contribuinte originário o cumprimento da prestação tributária. A substituição tributária efetiva-se através do mecanismo da retenção na fonte, sendo o substituto o retentor do imposto e ocupando o lugar do contribuinte originário, desonerando-o, ficando como único sujeito passivo de imposto. *Ab initio* só a este poderá ser exigido o pagamento do imposto em falta, voluntária ou coercivamente.

Casalta Nabais explica que este regime jurídico se concretiza “(...) numa relação tipo triangular entre o substituto, a administração fiscal e o contribuinte ou substituído”, esclarecendo que “(...) nesta relação triangular, temos, no respeitante à relação credor (Fisco) e o devedor, um devedor primário, em primeira linha ou originário, que é o substituto, e um devedor secundário, que é o substituído ou contribuinte” , sendo que “(...) no respeitante à relação entre o substituto e o substituído, temos um direito de retenção ou de regresso do substituto face ao substituído ou contribuinte” ⁵⁶⁰2 . No entanto, conforme os normativos dos artigos 8º, n.º 1, alínea b) e 103º, n.º 2 e 3 da Constituição da República Portuguesa, as figuras dos substitutos e responsáveis tributários estão sujeitas ao princípio da legalidade tributária, tendo portanto de estar previamente fixados na lei, os seus limites, extensão, efetivação e garantias. É uma matéria que, para cuja regulamentação, é exigida lei em sentido formal.

Considerando que, embora as pessoas coletivas sejam figuras jurídicas dotadas de personalidade e capacidade jurídicas, as mesmas estão impedidas de agir por si mesmas, estando por isso dependentes de pessoas físicas que prosseguem os seus fins estatutários, desempenhando com zelo as funções que lhes são atribuídas personificando as vontades daquela, sendo que todos os atos que estas desempenham no interesse da pessoa coletiva que personificam, irão refletir-se na esfera jurídica desta.

Os administradores ou gerentes acarretam a responsabilidade de com zelo e diligência, desempenharem as suas funções sempre na prossecução do melhor destino societário. Assim, quando este violarem culposamente os seus deveres, ser-lhes-ão assacadas

⁵⁶⁰ NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal* , 2ª Edição refundida e aumentada, Almedina, 2005, pág. 264.

responsabilidades, subsidiariamente ao contribuinte principal que será sempre a pessoa coletiva na qual desempenham de facto funções de gerência e administração.

“Temos um património sujeito à direção, administração ou gestão de certas pessoas, um património que pertence a uma pessoa coletiva. O cumprimento das obrigações tributárias dessa pessoa coletiva depende de decisões tomadas por pessoas singulares.

A norma ultrapassando o princípio da responsabilidade limitada (e da separação do património) das pessoas coletivas, responsabiliza patrimonialmente as pessoas singulares em caso de incumprimento (...)”⁵⁶¹.

Na opinião de Saldanha Sanches, a responsabilidade subsidiária consiste *“numa desconsideração da personalidade de uma sociedade comercial ou outra pessoa coletiva ”*, o que constitui *“uma intensa derrogação do princípio da responsabilidade limitada (das pessoas coletivas), mas é uma possibilidade que tem de ser considerada como estando inserida no princípio mais vasto da reação do ordenamento jurídico contra os abusos da utilização da personalidade coletiva.”⁵⁶²*

No que diz respeito aos impostos, a responsabilidade subsidiária está tipificada nos artigos 22º, 23º e 24º da LGT, enquanto no que diz respeito a coimas e multas associadas à prática de infrações tributárias, está tipificada no artigo 8º do RGIT.

Quanto à natureza jurídica da mesma, as opiniões dividem-se, já que se para uns é uma figura própria do direito tributário, aproximada à fiança legal ⁵⁶³, já que se trata de reforçar a garantia do credor no cumprimento da dívida tributária, há quem entenda que se trata de uma figura próxima à responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos ⁵⁶⁴, havendo ainda quem fale da responsabilidade subsidiária, como uma figura própria do direito tributário que desempenha uma função preventiva e dissuasora de certas condutas, como conclui Soarez Martinez, considerando que é possuidora de *“um fim repressivo, de punição de irregularidades”⁵⁶⁵* e Saldanha Sanches, que a define por ter *“um carácter marcadamente sancionatório”⁵⁶⁶*.

⁵⁶¹ SANCHES, J. L. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 270

⁵⁶² Cf. *Ibid.*, *Ibid.*, pág. 273.

⁵⁶³ Vide Artigos 627º e ss. do CC

⁵⁶⁴ Vide Artigos 483º e ss. do CC.

⁵⁶⁵ Cf. MARTINEZ, Soarez, *Direito Fiscal*, 10ª Edição (Reimpressão), Almedina, 2003, pág. 251

Marcadamente transversal a todas as opiniões, é o seu cariz punitivo e repressivo, já que leva-la a cabo significa sacrificar o património pessoal a fim de garantir uma dívida de uma “pessoa” autónoma à luz do comércio jurídico. Na opinião de Casalta Nabais a responsabilidade subsidiária pode fazer “*a administração ou gestão das sociedades se converter, em certa medida, numa atividade de alto risco que ou afugenta os gestores sérios ou fomenta os mais variados e imaginativos expedientes lícitos para obstar à aplicação de tão severos efeitos*”⁵⁶⁷.

Assim, a responsabilidade subsidiária é a responsabilidade dos administradores, diretores ou gerentes e outras pessoas que exerçam de forma efetiva funções de administração nas sociedades, cooperativas e empresas públicas, na diminuição do património do devedor originário, bem como no não pagamento dos impostos por parte do mesmo, tendo que recair culpa sobre eles por tais factos se verificarem.

A responsabilidade subsidiária é sempre excecional, e tem de estar sempre expressamente prevista na lei, sendo um dos seus requisitos a existência de uma relação de especial relevância entre o devedor originário e o responsável, que faça prever a responsabilidade deste último pelo incumprimento das obrigações fiscais por parte do primeiro, efetivando-se a mesma com o mecanismo de Reversão Fiscal, conforme preceitua o artigo 23º, n.º 1 da LGT.

O artigo 153º, n.º 2 do CPPT determina o chamamento destes responsáveis à execução fiscal, sendo que, sempre que verificada a “inexistência de bens penhoráveis do devedor e seus sucessores” ou a “fundada insuficiência, de acordo com os elementos constantes do auto de penhora e outros de que o órgão da execução fiscal disponha, do património do devedor para a satisfação da dívida exequenda e acrescido”, efetiva-se a responsabilidade subsidiária com a ativação do mecanismo da Reversão Fiscal. Se no momento de da reversão não for possível apurar a suficiência dos bens penhorados para a satisfação do crédito exequendo, por este ainda não estar apurado com precisão, o processo de execução fiscal fica suspenso contra o devedor subsidiário, desde o termo

⁵⁶⁶Cf. SANCHES, J. L. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, ob.cit., 2007, pág. 154.

⁵⁶⁷Cf. NABAIS, José Casaltas, *Direito Fiscal*, ob.cit., 2005, pág. 270

do prazo para oposição até à completa excussão do património do executado, sem prejuízo da adoção de medidas cautelares ⁵⁶⁸ .

Há, no entanto, casos especiais de Reversão Fiscal, que não visam apenas aqueles preceituados no artigo 24º da LGT. São os casos previstos nos artigos 157º, 158º, 159º, 160º, 161º e 181º, todos do CPPT.

A reversão contra terceiros adquirentes de bens, efetiva-se caso se verifique, falta ou insuficiência de bens do devedor originário ou dos seus sucessores e estejam em causa dívida com direito de sequela sobre os bens transmitidos, salvo quando a transmissão se tiver realizado por venda em processo em que a Administração Fiscal devesse ser chamada a deduzir os seus direitos. No entanto, os terceiros adquirentes só respondem pelo imposto relativo aos bens transmitidos e apenas estes bens podem ser penhorados na execução, sendo-lhe dada a faculdade de nomear outros bens em substituição daqueles, se o órgão de execução fiscal considerar não haver prejuízos, conforme o artigo 157º do CPPT.

O artigo 158º do CPPT prevê a possibilidade de reversão contra possuidores, senos impostos sobre a propriedade mobiliária ou imobiliária se verificar que a dívida liquidada em nome do atual possuidor, fruidor ou proprietário dos bens respeita a um período anterior ao início dessa posse, fruição ou propriedade, a execução reverterá, nos termos da lei, contra o antigo possuidor, fruidor ou proprietário. Assim, se se verificar que os títulos de cobrança foram emitidos em nome do antigo possuidor, fruidor ou proprietário, deverá informar-se quem foi o possuidor, fruidor ou proprietário dos bens durante o período a que respeita a dívida exequenda, para que este seja citado, se for caso disso, segundo a lei tributária.

Já no que refere ao artigo 159º do CPPT, este prevê que haja reversão, no caso de substituição tributária e na falta de bens do devedor, revertendo-se a execução contra os responsáveis subsidiários.

No caso de haver pluralidade de responsáveis subsidiários (casos em que há mais do que um gerente ou administrador de facto de uma pessoa colectiva), o artigo 160º do CPPT prevê que a reversão os vise todos eles.

⁵⁶⁸Vide 135º e ss. do CPPT.

Já no caso de haver condenação de foro disciplinar contra funcionário que intervier no processo de execução fiscal, por qualquer dos actos, praticados com dolo, previstos nas alíneas a) e b), do número 1, do artigo 161º do CPPT, reverte-se a dívida contra aquele.

Possível será também a reversão contra liquidatário judicial de falência no caso previsto no número 2, do artigo 181º do CPPT.

No que respeita aos Órgãos de Fiscalização e Revisores Oficiais de Contas⁵⁶⁹, a sua responsabilização dependerá dum comportamento culposo, a título doloso ou negligente, exigindo-se um nexo causal entre este seu comportamento (atuação ilícita) e o dano resultante do mesmo. O ónus da prova recai sobre a Administração Fiscal, cabendo-lhe a prova da conduta ilícita, e do nexo causal entre ela e o dano. Os Técnicos Oficiais de Contas⁵⁷⁰ poderão também ser responsabilizados subsidiariamente, sendo que esta responsabilização dependerá do apuramento e demonstração de uma conduta dolosa ou negligente da sua parte, conduta que viola os seus deveres no âmbito da responsabilidade pela regularização técnicas nas áreas contabilística e fiscal, ou de assinatura de declarações fiscais, demonstrações financeiras e seus anexos⁵⁷¹.

3. Sua Evolução Histórica no Ordenamento Jurídico Português

O nosso ordenamento jurídico prevê a responsabilidade dos gerentes desde 1929⁵⁷². De forma muito sucinta, tentaremos focar as principais alterações que, diga-se, foram muitas e profundas. O primeiro diploma a prevê-la foi o Decreto-Lei nº 17 730, de 7 de Dezembro de 1929⁵⁷³ - vigorou durante um longo período de tempo. Prescrevia um regime extremamente penoso para os administradores/gestores. Na verdade, ao

⁵⁶⁹Vide Artigo 24º, número 2 da LGT.

⁵⁷⁰Vide Artigo 24º, número 3 da LGT.

⁵⁷¹A assinatura representa um dever de atestação de verdade e regularidade dos documentos apresentados pelo cliente, resultante do carácter público da função (à semelhança da atestação dos ROCs).

⁵⁷²Para uma análise mais completa dos regimes da responsabilidade dos gestores por dívidas fiscais, desde 1929 até hoje, vide CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos, *A Responsabilidade dos Gerentes, Administradores e Diretores pelas Dívidas Tributárias das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 41 e ss.

⁵⁷³Que referia no seu art.º 1.º que os gerentes eram pessoal e solidariamente responsáveis, pelo período da sua gerência, por todas as dívidas ao Estado.

interpretar literalmente o texto da lei, a sua responsabilidade era ilimitada e englobava, não apenas dívidas de impostos, mas também as multas decorrentes da prática das transgressões previstas nos demais códigos fiscais. Apesar da jurisprudência⁵⁷⁴ da época ter entendido que a gerência de facto seria de exigir - e não apenas a de direito - do texto da lei nada constava quanto à questão da exigência da “gerência de facto”. Quanto à questão da culpa, esta nem se colocava. A responsabilidade do gestor/administrador era independente de culpa - era objectiva.

No código de processo das contribuições e impostos⁵⁷⁵ (CPCI), à semelhança do anterior DL, os gerentes e administradores eram responsáveis, pessoal e ilimitadamente, pela generalidade das dívidas da sociedade, continuando a culpa a não ser seu pressuposto. A jurisprudência e a doutrina de então, entendiam dever ser exigida conduta ilícita e culposa; todavia, havia divergências quanto ao conceito de culpa⁵⁷⁶ - a maioria entendia esta como culpa funcional⁵⁷⁷, presumida e inilidível - daí se falar em responsabilidade objectiva⁵⁷⁸.

Após a aprovação, em 1986, do Código das Sociedades Comerciais (CSC), emergiu o DL n.º 68/87, de 9 de Fevereiro. Este corpo de leis veio alterar o regime de tal responsabilidade⁵⁷⁹, sendo considerada, aliás, segundo parte da doutrina, como sua maior inovação, a exigência, na atuação do gestor, de uma culpa efetiva. Para uns, esta culpa efetiva era presumida - presunção ilidível⁵⁸⁰; para outros, não existia qualquer

⁵⁷⁴Cfr. CUNHA, Tânia Meireles da, *Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais, A culpa nas responsabilidades civil e tributária*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 109.

⁵⁷⁵Aprovado pelo DL n.º 45 005, de 27 de Abril de 1963. Surge na sequência da reforma dos anos sessenta e cujos trabalhos presidiu o Prof. Teixeira Ribeiro.

⁵⁷⁶Culpa funcional vs Culpa efetiva.

⁵⁷⁷“A responsabilidade dos gerentes alicerçava-se numa culpa funcional que presuntivamente se dava como verificada desde que a gestão tivesse sido efetiva por parte daqueles órgãos” - Ac. do STA, de 28 de Novembro, de 1990, proc. 012016, RLJ, n.º 3814-3824, ano 125 (1992/1993), pp. 46 e ss.. V., igualmente, o Ac. do STA, de 18 de Janeiro de 1989, AD, n.º 332-333, Ano XXVIII (1989), p. 1072.

⁵⁷⁸V. Ac. STA, de 15 de Janeiro de 2003, proc. 025889, que considerou que o art. 16º do Código de Processo das Contribuições e Impostos consagrava uma responsabilidade objectiva do gerente, ou uma presunção não ilidível de culpa e que o mesmo não era inconstitucional.

⁵⁷⁹Segundo GUERREIRO, António Lima, *Lei Geral Tributária anotada*, Rei dos Livros, Lisboa, 2001, p. 137, este diploma operou não só uma alteração no regime, mas também uma alteração na natureza da responsabilidade tributária.

⁵⁸⁰Posição defendida por MARTINS, António Carvalho, *Responsabilidade dos Administradores ou Gerentes por Dívidas de Impostos*, Coimbra Editora, 1994, p.57.

presunção de culpa sendo, por isso, o Estado, tratado nos mesmos termos dos restantes credores sociais, ou seja, ocorreu uma uniformização dos regimes de responsabilidade subsidiária – posição que sufragamos.⁵⁸¹

Seguidamente, surgiu o Código de Processo Tributário (CPT), aprovado pelo DL n.º 154/91, de 23 de Abril⁵⁸², que revogou o CPCI. O seu âmbito objetivo é mais restrito⁵⁸³, só se aplica a dívidas de impostos – isto é deixa de fazer referência às multas. Assim, não tendo o Regime Jurídico das Infrações Fiscais não Aduaneiras (RJIFNA), na sua versão inicial,⁵⁸⁴ regras específicas sobre essa matéria, só após a entrada em vigor do DL n.º 394/93, de 24 de Novembro, e nos termos do 7.º-A do RJIFNA passou a poder falar-se em responsabilidade subsidiária por multas e coimas. Contudo, no que toca ao âmbito subjetivo, este é mais amplo, pois admite que os gerentes, apenas de facto, sejam responsabilizados. No que respeita ao ónus da prova, o Estado passou, expressamente, a beneficiar de uma presunção de culpa, ou seja, passou a caber ao responsável subsidiário demonstrar a inexistência de culpa.

4. Regime Legal Vigente

No que tange à responsabilidade sub judice, o regime em vigor é, apesar de sucessivamente alterado, o constante da Lei Geral Tributária⁵⁸⁵ (LGT). Quanto às multas e coimas, que abordaremos infra, o seu regime está previsto no Regime Geral

⁵⁸¹ Neste sentido CUNHA, Tania Meireles da, op. cit., pp. 121, que interpreta que o artigo único do DL n.º 68/87, de 9 de Fevereiro, remete, em termos de ónus da prova, para o regime geral constante do art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais, sendo o Estado tratado nos mesmos termos dos restantes credores sociais, tendo, por isso, a Administração Tributária de alegar e provar a culpa dos gestores.

⁵⁸² A aprovação do CPT surge integrada na Reforma Fiscal de 1989/90 e segundo o seu preâmbulo teve por objetivo estabelecer uma tutela adequada aos direitos reconhecidos aos contribuintes nos códigos fiscais.

⁵⁸³ Só se aplica às dívidas por contribuições e impostos, deixando, por isso, de fazer referência às multas.

⁵⁸⁴ Aprovado pelo DL n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro.

⁵⁸⁵ Aprovada pelo DL n.º 398/98, de 17 de Dezembro, e alterada pelas Leis. n.º 100/99, de 26 de Julho, 3-B/2000, de 4 de Abril, 30-G/2000, de 29 de Dezembro, 15/2001, de 5 de Junho, 16-A/2002, de 31 de Maio, pelos DLs n.º 229/2002, de 31 de Outubro, 320-A/2002, de 30 de Dezembro, pela L. n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, pelo DL n.º 160/2003, de 19 de Julho, pelas Ls. n.ºs 107-B/2003, de 31 de Dezembro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 50/2005, de 30 de Agosto, e 60-A/2005, de 30 de Dezembro, pelo DL n.º 238/2006, de 20 de Dezembro, e pelas Ls. n.ºs 53-A/2006, de 29 de Dezembro, 67-A/2007, de 31 de Dezembro, 19/2008, de 21 de Abril, 64-A/2008 de 31 de Dezembro, 94/2009 de 1 de Setembro, e 3-B/2010 de 28 de Abril.

das Infrações Tributárias (RGIT) (art. 8º), sendo, em tudo, semelhante ao do art. 24º da LGT. A abordagem do tema “responsabilidade subsidiária dos gerentes por dívidas fiscais da sociedade”, implica, desde logo, que se enuncie o seu quadro legal. Vamos, por isso, centrar-nos na LGT, mais especificamente no seu artigo 24º⁵⁸⁶.

4.1 O âmbito subjetivo e objetivo da responsabilidade subsidiária tributária dos gerentes/administradores

Com vista a facilitar a compreensão do instituto, julgamos ser importante enunciar o seu âmbito subjetivo e objetivo. No nº 1 do art. 24º⁵⁸⁷ da LGT, o legislador definiu, de forma clara, quais os sujeitos abrangidos pela norma. Assim, facilmente percebemos que pretendeu abarcar todos aqueles que tenham efetiva ação e capacidade de influir na relação jurídica tributária das pessoas coletivas ou entes fiscalmente equiparados, abrangendo, por esta via, os gerentes que, não o sendo de direito, o tenham sido de facto⁵⁸⁸. O objetivo da responsabilização daqueles que não sendo gerentes de direito, o são de facto⁵⁸⁹, radica na necessidade de evitar uma lacuna de punibilidade inaceitável. Caso contrário, facilmente se contornava a dita responsabilidade, através da nomeação

⁵⁸⁶Este preceito dispõe o seguinte: “1 - Os administradores, diretores e gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração ou gestão em pessoas coletivas e entes fiscalmente equiparados são subsidiariamente responsáveis em relação a estas e solidariamente entre si: a) Pelas dívidas tributárias cujo facto constitutivo se tenha verificado no período de exercício do seu cargo ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste, quando, em qualquer dos casos, tiver sido por culpa sua que o património da pessoa coletiva ou ente fiscalmente equiparado se tornou insuficiente para a sua satisfação; b) Pelas dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período do exercício do seu cargo, quando não provem que não lhes foi imputável a falta de pagamento.”.

⁵⁸⁷Referimo-nos, somente, aos gerentes/administradores, pois é sobre estes que versa o nosso trabalho.

⁵⁸⁸Devendo incluir-se os que, sendo de direito, outorguem procuração a terceiro para o exercício da gerência de facto – V. Ac. do TCAN, de 15 de Julho de 2004, proc. 00087/04.

⁵⁸⁹Sobre o conceito de gerir/administrar de facto veja-se o que se disse no Acórdão do TCAS, de 9 de Fevereiro de 1999, proc. 00227/97: “A gerência de facto ocorre quando alguém - ainda que de modo esporádico e apenas em relação a um único pelouro da empresa - exterioriza de algum modo a representação da vontade social por meio de actos substantivos e materiais, vinculando a sociedade perante terceiros.”.

dos denominados “testas de ferro”⁵⁹⁰ como gerentes de direito, sendo o gerente de facto, por exemplo, o denominado administrador oculto ou *shadow director*⁵⁹¹⁵⁹².

Fazendo uma interpretação teleológica do art. 24º da LGT, concluímos que o legislador quis abarcar todos aqueles que, direta ou indiretamente⁵⁹³, exerçam efetivamente a administração⁵⁹⁴ de uma qualquer sociedade, abrangendo, por isso, os denominados administradores ocultos. Situação diferente é a dos gerentes que, sendo-o de direito, não o são de facto. Neste caso, é inequívoco que o legislador os quis afastar do âmbito da aludida responsabilidade, isto porque, quem não gere/quem não administra de facto, não pode “agir com culpa”, nem “lhe pode ser imputável” a falta de pagamento^{595 596 597}.

⁵⁹⁰Cfr. TORRES, Manuel Anselmo, A Simulação na Lei Geral Tributária, in *Fiscalidade - Revista de Direito e Gestão Fiscal*, nº 1, Edição do Instituto Superior de Gestão, Coimbra Editora, 2000, p. 43, que nos faz a distinção entre o negócio fiduciário e o negócio simulado.

⁵⁹¹Em Inglaterra o Insolvency Act de 1986, na section 251, define “shadow director” como a pessoa “in accordance with whose directions or instructions the director of the company are accustomed to act but so that a person is not deemed a shadow director by reason only that directors act advice given by him in a professional capacity”.

⁵⁹²Para uma análise aprofundada do conceito de administrador de facto e, mais concretamente de administrador oculto/*shadow director* e os pressupostos para a sua responsabilização vide CABRAL, João Miguel Primo dos Santos, A Responsabilidade Tributária Subsidiária do Administrador de Facto, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Henrique Mesquita*, Coimbra Editora, 2009, pp. 243-292.

⁵⁹³A norma equivalente à nossa no ordenamento jurídico Francês (L267º do Livre des procédures fiscales) diz expressamente que : “cette disposition est applicable à toute personne exerçant en droit ou en fait, directement ou indirectement, la direction effective de la société”.

⁵⁹⁴Neste sentido, vide ABREU, Coutinho de/RAMOS, Elisabete, “Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores (notas sobre o artigo 379º do Código do Trabalho), in Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho “- *Miscelâneas, nº 3*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.7-55, p. 43, que defendem que “é administrador de facto (em sentido amplo) quem, sem título bastante, exerce, directa ou indirectamente e de modo autónomo (não subordinadamente) funções próprias de administrador de direito da sociedade”.

⁵⁹⁵PANZINA, Pedro, A Responsabilidade subsidiária tributária, in *Revista Fiscal*, Uniarte Gráfica – Porto, Maio de 2007, pág.13.

⁵⁹⁶V. Ac. do TCAN, de 9 de Dezembro de 2004, proc. 00028/04.

⁵⁹⁷A este respeito recentemente a Administração tributária veio reconhecer (informação nº 451/2009, de 8 de Setembro, da Divisão de Gestão da Dívida executiva) que apesar das sociedades inativas serem suscetíveis de serem devedoras de impostos liquidados oficiosamente (por avaliação indireta), não será possível, nestes casos, efetivar a responsabilidade subsidiária dos gerentes ou administradores, pois, estando inativas não forma praticados quaisquer atos de gerência ou administração, faltando, assim, um dos pressupostos da responsabilidade subsidiária tributária.

4.2 Gerência de direito e gerência de facto - A sua relação com o ónus da prova

A questão supra é matéria acesamente discutida nos tribunais. A alegação do não exercício de facto é um dos argumentos mais utilizados pelos gerentes in nomine ou de direito para se defenderem dos despachos de reversão. Assim, dada a utilidade prática da dicotomia, tentaremos, com brevidade, explanar as diferentes posições jurisprudenciais sobre a temática. Ao longo da vigência dos acima referidos regimes de responsabilidade, foi sendo aceite a existência de uma presunção judicial, por força da qual, caso fosse provada a gestão de direito, presumida estaria a gerência de facto. Assim sentenciou o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 9 de Dezembro de 2004, proc. 00028/04.⁵⁹⁸⁵⁹⁹

Desta forma, provada a gerência de direito, dela se inferia a gerência de facto passando a Fazenda Pública a dela beneficiar e cabendo, por isso, ao gerente de direito a obrigação de provar que, de facto, a não exerceu. Para ilidir a presunção bastar-lhe-ia provar factos destinados a tornar duvidosa aquela presumida gerência, sendo que a conseguiu-lo, a questão seria decidida contra a Fazenda Pública.

Contudo, é importante distinguir as presunções legais das presunções judiciais – arts. 350º e 351º do Código Civil (CC). As primeiras são as expressamente previstas na lei, enquanto que as segundas, também denominadas naturais ou de facto, simples ou de experiência, são “as que se fundam nas regras práticas da experiência, nos ensinamentos hauridos através da observação (empírica) dos factos”⁶⁰⁰.

Efetivamente, inexistente no nosso ordenamento qualquer norma que estabeleça uma presunção legal relativa ao exercício da gerência de facto, designadamente, que ela se deva presumir a partir da gerência de direito. Mesmo assim, apesar de essa presunção

⁵⁹⁸Cfr. Revista Fiscal, de Fevereiro de 2006, pp. 28 ss, onde o referido Acórdão é anotado.

⁵⁹⁹Ver também a título exemplificativo, Acórdão do STA, de 4 de Abril de 2001, proc. 025393; Acs do TCAS, de 24 de Maio de 2005 proc. 00561/05, de 30 de Janeiro de 2001, proc. 4352/00, de 18 de Junho de 2002, proc. 6083/01, de 27 de Janeiro de 2004, proc. 01168/03, e de 25 de Outubro de 2005, proc. 00583/05.

⁶⁰⁰Neste sentido, vide VARELA, Antunes/ BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio E, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1.ª edição, p. 486; em sentido idêntico, ANDRADE, Manuel de, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1993, pp. 215-216, e LIMA, Pires de/ VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado, volume I*, reimpressão da 4ª edição, 2010, pp. 312-313.

não existir, como dissemos acima, tal não significa que o Tribunal (com poderes para fixar a matéria de facto, no exercício dos seu múnus de cognição nessa área) não possa utilizar as presunções judiciais que entender, com base nas regras da experiência comum. Ou seja, fundado na prova de que o revertido era gerente de direito e, bem assim, nas demais circunstâncias do caso, nomeadamente, com base nas posições assumidas no processo e nas provas produzidas, ou não, pela revertida e pela Fazenda Pública, o Tribunal pode concluir que um gerente de direito exerceu a gerência de facto, se entender que, atentas as circunstâncias, existe uma forte probabilidade (certeza jurídica)⁶⁰¹ de essa gerência ter ocorrido.

Todavia, se o Tribunal fizer tal juízo será, sempre, com base em prova produzida (factos), fazendo funcionar a presunção judicial e, nunca, com base numa presunção legal.

Em regra, é a quem invoca um direito que cabe provar os factos constitutivos do direito alegado⁶⁰²; mas, se o onerado com a obrigação de prova beneficia de uma presunção legal, inverte-se o ónus. É o que decorre dos artigos 342º, nº 1, 350º, nº 1 e 344º, nº 1 do CC.

Contudo, o que vale para a presunção legal, não serve para a judicial. E a razão é a que já se viu: o ónus da prova é atribuído pela lei, o que não acontece com a presunção judicial. Resumindo, da gerência de direito o julgador pode inferir, com base em factos concretos, não de per si, a gerência de facto - neste sentido veja-se o douto Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da Secção do Contencioso Tributário), de 24 de Setembro de 2008, proc. 0312/08, que nos diz: “não existe uma presunção judicial em abstrato de gerência de facto (facto presumido) a partir da gerência de direito, presunção completamente desligada das particulares circunstâncias do caso concreto. A regra *id quod plerum que accidit*, inerente à presunção, há - de assentar em factos que, existindo essa gerência, permitam a respetiva ilação.”, ou seja, não se pode retirar, “maquinalmente, de um facto conhecido, outro, desconhecido, como se houvesse uma presunção legal, que não há”.

⁶⁰¹Sobre esta “certeza” a que conduz a prova, veja-se ANDRADE, Manuel de, ob. cit., pp. 191-192.

⁶⁰²Ver art. 342º, nº 1, do CC.

É este o sentido interpretativo que tem seguido a mais recente jurisprudência do STA, ou seja, que cabe à Administração fazer prova da gerência de facto⁶⁰³, não sendo de presumir a mesma pela circunstância de estarmos perante uma situação de gerência de direito⁶⁰⁴.

4.3 Âmbito objetivo – art. 24º da LGT

Para determinar o âmbito objetivo da atuação dos sujeitos da responsabilidade subsidiária, mais concretamente, para sabermos aquilo porque podem vir a ser responsabilizados, há que analisar o art.º 24º⁶⁰⁵ da LGT, com destaque para as duas situações previstas nas duas alíneas do seu nº 1. E isto porque a lei faz referência a diferentes conexões temporais entre o período da gerência e os vários momentos pelos quais passa a obrigação de imposto até ao vencimento. As alínea a) e b) têm conexões temporais distintas.

4.3.1 Alínea a) do art. 24º da LGT

A alínea em epígrafe reporta-se à responsabilidade dos gerentes em funções, quer no momento de ocorrência do facto tributário, quer após aquele momento, mas sempre

⁶⁰³No mesmo sentido veja-se os sumários dos Acs. do TCAN, de 14 de Janeiro de 2010, proc.00787/06.7BERG e de 21 de Janeiro de 2010, proc. 00139/07.1BERG, in Revista Fiscal, Março/Abril de 2011, pp. 47, 48, 50.

⁶⁰⁴V. Acórdão do STA (pleno da secção do contencioso tributário), de 28 de Fevereiro, de 2007, proc. 01132/06: “A presunção judicial não tem existência prévia, é um juízo casuístico que o julgador retira da prova produzida num concreto processo quando aprecia e valora. (...) Ninguém beneficia de uma presunção judicial, porque ela não está, à partida, estabelecida, resultando só do raciocínio do juiz, feito em cada caso que lhe é submetido. (...) Do que se trata é de censurar a aplicação que fez de um regime legal, afirmando a existência de uma presunção judicial e retirando, maquinalmente, de um facto conhecido, outro, desconhecido, como se houvesse uma presunção legal, que não há; e afirmando a inversão do ónus da prova, quando tal inversão não ocorre, no caso, na falta de presunção legal.” Ver também a título exemplificativo o Ac. do TCAS, de 23 de Abril de 2008, proc. 02334/08 e o Ac. do TCAN, de 21 de Janeiro de 2010, proc. 00139/07.1BERG – “Da gerência nominal apenas o julgador pode inferir, constatados que estejam outros factos, uma presunção judicial da gerência efectiva. (...) É ónus da Fazenda Publica a prova da gerência efectiva e nominal, pois a lei artº 13º do CPPT e 24º al. a) da LGT – só prevê a presunção a favor da Fazenda da culpa do oponente pela insuficiência do património societário”.

⁶⁰⁵A este propósito veja-se o Ofício Circulado nº 60 058 de 17 de Abril de 2008.

antes do término do prazo legal de pagamento. É fácil, assim, distinguir dois casos de responsabilização, referentes ao exercício de funções em dois momentos diferentes.

A primeira parte da alínea a) diz respeito à responsabilidade do gestor, na altura da ocorrência do facto tributário, mas cujo exercício do cargo tenha terminado antes do termo prazo legal de pagamento do tributo; a segunda, disciplina uma situação nova, que as normas antecessoras não tinham equacionado - trata-se da responsabilidade pelo exercício de funções que se tenha iniciado depois da ocorrência do facto tributário mas que tenha cessado antes do fim/termo do prazo de pagamento ou entrega⁶⁰⁶. Aqui, na alínea a), a Administração é tratada nos mesmos termos dos restantes credores sociais, ou seja, o ónus da prova corre por conta da Fazenda Pública. Segundo Sérgio Vasques⁶⁰⁷, trata-se de um retorno ao regime do Decreto-Lei nº 68/87, de 9 de Fevereiro. Em matéria de culpa - trata-se de uma culpa efectiva, indo de encontro ao que dispõe o art.º 78.º do CSC. Discute-se qual o alcance da expressão “prazo legal de pagamento”. A questão é de grande interesse prático. Vejamos: a Fazenda Pública funda normalmente a reversão na alínea b) do nº1 do art. 24º da LGT. Fá-la desta forma porque, nestes casos, tem a “vida facilitada”, cabendo aos visados fazer a prova da não culpa.

Mas então qual o alcance da expressão “prazo legal de pagamento”? É o prazo de pagamento voluntário ou é o prazo em que devia ter sido cumprida a respetiva obrigação de imposto, numa situação de regularidade de conduta? Para António Lima Guerreiro⁶⁰⁸38, as dívidas abrangidas pela disposição legal em referência são as legalmente vencidas no período de administração ou gerência. Ou seja, são as que deveriam ter sido pagas no período compreendido pela responsabilidade, independentemente de terem sido efetivamente liquidadas ou postas à cobrança nesse espaço de tempo. Solução contrária beneficiaria, injustamente, os administradores ou gerentes que, por motivo de incumprimento dos seus deveres legais de cooperação com a administração fiscal, inviabilizassem o pagamento das obrigações tributárias legalmente vencidas no período do exercício do seu cargo, em detrimento dos que viessem substituir. Diz ainda que, para a definição do âmbito da responsabilidade

⁶⁰⁶Posição defendida por CUNHA, Tania Meireles da, op. cit., p. 140.

⁶⁰⁷VASQUES, Sérgio, “A Responsabilidade dos Gestores na Lei Geral Tributária”, in *Fiscalidade - Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 1, 2000, pág. 57.

⁶⁰⁸GUERREIRO, António Lima, ob. cit., pág. 142.

prevista na alínea b) do número 1 do presente artigo, não é relevante a data de apuramento da dívida por meio de ação de inspeção, mas antes o termo do prazo legal da obrigação de pagamento. Resumidamente, o autor defende que a alínea b) do n.º 1 do art. 24.º da LGT, abrange as situações em que a gerência foi exercida, simultaneamente, no período de formação do tributo em dívida e no período em que, caso todas as obrigações fiscais tivessem sido cumpridas, aquele tributo devia ter sido, autoliquidado e pago, sendo irrelevante a circunstância do tributo ter sido adicional ou oficiosamente liquidado e, por isso, colocado a pagamento em momento posterior ao seu prazo legal. Exemplificando: pagamento do IRC de 2001 - o prazo terminou em 2002; mas, por exemplo, o prazo para pagamento voluntário terminou, mais tarde, em 21/06/2005, após liquidação pelos serviços, caso em que o sujeito passivo é notificado para pagar no prazo de 30 dias a contar da notificação).

Se o gerente exerceu funções até 2004, a sua situação, para o António Lima Guerreiro, é enquadrável na alínea b) do n.º 1 do art. 24.º da LGT e não na alínea a). É importante atentar no que diz a Lei n.º 41/98, de 4 de Agosto⁶⁰⁹ - autorização legislativa ao abrigo da qual a Lei Geral Tributária foi aprovada. Dela se extrai um outro argumento que vai no sentido de que a bipartição de regimes quanto ao ónus da prova, que a LGT introduziu através das duas alíneas do n.º 1 do seu artigo 24.º, parte da distinção fundamental entre dívidas tributárias vencidas no período do exercício do cargo e dívidas tributárias vencidas anterior ou posteriormente.

Este é o sentido que lhe atribuiu a maioria da doutrina, nomeadamente Diogo Leite de Campos, Benjamim Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa⁶¹⁰, juristas que entendem

⁶⁰⁹Que quanto à questão em apreço, na alínea c) do n.º 15 do artigo 2.º, nos diz: “Regulamentar a responsabilidade subsidiária, nomeadamente fixando os pressupostos de responsabilidade, o elenco dos responsáveis, prevendo-a em relação aos gerentes, administradores e titulares de funções semelhantes, incluindo o titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, assentando-a na distinção entre as dívidas tributárias vencidas no período do exercício dos respetivos cargos e as dívidas tributárias vencidas anterior ou posteriormente, cabendo, no primeiro caso, aos administradores ou gerentes e titulares de funções semelhantes o ónus da prova da ausência de culpa na falta do pagamento e, no segundo caso, à administração fiscal o ónus da prova de culpa dos agentes mencionados na insuficiência do património para o pagamento das dívidas tributárias;”.

⁶¹⁰CAMPOS, Diogo Leite de/RODRIGUES, Benjamim Silva/SOUSA, Jorge Lopes de, *Lei Geral Tributária comentada e anotada*, 3ª edição, Lisboa, Setembro de 2003, Vislis editores, p. 142. No mesmo sentido VASQUES, Sérgio, op. cit. pp. 57 e 58; CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos, op. cit., pp. 115 ss.; SOARES, Maria Dulce, “A Responsabilidade dos Administradores e Gerentes pelas Dívidas Tributárias: a avaliação da culpa na insuficiência do património (Anotação ao Acórdão do STA de 16 de Janeiro de 2002, rec. n.º 26.475)”, in *Jurisprudência Fiscal* Anotada, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 59 ss.; CUNHA, Tania Meireles da, op. cit. pp. 136 ss.; SILVA, Pedro Sousa E, “A Responsabilidade Tributária dos Administradores e Gerentes na Lei Geral Tributária e no CPPT”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, Dezembro 2000, pp. 1454.; MORGADO, Abílio, “Responsabilidade Tributária:

que são enquadráveis na alínea a) as situações em que os gerentes e administradores são responsáveis pelas dívidas cujo facto gerador ocorra no período do exercício do cargo, mas que não se vencerão nesse período. Posição oposta à defendida por António Lima Guerreiro teve o recente Acórdão do STA, de 6 de Outubro de 2010, proc 0509/10.

No aresto em questão o STA entendeu que o prazo legal de pagamento a que se refere o n.º 1 do art. 24.º da LGT, é o prazo de pagamento voluntário da dívida tributária, ou seja, o fixado nas leis tributárias e, na sua ausência, o de 30 dias após a notificação para pagamento efetuada pelos serviços da Administração Tributária.

Neste sentido, sustentou ser necessário interpretar qual o concreto alcance que o legislador quis atribuir ao aludido art. 24.º, procurando, mediante recurso aos demais preceitos da legislação tributária que utilizam a expressão, determinar-lhe o sentido, expressando-se como de seguida se passa a citar: *“Assim, dispõe o artigo 84.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT), que o pagamento efectuado dentro do prazo estabelecido nas leis tributárias constitui pagamento voluntário da dívida, dispondo o n.º 1 e 2 do artigo seguinte daquele Código (artigo 85.º do CPPT) que os prazos de [pagamento] voluntário dos tributos são regulados nas leis tributárias, sendo que nos casos em que as leis tributárias não estabeleçam prazo de pagamento, este será de 30 dias após a notificação para pagamento efetuada pelos serviços competentes. No Código do IRC, as regras relativas ao pagamento constam atualmente dos artigos 104.º a 116.º do CIRC, havendo que distinguir, quanto aos prazos de pagamento fixados pela lei, ou seja, quanto aos prazos legais de pagamento, as situações em que o imposto é autoliquidado (caso em que o pagamento deve ser efetuado até ao termo do prazo para a entrega da declaração – cfr. artigos 109.º, 104.º n.º 1 e 108.º do Código do IRC), dos casos em que o imposto é liquidado pelos serviços, caso em que o sujeito passivo é notificado para pagamento no prazo de 30 dias a contar da notificação (artigo 110.º do Código do IRC)”*. Após a fundamentação supra, concluiu que o legislador faz coincidir as expressões *“prazo legal de pagamento”* e *“prazo de pagamento voluntário”* e que, por outro lado, para efeitos de IRC, a lei fixa prazos de pagamento distintos consoante o

Ensaio sobre o Regime do Artigo 24.º da Lei Geral Tributária”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 415, Janeiro/Junho. 2005, pp. 67 ss. e SANTOS, Joana Patrícia de Oliveira, Responsabilidade dos Corpos Sociais e Responsáveis Técnicos: Análise do Artigo 24.º da Lei Geral Tributária, in *Estudos de Direito Fiscal: Teses Seleccionadas do I Curso de Pós-Graduação em Direito Fiscal*, CIJE – Centro de Investigação Jurídico- Económica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 5 ss..

imposto tenha sido, ou não, autoliquidado, sendo que, quer um, quer outro dos prazos, são prazos legais, porque fixados na lei.

4.3.2. Alínea b) do art. 24º da LGT

Reporta-se a um terceiro período - o respeitante ao término do prazo de pagamento das dívidas tributárias no tempo do exercício da gerência, mesmo que elas tenham começado por ser exigíveis durante as funções de anteriores gerentes. Aqui, ao contrário do prescrito na alínea a) do art. 24º, presume-se que a falta de pagamento é imputável ao gestor. Nesta, o legislador recorreu ao conceito de “imputação” e não ao de culpa⁶¹¹.

Esta questão levantou divergências doutrinárias quanto à interpretação do conceito; todavia, entendemos que ele se deve interpretar tendo em conta a própria lei de autorização, ou seja, como culpa.

Demonstrar que o gestor não foi responsável pelo não pagamento é tarefa assaz difícil, diremos mesmo que praticamente impossível. O gestor tem de fazer a prova de um facto negativo - trata-se de uma “*diabolica probatio*”. A prova de factos objetivos é, sem dúvida alguma, mais simples porque é possível concretizar e individualizar a matéria sobre a qual se quer fazer a prova⁶¹². A este propósito, veja-se o recente Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 18 de Fevereiro de 2010, proc. 00381/06.2BECBR⁶¹³. Tendo em conta o que foi expandido, constata-se, no que concerne à questão em apreço, a existência de uma dualidade de regimes – um tratamento para credores sociais, em geral, e outro para o Estado.

⁶¹¹ Apesar de na lei de autorização só nos falar em culpa.

⁶¹² Veja-se sobre as dificuldades de prova de um facto negativo pelos gestores, FIGUEIREDO, J.A. Seabra de, A responsabilidade dos Gerentes ou Administradores na Lei Fiscal, Vida Económica, Lisboa, 1996/97, pp. 59 e ss..

⁶¹³ Que nos diz: “Nos termos do disposto no art. 24.º, n.º 1, alínea b), da LGT, é sobre o gerente contra quem reverteu a execução fiscal que recai o ónus de alegar e demonstrar que não foi por culpa sua que não foi efetuado o pagamento das dívidas exequendas”; bem como o Ac. do TCAN, de 29 de Outubro de 2009, proc. 00228/07.2BEBRG, que refere: “No domínio da vigência da LGT, para afastar a responsabilidade subsidiária pelas dívidas de impostos cujo termo do prazo para pagamento ou entrega terminou durante o período da sua administração, é necessária a demonstração de que não é imputável aos gerentes ou administradores das sociedades a falta de pagamento ou de entrega do imposto (art. 24.º, n.º 1, alínea b), da LGT) (...) Haverá, isso sim, que demonstrar que a falta desse pagamento não lhe foi imputável, o que passa pela demonstração da falta de fundos da sociedade originária devedora para efetuar o pagamento e que tal falta se não deve a qualquer omissão ou comportamento censuráveis do gestor. A dúvida relativamente à verificação da culpa dos gestores pela falta de pagamento dos impostos cujo pagamento ou entrega devesse ter sido feito durante o período em que exerceram funções de gestão, sempre terá de ser valorada contra o oponente”.

A maior diferença, e a mais marcante, é a relativa ao ónus da prova da culpa do gestor, determinante para a efetivação da responsabilidade em ambas as situações, sendo bastante mais onerosa para os gestores e, obviamente, facilitada para a Administração, no regime previsto na alínea b) do nº 1 do art. 24º da LGT.

Na nossa humilde opinião, entendemos que esta diferenciação de tratamento é extremamente gravosa para os gestores, tornando-se cada vez mais arriscado assumir a gerência/administração de qualquer empresa, muito mais de empresa em situação económica difícil.

Semelhante situação poderá, na atual conjuntura económica, ter consequências nefastas pois, em primeiro lugar, pode afastar os gestores, mesmo os mais qualificados e competentes, isto porque, uma atuação diligente nem sempre conduz ao êxito da atividade⁶¹⁴; em segundo, pode provocar um aumento de situações de simulação, em que os gerentes de direito são “meros testas de ferro” dificultando, em muito, a prova da gerência de facto que cabe à Administração Fiscal fazer.

Assim, tendo em conta a atual situação económica portuguesa, tal situação poderá traduzir-se numa forma de “castração do desenvolvimento económico⁶¹⁵”, pois torna-se demasiado arriscado assumir a gerência de uma qualquer empresa e, como é claro e evidente, inibe uma gestão dinâmica, caracterizada pela iniciativa e criatividade, fomentando, antes e pelo contrário, uma atividade de tipo empresarial passivo.

Na doutrina existe mesmo quem defenda a eliminação⁶¹⁶ da citada presunção “diabólica”. Tânia Meireles da Cunha refere mesmo ser de constitucionalidade

⁶¹⁴A este propósito ver a distinção que faz ECHEGARAY, José Diaz, *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, 2ª edição, Editorial Montecorvo, Madrid, 1995, que nos diz que é importante distinguir a falta de diligência no exercício do cargo e falta de êxito na atividade. A falta de êxito pode não refletir falta de diligência. O gerente ou administrador tem uma margem de discricionariedade na sua atuação, que comporta uma margem de risco. Ora, nem sempre o risco que se corre traz consequências positivas; no entanto, isso não resultará necessariamente da falta de diligência do gestor. Nesses casos, dever-se-á verificar em concreto se o risco assumido era adequado ou não à situação em causa e se a falta de êxito se deveu ou não à falta de diligência do gestor.

⁶¹⁵SOUSA, Jorge Lopes de, “A Responsabilidade Subsidiária dos Gerentes ou Administradores na Lei Fiscal (As Novas Tendências no Direito Tributário)”, *Vida Económica*, 1996/1997, p. 41 apud CABRAL, João Miguel Primo dos Santos, op. cit., p. 243, nota de rodapé 2.

⁶¹⁶Neste sentido vide CUNHA, Tania Meireles da, op. cit., pp. 229 ss.; CUNHA, Paulo de Pitta/SANTOS, Jorge Costa, *Responsabilidade Tributária dos Administradores ou Gerentes*, Lex, Lisboa, 1999, pp.93 ss.; CAMPOS, Diogo Leite de/CAMPOS, Mónica Horta Neves Leite de, *Direito Tributário*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2001, p.400; NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, pp.269 ss.

duvidosa. Saldanha Sanches⁶¹⁷ defende que tributar com base em presunções e inversões do ónus da prova é conceder à Administração um poder incontrolável que vai ser exercido sobre alvos mais fáceis.

Entendemos que a presunção da alínea b) do n.º 1 do art. 24.º é um fardo demasiado pesado para o responsável subsidiário e que já constituiria progresso se a presunção concretizasse, quanto aos gestores, o comportamento passível de fundamentar a sua responsabilidade por dívidas tributárias⁶¹⁸.

⁶¹⁷SANCHES, J.L.Saçdanha, Os poderes e os abusos, in Expresso, 15 de Julho de 2000, www.expresso.pt apud CUNHA, Tania Meireles da, op. cit, pág. 230.

⁶¹⁸No ordenamento Jurídico Francês há uma maior concretização dos comportamentos passíveis de fundamentar a responsabilidade do gestor, nomeadamente é exigido para a efectivação da responsabilidade subsidiária a prática, por parte dos gestores, de manobras fraudulentas ou violação das obrigações tributárias graves e repetidas – veja-se o disposto no art. 267.º do Livre des procédures fiscales - Modifié par Ordonnance n.º2010-420 du 27 avril 2010. No ordenamento Jurídico Espanhol, no artigo 43.º da Ley General Tributária (Ley 58/2003 de 17 de diciembre) também há uma maior densificação, no que diz respeito às situações concretas que podem fazer incorrer o gestor em responsabilidade.

5. Natureza da Responsabilidade Subsidiária Tributária

De forma a compreendermos melhor o instituto em epígrafe, impõe-se uma análise, ainda que sucinta, da sua natureza. Não há na nossa doutrina uma posição consensual⁶¹⁹. São três as principais linhas de pensamento.

5.1 Responsabilidade Subsidiária Tributária como fiança legal

Para parte da jurisprudência e da doutrina, a posição do responsável é equivalente à do fiador nas obrigações civis, exercendo uma função análoga à da garantia, considerando-a uma vertente da responsabilidade patrimonial⁶²⁰.

Esta orientação teve o STA⁶²¹ quando definiu a figura do responsável expressando que, “tem por fins tornar mais fácil e mais segura a cobrança do imposto exequendo”. Esta qualificação decorria do facto de tal responsabilidade ser acessória e subsidiária, relativamente ao devedor originário e, por outro lado, porque apesar de ter uma relação especial com o devedor originário, ele é, e sempre será, um terceiro, funcionando como garante de dívida alheia - “fiador legal”.

Neste sentido, Joaquim Freitas da Rocha,⁶²² alega que a responsabilidade tributária se configura como uma garantia pessoal sob a forma de fiança legal⁶²³, porque se

⁶¹⁹No ordenamento jurídico Espanhol também há divergências doutrinárias quanto à natureza da responsabilidade. A esse respeito, SANCHÉZ, Tomas Marco, Responsabilidad de los Administradores de Entidades en Matéria Tributaria, La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, Colección Práctica Jurídica, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 203 e ss. apud CUNHA, Tania Meireles da, ob. cit. p. 168, nota de rodapé 514, refere que como várias qualificações possíveis temos: fiança legal, responsabilidade por ato de terceiro, sub-rogação na posição do devedor, assunção de dívida de terceiro. Entre a doutrina espanhola, por força do artigo 43º da Ley General Tributária (Ley 58/2003 de 17 de diciembre) determina-se que os gestores podem ser responsáveis tributários subsidiários no caso de terem sido cometidas infrações tributárias simples ou graves pela sociedade, há quem considere que a responsabilidade tributária se integra no âmbito do direito administrativo sancionador. Focando e contrapondo-se a esta interpretação, vide ACHIRICA, Carlos Leite, La responsabilidad Tributária en el derecho Español, pp. 39 e ss. apud CUNHA, Tania Meireles da, op. cit. p. 168, nota de rodapé 514.

⁶²⁰Ver Ac. do STA, de 17 de Abril de 2002, Proc. n.º 026544: “(...) Aqui à obrigação do devedor principal acresce a do devedor secundário, deste modo tornado responsável por uma dívida de outrem, como fiador legal”.

⁶²¹Ac. do STA, de 24 de Abril de 1990, proc. n.º 012124.

⁶²²ROCHA, Joaquim Freitas da, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Março de 2011, p. 320.

acrescenta ao património do sujeito originário o património de um terceiro “fiador” e, além disso, é uma fiança legal pois ela apenas se verificará quando a lei o disser, e nunca por vontade das partes. Este foi o entendimento maioritário da jurisprudência na vigência do CPCI.

Todavia, aquando da entrada do DL nº 68/87, de 9 de Fevereiro, levou a que parte da doutrina e jurisprudência mudasse de opinião, defendendo que o supra citado DL veio uniformizar os regimes, tendo alterado os fundamentos da efetivação desta, principalmente no que concerne ao pressuposto da culpa. Neste sentido, Lima Guerreiro refere: “o artigo único do DL 68/87 transformou (...) a natureza da responsabilidade dos gerentes (...) [que] deixou de poder ser qualificada de uma fiança legal”⁶²⁴, passando esta responsabilização a ser correspondente a um meio de reação da Fazenda Pública contra o abuso da responsabilidade limitada. Apesar disso, ainda hoje há, quer na jurisprudência, quer na doutrina, quem identifique aquela responsabilidade como uma fiança legal.

5.2 Responsabilidade subsidiária tributária como responsabilidade civil extracontratual

Posição diferente tem parte da doutrina que a identifica com a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

Neste sentido, Ruy de Albuquerque e Menezes Cordeiro⁶²⁵ referem que a responsabilização tributária do gestor busca a sua justificação na responsabilidade civil, dada a existência de uma actuação culposa por parte deste, que decorre de uma violação por ação ou omissão de dever jurídico prévio; a saber, a falta de pagamento dos tributos ou a responsabilidade pela diminuição do património social.

⁶²³No mesmo sentido PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, *Fiscalidade*, Almedina, 2005, p. 267, que nos diz: “No domínio Fiscal, encontramos em primeiro lugar a chamada fiança legal, resultante diretamente da lei, de que é exemplo a responsabilidade fiscal dos membros dos órgãos de gestão e fiscalização das pessoas coletivas, dos revisores e dos técnicos oficiais de contas, casos em que a responsabilidade é apenas subsidiária”.

⁶²⁴GUERREIRO, António Lima, ob. cit., p. 139.

⁶²⁵ALBUQUERQUE, Ruy de/CORDEIRO, Menezes, “A Imputação aos Gestores dos Débitos à Previdência, Da responsabilidade Fiscal Subsidiária: A Imputação aos Gestores dos Débitos das Empresa à Previdência e o artigo 16.º do Código das Contribuições e Impostos”, in *Separata da Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1987, pp. 149 e ss.

No mesmo sentido, Abílio Morgado⁶²⁶ refere que o instituto da “responsabilidade tributária” convoca os pressupostos da responsabilidade civil por factos ilícitos.

Rui Duarte Morais⁶²⁷ refere que a natureza jurídica da responsabilidade evoluiu da visão tradicional de uma fiança legal para uma responsabilidade civil por acto ilícito, sem prejuízo da consideração das especificidades próprias do instituto, eminentemente fiscal; evolução que teve subjacente o pressuposto da culpa (ainda que, em certos casos, uma culpa legalmente presumida) enquanto condição de responsabilização de alguém pelo pagamento de uma dívida tributária de que outrem é sujeito passivo. Assim, encontram naquela os pressupostos da responsabilidade extracontratual – (1) ação/omissão; (2) ilícito; (3) culpa; (4) dano; (5) nexo de causalidade.

(1) - Só serão responsáveis os gerentes que tenham praticado atos que, por sua vez, tenham conduzido à insuficiência do património social para responder pelas dívidas da sociedade e/ou à falta de pagamento das dívidas tributárias;

(2) - O não cumprimento das obrigações da sociedade para com a Fazenda Pública, bem como a violação de disposições legais e/ou contratuais de proteção dos credores, consubstancia ato ilícito;

(3) - A exigência de uma atuação culposa (culpa efetiva) por parte dos gestores decorre expressamente do art. 24º da LGT,

(4) - A não satisfação do crédito tributário e a insuficiência do património da sociedade para o satisfazer consubstancia o dano;

(5) - Terá que existir um nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo credor e o ato do gestor. Em suma, devido à similitude entre os pressupostos da responsabilidade extracontratual e a subsidiária tributária, há quem defenda que esta convoca os pressupostos da responsabilidade por factos ilícitos.

⁶²⁶MORGADO, Abílio, “ Responsabilidade Tributária: Ensaio sobre o Regime do art. 24º da Lei Geral Tributária,” in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 415, Almedina, 2005, p.79.

⁶²⁷MORAIS, Rui Duarte, “A Reversão das coimas: uma vexateia quaestio a que só o legislador pode dar resposta”, em comentário ao Acórdão do Supremo tribunal Administrativo de 16-12-2009 – Processo 01074/09, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano III, Março 2010, pp. 301 e ss.

5.3 Responsabilidade subsidiária tributária - figura típica do Direito Fiscal

Diversamente, há quem defenda que, apesar da existência de características semelhantes entre aquela e a fiança, bem como com a responsabilidade civil extracontratual, esta não se esgota nem se identifica com nenhum dos institutos em causa, sendo uma figura distinta, um “*tertium genus*”⁶²⁸ ou uma figura típica do Direito Fiscal.

Neste sentido, Soares Martinez⁶²⁹ defende que a responsabilidade tributária dos administradores por dívidas fiscais é uma figura típica e específica do direito fiscal e apresenta características que são próprias do ramo do Direito onde se insere.

Aliás, uma das características que lhe é apontada é a função preventiva/sancionatória que esta assume. Isto porque a mera possibilidade de as dívidas reverterem, verificados os pressupostos contra os gerentes, é motivo suficiente para influenciar a atividade do gestor, obrigando-o a ser mais cauteloso e a diligenciar pelo pagamento atempado das obrigações tributárias da sua gestão. Apesar das semelhanças com a figura da fiança, no que diz respeito ao carácter garantístico, o facto de ser exigida a prática de um ato ilícito e de este ter de ser culposo, torna a responsabilidade subsidiária distinta da fiança.

Do nosso ponto de vista, a responsabilidade subsidiária é distinta da fiança. Nesta o fiador legal não gere/administra o património do devedor principal, não tem controlo sobre o património deste e responde sempre, qualquer que seja o seu comportamento. Ao contrário, na responsabilidade subsidiária, o gerente/administrador (responsável subsidiário) é quem gere o património do devedor principal (empresa), podendo ter contribuído, por ação ou omissão, para o não cumprimento das obrigações tributárias da sua gestão. Digamos que na fiança estamos, verdadeiramente, perante uma relação tripartida (credor, devedor e fiador) enquanto que, na responsabilidade subsidiária, só aparentemente é que tal ocorre.

“Levantando o véu” da pessoa coletiva, não há dúvidas quanto ao facto de quem atua em nome do devedor principal é o gerente (relação bipartida credor e devedor). Também a equiparação da responsabilidade subsidiária à extracontratual é, no mínimo, redutora. Primeiro, porque apesar de não se preencherem, em relação ao responsável

⁶²⁸PANZINA, Pedro, ob cit., pág. 16.

⁶²⁹Cfr. MARTINEZ, Soares, *Direito Fiscal*, 10ª Edição, Almedina, 2003, pág. 228.

subsidiário, os pressupostos do facto tributário, ele é considerado sujeito passivo da obrigação. Em segundo lugar, o responsável subsidiário não é obrigado a indemnizar o lesado/Estado - o que faz é pagar uma dívida e não indemnizar. É inegável a existência de aspetos similares entre a responsabilidade subsidiária, a extracontratual e a fiança mas, do nosso humilde ponto de vista, não se identifica *in totum* com nenhum dos institutos.

6. O enquadramento normativo da reversão fiscal nos EIRL

O enquadramento normativo da reversão fiscal diverge do regime geral previsto no art. 24º da LGT, quando está em causa o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada (EIRL).

Pode-se dizer que o EIRL é um tipo de organização comercial de responsabilidade limitada, mais frágil, daí ter, do ponto de vista normativo, um tratamento diferenciado. Mas, qual a diferença entre um EIRL e por v.g uma sociedade por quotas unipessoal!?

A resposta é que praticamente não há diferenças em termos socioeconómicos, apesar de num caso estarmos perante um estabelecimento e noutro caso perante uma sociedade comercial com sócio único. Contudo, nos termos do n.º 1 do art. 25º da LGT “Pelas dívidas fiscais do EIRL respondem apenas os bens a estes afectos”. Enquanto nos termos do n.º 2 do mesmo artigo estabelece o legislador que “em caso de falência do EIRL por causa relacionada com a actividade do seu titular, responderão apenas os seus bens⁶³⁰, salvo se se provar que o princípio da separação patrimonial foi devidamente observado na sua gestão”. É, pois, necessário que a causa da insolvência esteja relacionada com atividade do titular do EIRL, presumindo-se que o ónus da prova é do dono EIRL e que o responsável pela gestão é sempre o dono EIRL. Assim, respondem os bens do dono do EIRL, salvo se se provar que o princípio da separação patrimonial foi devidamente observado na sua gestão.

Ora, se o sócio único de uma sociedade unipessoal por quotas, ou o administrador, gestor ou outro, provar que o princípio da separação patrimonial foi devidamente

⁶³⁰ Os bens do titular do EIRL.

observado na sua gestão, deveria ter o mesmo tratamento tributário que o dono do EIRL em termos de reversão. Apesar de no início do art. 25º n.º 2 LGT se fazer referência “Sem prejuízo do artigo anterior...” ou seja, sem prejuízo da possibilidade de aplicabilidade do art. 24º ao EIRL havendo a hipótese de reversão, o facto, é que se for observado o princípio da separação de patrimónios “não se passa nada,” não há processo de reversão fiscal por dívidas à A.T., no que ao dono do EIRL diz respeito.

Ora, na verdade, o dono do estabelecimento têm um tratamento privilegiado, bastando que prove, em caso de insuficiência patrimonial do EIRL para fazer face aos pagamentos devidos à A.T., que houve separação de patrimónios entre o pessoal e o património do EIRL. Nenhum outro requisito é imposto ao dono do EIRL.

Contudo, se o EIRL for gerido por outrem, não está afastada a hipótese de reversão, prevista no art. 24º LGT, com todos os requisitos e relativamente a outros “revertidos”, ou seja devedores subsidiários.

Neste particular, não há “derrogação” da responsabilidade limitada EIRL relativamente ao dono do EIRL, desde que ele demonstre que houve a separação de patrimónios pessoal e do estabelecimento, mesmo em caso de insolvência. Este requisito de separação entre património pessoal e societário é, também, uma obrigação para todas as sociedades comerciais de responsabilidade limitada em termos de gestão, v.g sociedades por quotas unipessoal, por quotas ou sociedades anónimas.

Não obstante, para as sociedades comerciais de responsabilidade limitada, a reversão fiscal opera nos termos descritos no art. 24º n.º 1 da LGT.

A solução legislativa mais equitativa, no sentido de respeitar os princípios da proporcionalidade, não discriminação e da igualdade (art. 13º CRP), seria a aplicabilidade do regime previsto para o EIRL, no que ao dono do estabelecimento diz respeito, às sociedades comerciais de responsabilidade limitada e respetivos devedores subsidiários. Nas atuais circunstâncias, consideramos existir uma violação do princípio fiscal da proporcionalidade, da não discriminação e do princípio constitucional da igualdade previsto no art. 13º CRP.⁶³¹

⁶³¹Em termos de proporcionalidade da sanção veja-se a título comparativo a limitação da responsabilidade do património pessoal, a 10% das remunerações da pessoa singular, no último ano de exercício de funções na empresa infratora, art. 69º n.º 4 do Novo Regime Jurídico da Concorrência.

Mais ainda se reforça esta ideia quando nos deparamos com as garantias creditórias que a Autoridade Tributária detem no âmbito do EIRL.

Na verdade, a A.T sobre efeito da “pressão” para obtenção de receita, encontra-se a enviar documentos de cobrança v.g penhora de créditos, para empresas terceiras notificando-as: “...para efectuar o depósito do valor penhorado no prazo de 30 dias a contar da penhora ou do vencimento, caso não se encontre vencido, nº1 art. 224º do Código de Procedimento e Processo Tributário, mediante guia(s) a obter através da página...”

Ora, o alegado art. 224º nº 1 CPPT dispõem “A penhora de créditos consiste na notificação ao devedor”. A empresa terceira é devedora, com base legal no art. 224º nº 1 CPPT? Não nos parece.

Questiona-se se este procedimento leva a uma responsabilização da empresa terceira, ficando esta constituída como devedora tributária e os seus administradores, gerentes e outros sujeitos a reversão fiscal. Haverá uma transferibilidade das dívidas tributárias e a possibilidade de reversão?

Este procedimento prático da A.T. é violador do princípio da legalidade, ou seja não está previsto em qualquer lei tributária, sendo uma “criação da A.T.” para alegadamente preservar os seus direitos creditórios, ou seja é uma medida cautelar sem sustentação legal.

Na prática, isto levou a que empresas terceiras solicitassem aos seus fornecedores, quando os valores das faturas são particularmente elevados, declarações de inexistência de dívidas ao fisco e à Segurança Social, para proteção do património pessoal dos administradores, diretores, gerentes e outros. Estes últimos estão, também, a exigir às sociedades comerciais de responsabilidade limitada com que colaboram, seguros que cubram estas responsabilidades profissionais que assumem em virtude de um possível processo de reversão fiscal, que ponha em causa o seu património pessoal e a criação de um estigma social/pessoal.

Por outro lado, a imediata penhora de créditos por parte da A.T. gera dificuldades acrescidas à sociedade comercial, na medida em que “abala” a confiança dos fornecedores e dos restantes “stakeholders”, impossibilitando v.g. a utilização de alguns instrumentos de gestão como o factoring, entre outros. Mais, a imediata penhora de créditos por parte da A.T., quando a empresa está com dificuldade para fazer “face” aos

seus compromissos perante a A.T. ou em situação de insolvência iminente, é uma forma de ilidir a “nova” hierarquização de créditos nos termos do CIRE, v.g. primazia dos créditos dos trabalhadores/funcionários⁶³².

⁶³² De 2012 para 2013, A.T. aumento a sua graduação de créditos em 39%, dados do “Relatório Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneira” 2013.

CAPÍTULO II

PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA REVERSÃO FISCAL

1. Natureza e caracterização do Instituto da Reversão Fiscal

Depois de analisada a responsabilidade subsidiária, debruçar-nos-emos agora e em pormenor, quanto à forma como ela se efetiva, ou seja a Reversão Fiscal. A conexão entre a reversão fiscal e a responsabilidade tributária subsidiária é incontornável⁶³³; digamos que a reversão é a tradução processual da responsabilidade tributária.

O processo de reversão fiscal, doravante apenas reversão, encontra-se previsto no n.º 1 art. 23.º da LGT⁶³⁴. Assim, quando o devedor originário - a sociedade - não paga as dívidas tributárias atempadamente e carece de bens suficientes que permitam, pelo produto da sua venda, assegurar o seu pagamento, ocorre a reversão.

Este instituto tem subjacente o princípio da economia processual⁶³⁵, pois evita-se a instauração de um novo processo executivo contra o responsável⁶³⁶, permitindo-se que aquele, já instaurado contra o devedor originário, passe a correr também contra este⁶³⁷. Desta forma, para além de se ganhar em termos de celeridade processual, a opção pela reversão fiscal torna o processo menos complexo, evitando-se processos subordinados (o que aconteceria se se instaurasse uma nova demanda executiva novo processo

⁶³³ MATOS, Pedro Vidal de, “A reversão do processo de execução fiscal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 962.

⁶³⁴ Nos termos do n.º 1 do art. 23.º da LGT: “A responsabilidade subsidiária efetiva-se por reversão do processo de execução fiscal”.

⁶³⁵ V. Ac. do STA, de 16 de Dezembro de 2009, proc. 01074/09, que nos diz: “o processo de execução fiscal constitui um mecanismo destinado a redirecionar a cobrança da dívida, fundado no princípio da economia processual na medida em que visa evitar a instauração de uma nova execução contra outro responsável pela mesma dívida, permitindo que aquela que já foi instaurada contra o sujeito passivo originário passe a correr contra outro responsável pela mesma dívida.”.

⁶³⁶ V. Ac. do STA, de 6 de Fevereiro de 2002, proc. 025037, que nos diz: “O instituto da reversão é exclusivo da execução fiscal, sendo desconhecido na execução comum, e traduz-se numa modificação subjetiva da instância, pelo chamamento, a fim de ocupar a posição passiva na ação, de alguém que não é o devedor que figura no título.”.

⁶³⁷ MATOS, Pedro Vidal de, ob. cit., pág. 963. 65 Idem, ibidem, pág. 964.

executivo contra o responsável subsidiário) e, em concreto, a possibilidade - que se admite remota - de uma eventual satisfação superveniente da dívida exequenda pelo responsável originário não ser imediatamente reconhecida no processo instaurado contra o responsável subsidiário, o que significaria a persistência perfeitamente inútil deste segundo processo. Assim, só depois de se dirigir, sem sucesso, à sociedade, é que a Administração Fiscal pode avançar sobre este, verificados que estejam os pressupostos e sempre com respeito pelos princípios procedimentais de defesa e garantias pessoais dos gerentes. Contudo, o conceito da responsabilidade subsidiária não “nasce” no momento da reversão. Este é o momento em que aquela se efetiva, em que surge a obrigação de pagamento.

A LGT (art. 23º) e o Código de Procedimento e Processo Tributário (CPPT) (art. 153º nº 2) fixam as condições para que a reversão possa ser acionada. Tal como já tivemos ocasião de referir anteriormente, a decisão de reversão reveste a forma de despacho fundamentado, emanado pelo órgão de execução fiscal competente, o Chefe de Finanças, seguindo-se a citação do visado (art. 35º nº 2 CPPT). Através deste ocorre, nos termos da lei, uma alteração subjetiva da instância executiva⁶³⁸ - compreensível no que concerne às dívidas de natureza tributária face à noção de sujeito tributário⁶³⁹.

Tal como já tivemos ocasião de referir no capítulo antecedente, o despacho de reversão tem natureza administrativa e não contende com o nascimento da obrigação tributária, apenas se limitando a declarar a exigibilidade da obrigação preexistente. Para poder ser considerado como um documento que legalmente suporte aquela reversão, deverá ser um documento administrativo que cumpra todas as exigências previstas no art. 77º da LGT, que estabelece os requisitos da fundamentação dos atos tributários. A não ser assim, não os cumprindo, tal despacho será ilegal.

A competência do chefe de finanças para ordenar a reversão é hoje pacífica. Todavia, anteriormente, chegou a ser posta em causa a constitucionalidade das normas que atribuíam competência ao chefe de finanças. O Tribunal Administrativo e Fiscal de

⁶³⁸A propósito da natureza da reversão, discutiu-se se a reversão se poderia efetivar por efeito de mero ato administrativo, veja-se a este propósito o que escreveu PATRÍCIO, Miguel C. T., “A Responsabilidade Fiscal Subsidiária – Reversão”, in *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, nº 28, Edição do Instituto Superior de Gestão, trimestral, Outubro - Dezembro 2006, pp. 128 a 132. Contudo, o Tribunal Constitucional no Ac. nº 160/2007, proc. 390/06, veio a concluir pela não inconstitucionalidade por entender que não se vislumbra qualquer composição de interesses conflitantes, ocorrendo sim uma ampliação do âmbito subjetivo da execução, por força da lei e que, por outro lado, o direito de defesa do revertido também não é violado - audição prévia e possibilidade de deduzir oposição à execução.

⁶³⁹ Art. 18º, nº 3, da LGT.

Lisboa recusou aplicar as normas constantes da alínea g) do art. 43º, do nº 2 do art. 239º, do art. 13º e o nº 1 do art. 246º do CPT e do art. 23º, nº 1, da LGT. De acordo com aquele aresto, as normas que atribuíam competência ao chefe de finanças para determinar a reversão do processo de execução contra os responsáveis subsidiários violavam vários preceitos constitucionais, nomeadamente, o princípio da separação de poderes (art.111º da Constituição da República Portuguesa), o princípio da competência dos Tribunais (art. 202º e 212º da CRP), o princípio da tutela jurisdicional efetiva (art. 20º e 268º, nº4, da CRP), o direito de defesa (art. 20º da CRP) e o princípio da igualdade (art.13º da CRP).

Contudo, o Tribunal Constitucional (TC) no seu Acórdão n.º 160/07, de 6 de Março 2007, proc. 390/06, teve posição diversa considerando que as normas acima postas em causa não eram inconstitucionais. O TC utilizou o critério teleológico para delimitar o âmbito das funções administrativa e jurisdicional, tendo concluído que a competência da Administração Tributária para ordenar a reversão contra os responsáveis subsidiários pela dívida fiscal se insere na órbita da função administrativa. A Administração Tributária não se imiscuiu no exercício da função jurisdicional, pois não procedeu à composição de um conflito de interesses, tendo-se limitado a atuar em conformidade com o interesse público posto por lei a seu cargo.

A questão de fundo prendia-se em saber qual a natureza do ato que ordena a reversão. Ora, no ato que ordena a reversão não se vislumbra qualquer tipo de composição de conflitos de interesse “visando exclusivamente a prossecução do interesse público da “defesa patrimonial do fisco”” sendo, por isso, de natureza administrativa.⁶⁴⁰

2. Pressupostos da Reversão Fiscal

Para se efetivar a reversão do processo de execução fiscal é necessariamente suposto que estejam verificados concretos pressupostos, uns de cariz formal e outros de cariz substancial, a saber: - a culpa na insuficiência patrimonial (beneficiando a Fazenda Pública nas situações da al. b) do n.º1 do art.º 24.º da LGT, como vimos anteriormente,

⁶⁴⁰MIRANDA, João, “A ordem de Reversão no processo de execução fiscal contra administradores e gerentes de sociedades: acto inserido em processo judicial ou em procedimento executivo administrativo, em anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 160/07, de 6 de Março de 2007, proferido no processo n.º 390/06”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano II, Julho de 2009.

da presunção de culpa do gerente); - que se verifique a “fundada insuficiência dos bens penhoráveis do devedor principal e dos responsáveis solidários, sem prejuízo do benefício de excussão”⁶⁴¹. Este segundo pressuposto suscitou diversas interpretações, designadamente quanto ao momento da reversão⁶⁴².

Segundo alguns autores⁶⁴³, nomeadamente, Tânia Meireles da Cunha, só deveria ser possível operar a reversão antes de executado o património do devedor originário nos casos em que os bens do devedor originário tenham valor predeterminado.

Segundo esta autora, o instituto da reversão foi subvertido e transformado, por vezes, em medida cautelar, com objetivos e efeitos semelhantes aos do arresto, só que com menos exigências, quer em termos de prova, quer em termos procedimentais/processuais, e, logo, com menos garantias para o sujeito passivo.⁶⁴⁴

Todavia, é atualmente entendimento pacífico na jurisprudência que “não é hoje necessária a prévia excussão do património do devedor originário para que seja possível a reversão - basta essa fundada insuficiência⁶⁴⁵, baseada, por exemplo, no auto de penhora.”⁶⁴⁶

⁶⁴¹Cfr. art. 23º, nº 2, da LGT, no mesmo sentido o art. 153º, nº 2, do CPPT.

⁶⁴²Para uma análise mais profunda vide CUNHA, Tania Meireles da, O Momento da Reversão da Execução Fiscal contra os Responsáveis Subsidiários, CTF, n.º416, Julho - Dezembro de 2005, pp. 147 e ss.

⁶⁴³CAMPOS, Diogo Leite de, RODRIGUES, Benjamim S. e SOUSA, Jorge L., Lei Geral Tributária anotada e comentada, Vislis Editores, 3ª Edição, Setembro de 2003, e CUNHA, TÂNIA MEIRELES DA op. cit.

⁶⁴⁴Segundo CUNHA, Tania Maireles da, ob. cit., pp. 105-106, esta disposição poderá enfermar mesmo de inconstitucionalidade, por nele se ter optado por meios mais gravosos e menos adequados, violando assim, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou proibição do excesso, mais precisamente o princípio da necessidade.

⁶⁴⁵Ao contrário na Ley General Tributária espanhola é exigida a prévia declaração de insolvência da sociedade devedora originária para que o gestor seja chamado à responsabilidade. Veja-se o art. 176º, que nos diz: “Una vez declarados fallidos el deudor principal y, en su caso, los responsables solidarios, la Administración tributaria dictará acto de declaración de responsabilidad, que se notificará al responsable subsidiario.”

⁶⁴⁶V. Ac. do STA, de 13 de Abril de 2005, proc. 0100/05, que diz o seguinte: “A jurisprudência deste STA vinha-se inclinando maioritariamente (quer no domínio da vigência do CPT, quer na vigência do anterior CPCI) no sentido de que a reversão da execução fiscal contra os responsáveis subsidiários não podia ocorrer sem a prévia excussão do património do devedor originário. Mas a alteração legislativa, que ocorre com a LGT (artº. 23.º), conjugada com a citada norma do artº. 153.º, 2, do CPPT, leva a concluir que a solução legal já não é a que

Enunciados, supra, os pressupostos substanciais, destacaremos, de seguida, como formais, os seguintes: - Citação prévia do devedor originário e esgotamento do subsequente prazo para pagamento, pois caso assim não fosse, estaríamos a tratar o responsável subsidiário como principal; - Audição prévia do responsável subsidiário, prevista no nº 4 do art. 23º da LGT.

O direito de audição está constitucionalmente consagrado⁶⁴⁷ e atribui aos contribuintes o direito de participarem no procedimento administrativo quanto às decisões que os afetem. Veja-se, a este propósito, o art. 60º da LGT- concretização deste princípio constitucional; - Exigibilidade da dívida perante o potencial responsável. A este propósito, ver o nº 3 do art. 48º da LGT⁶⁴⁸. É, desta forma, possível que uma dívida ainda seja exigível ao devedor originário, por ter existido uma qualquer causa de interrupção da prescrição e já não o ser face ao devedor subsidiário. Nestas situações, a reversão não ocorrerá por inexigibilidade subjetiva da dívida; - Declaração fundamentada dos pressupostos e a extensão do despacho de reversão - nº 4 do art. 23º in fine, da LGT.

3. Marcha processual

3.1 Audiência prévia

O processo de reversão inicia-se com a notificação para a audição prévia⁶⁴⁹ - art. 23º, nº 4, da LGT e segue o regime geral previsto no seu art. 60º da LGT. Assim, o responsável

encontrava eco na jurisprudência deste STA. A referência à fundada insuficiência, resultante do auto de penhora ou de outros elementos de que o órgão de execução fiscal disponha, inculca a ideia de que, perante essa fundada da insuficiência do património do originário devedor, ocorra logo a reversão. Sem embargo da excussão do património do devedor originário. Ou seja: não é hoje necessária a prévia excussão do património do devedor originário para que seja possível a reversão. Basta essa fundada insuficiência, baseada, por exemplo, no auto de penhora.”

⁶⁴⁷Art. 267º, nº 5, da CRP.

⁶⁴⁸76 Que nos diz: “A interrupção da prescrição relativamente ao devedor principal não produz efeitos quanto ao responsável subsidiário se a citação deste, em processo de execução fiscal, for efetuada após o 5.º ano posterior ao da liquidação”.

⁶⁴⁹Ver art. 267º, nº 5, da CRP – sobre este princípio cumpre notar que: “são inválidas as decisões tomadas sem que os interessados tenham sido chamados a pronunciarem-se sobre elas. Há casos em que o direito de participação assume uma dimensão qualificada, pois está em causa o direito de defesa, como sucede nomeadamente em processo disciplinar (art. 269º, nº 3) e por extensão, em qualquer processo administrativo sancionatório” – MOREIRA, Vital/CANOTILHO, Gomes, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4ª edição revista, Volume II, Coimbra Editora, Agosto de 2010, pág.814.

será notificado⁶⁵⁰ do projeto de reversão, o qual deve conter a fundamentação - uma sucinta exposição das razões de facto e de direito que a motivaram nos termos do art. 77º da LGT e 125º, nº 2, do Código de Procedimento Administrativo (CPA)⁶⁵¹. O art. 125º, nº 2, do CPA equipara a falta de fundamentação à adoção de fundamentos que não sejam claros, congruentes e suficientes⁶⁵². O prazo para o exercício do direito varia entre 8 e 15 dias⁶⁵³.

No que concerne ao conteúdo da notificação para o exercício do direito de audição, tem-se entendido ser necessário que nela se incluam os elementos essenciais em que se funda a liquidação e que estão na origem da dívida exequenda.

Caso a Administração, na notificação para o exercício da audiência prévia do revertido, omita algum dos elementos que legalmente dela devam constar, verificar-se-á uma situação de anulabilidade do ato de notificação, por preterição de formalidade essencial, a qual é passível de arguição através de reclamação judicial para o tribunal administrativo e fiscal competente, nos termos do art. 276º CPPT - perante um ato de notificação anulável⁶⁵⁴. Se não der cumprimento à notificação para o exercício do respetivo direito, o revertido só será confrontado com o ato de reversão no momento da citação do processo executivo, verificando-se, neste caso, não um mero vício do ato de notificação, mas sim uma situação de anulabilidade do próprio ato de reversão - que é fundamento de oposição à execução - art. 204º, nº 1, alínea i) do CPPT⁶⁵⁵⁶⁵⁶.

⁶⁵⁰Notificação a efetuar por carta registada com aviso de receção para o domicílio fiscal do responsável subsidiário.

⁶⁵¹V. Ofício Circulado nº 60 058, de 17 de Abril de 2008, que nos diz: “O Chefe do Serviço de Finanças deve proceder, mesmo nos casos de presunção legal de culpa, à audição do eventual responsável subsidiário”.

⁶⁵²Vide OLIVEIRA, Mário esteves de/AMORIM, J. Pacheco de/GONÇALVES, Pedro, *Código do Procedimento Administrativo comentado*, Almedina, 8ª reimpressão da 2ª edição, Junho 2010, pp. 604 e 605, que quanto ao artigo em questão nos dizem: “Isto é, mesmo estando enunciadas razões de facto e de direito, é como se não estivessem, porque: ou são obscuras, e não se percebe em que consistem (ou que ligação existe entre elas); ou são insuficientes e (percebendo-se quais são) não justificam toda a decisão; ou são contraditórias, entre si (ou com a conclusão tirada), desdizendo-se.”.

⁶⁵³ Cfr. Art. 60º, nº 6, da LGT.

⁶⁵⁴Vide MATOS, Pedro Vidal, ob. cit., pág. 978.

⁶⁵⁵Cfr. Ac. TCAN, de 1 de Outubro de 2010, proc. 00251/10.0BEPRT, que nos diz: “A falta de notificação para o exercício do direito de audiência prévia à reversão, imposta pelo art. 23º, nº 4, da LGT, deve ser invocada mediante oposição à execução fiscal, sendo subsumível ao fundamento previsto na alínea i) do n.º 1 do art. 204º do CPPT, e dentro do prazo fixado no art. 203º, nº 1, do mesmo código, e não constitui fundamento da reclamação judicial prevista no art. 276º do CPPT. IV - Obsta à

Os responsáveis, na fase de audiência prévia, poderão pronunciar-se oralmente ou por escrito⁶⁵⁷, sobre os pressupostos, sobre a extensão e, bem assim, requerer diligências e juntar documentos que repute como necessários à sua defesa. A Administração terá de apreciar os argumentos e, caso não concorde, terá de os refutar fundamentadamente pois, a assim não ser, estaremos perante um vício de forma que poderá levar à anulação da decisão do procedimento.

Na prática, acontece com frequência a Administração Fiscal ter pouca consideração pelos argumentos invocados pelo revertido, respondendo de forma, padronizada, genérica e não especificada – v.g. “Não foram carreados factos novos que impeçam a concretização da reversão”.

Nestes casos, as respostas dadas pela Administração Fiscal, à defesa feita em sede de audiência prévia, são autênticas “*fórmulas passepartout*”⁶⁵⁸ ou respostas “chapa”, que são insensíveis aos argumentos aduzidos pelo potencial revertido, não lhe permitindo saber se a Administração teve em consideração os argumentos por si invocados e, se os teve, não lhe permite ficar a conhecer os fundamentos que levaram a Administração a não os ter em conta, impedindo-o, assim, de decidir de forma consciente entre conformar-se com o ato ou reagir contra ele.

A insuficiência da fundamentação é equiparada à sua falta, tendo as mesmas consequências: anulação do acto (artigos 125º, n.º 2, e 135º, do CPA). De referir que é a oposição à execução fiscal o meio processual adequado para o revertido impugnar contenciosamente, com fundamento em vício de falta de fundamentação do despacho que ordena a reversão, sendo tal fundamento subsumível à previsão da alínea i) do art. 204º, n.º 1, do CPPT.

Todavia, não será o único meio, pois sendo o despacho de reversão um ato administrativo proferido pelo órgão de execução fiscal, em sede de execução, nada

convolação imposta pelo art. 97.º, n.º 3, da LGT, e 98.º, n.º 4, do CPPT, o facto de à data em que foi apresentada a petição estar já precluído o prazo legal para lançar mão do meio processual próprio.”

⁶⁵⁶Para uma análise mais profunda sobre os meios de reação à preterição do direito de audiência prévia, vide CARLOS, Maria Amélia Barradas, “Meios de reação à preterição do direito de audiência prévia em situações de reversão,” in *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 36, Edição do Instituto Superior de Gestão, trimestral, Outubro - Dezembro 2008, pp. 107 e ss.

⁶⁵⁷Cfr. art. 60º, n. 6, da LGT. 86 Ver nomeadamente Ac. TCAN, de 27 de Março de 2008, proc. 01884/04 – PORTO.

⁶⁵⁸ Ver nomeadamente Ac. TCAN, de 27 de Março de 2008, proc. 01884/04 – PORTO

obsta a que os vícios próprios do ato de reversão sejam atacados através do meio de reclamação previsto no artigo 276º do CPPT⁶⁵⁹.

É importante também referir que, se a Administração Fiscal se decidir pelo prosseguimento da reversão e não indicar, logo aí, os necessários elementos de facto (muitas vezes acontece que o despacho tem como único elemento probatório a menção, quanto ao revertido, de ele constar como tal no registo comercial - situação que apenas faz presumir a gerência de direito - art. 11º CRC)⁶⁶⁰, posteriormente já não poderá sanar semelhante insuficiência. O Tribunal não se deve substituir à Administração.

Prosseguindo com o desenrolar da “marcha”, depois da audição, ou de esgotado o prazo para tal, terá que ocorrer a citação do revertido – art. 160º, nº 1, do CPPT - que será efetuada por meio de citação pessoal - art. 191º, nº 3, do CPPT⁶⁶¹. Se for desconhecida a morada do revertido, nesse caso terá que proceder-se, nos termos do art. 192º, nº 2, do CPPT, à citação edital.

No que concerne ao conteúdo da citação, nos termos do art. 190º, nº 1, do CPPT, esta deverá conter a cópia do título executivo ou, alternativamente, os elementos previstos nas alíneas a), c), d) e e) do nº 1 do art. 163º do CPPT⁶⁶². Terá de conter, ainda, a indicação do prazo para oposição, para pagamento ou para o requerer em prestações ou

⁶⁵⁹Veja-se a este propósito o Ac. TCAN, de 8 de Maio de 2008, proc. 01376/04.6BEPRT, que nos diz: “Significa o exposto que o despacho de reversão deve ser fundamentado e numa situação destas expor os motivos que levaram a afastar as razões em contrário do responsável. V – Não o fazendo, ou limitando-se a concluir que o responsável nada carrou de novo para os autos deve o despacho ter-se por insuficientemente fundamentado o que o torna anulável. VI – O processo de oposição à execução sendo o meio judicial próprio para conhecer dos pressupostos da responsabilização subsidiária é também meio adequado para conhecer dos vícios que afetam o despacho de reversão. VII – Mas não é o único meio, pois sendo que o despacho de reversão é um ato administrativo proferido pelo órgão de execução fiscal em sede de execução nada obsta a que os vícios próprios do ato de reversão sejam atacados através do meio de reclamação previsto no artigo 276 do CPPT.”.

⁶⁶⁰Que nos diz: “O registo por transcrição definitivo constitui presunção de que existe a situação jurídica, nos precisos termos em que é definida.”.

⁶⁶¹Apesar de designada de “pessoal”, a citação ocorrerá em princípio mediante carta registada com aviso de receção, de acordo com a remissão do nº 1 do art. 192º do CPPT para o regime do art. 233º, nº 2, do CPC, só se efetuando a citação através de contacto pessoal por funcionário da Administração Fiscal no caso de frustração daquela, de acordo com o art. 239º, nº 1, do CPC.

⁶⁶²Cfr. art. 163º, nº 1, alínea a), c), d) e e) que nos diz: “a) Menção da entidade emissora ou promotora da execução; c) Data em que foi emitido; d) Nome do domicílio do ou dos devedores; e) Natureza e proveniência da dívida e indicação, por extenso, do seu montante”.

dação em pagamento⁶⁶³, para deduzir impugnação judicial⁶⁶⁴, reclamação graciosa⁶⁶⁵ ou oposição à execução⁶⁶⁶.

Se na citação ocorrer omissão dos elementos legalmente exigíveis, estaremos perante situação de nulidade, no caso de esta prejudicar a defesa do revertido⁶⁶⁷. No que diz respeito ao prazo para arguir a nulidade, temos de atentar, novamente, no que dispõe o Código de Processo Civil (CPC), aplicável por força da alínea e) do art. 2º do CPPT, que no seu art. 198º, nº 2, diz que “o prazo para arguição da nulidade é o que tiver sido indicado para a contestação”; devendo, por isso, concluir-se que o prazo em causa é de 30 dias (prazo previsto para a dedução da oposição à execução) e que deverá ser indicado na citação. Se nenhum prazo tiver sido indicado ou tiver havido lugar à citação edital, a arguição da nulidade aqui *sub judice* deverá ocorrer aquando da primeira intervenção no processo por força do disposto no nº 3 do art. 198º do CPC.

O meio a utilizar para arguir a nulidade em questão é através de requerimento junto do órgão de execução fiscal, do qual, em caso de indeferimento, caberia reclamação⁶⁶⁸. Contudo, em termos práticos, e tendo por base o princípio da economia processual, é preferível, em grande parte das situações e à cautela, argui-la em sede de oposição à execução. A assim não ser, o revertido correrá o risco de, ao arguir a nulidade em requerimento autónomo e na hipótese de esta não ser atendida, deixar esgotar o prazo para oposição à execução⁶⁶⁹.

A ocorrer falta de citação⁶⁷⁰, estaremos perante uma nulidade insanável, caso prejudique a defesa, nos termos da alínea a) do art. 165º do CPPT - o que certamente ocorrerá.

⁶⁶³ Cfr. art. 190º, n.º 2, do CPPT.

⁶⁶⁴ Cfr. art. 99º e ss. do CPPT.

⁶⁶⁵ Cfr. art. 68º e ss. do CPPT.

⁶⁶⁶ Cfr. art. 203º e ss do CPPT.

⁶⁶⁷ A este respeito ver art. 190º, n.º 1, do CPC, ex vi, alínea e) do art.º 2.º do CPPT que nos diz: “sem prejuízo do disposto no art.º 195.º [falta de citação], é nula a citação quando não hajam sido, na sua realização, observadas as formalidades prescritas na lei” estipulando o n.º 4 do mesmo artigo que a arguição da nulidade “só é atendida se a falta prejudicar a defesa do citado”.

⁶⁶⁸ Cfr. art. 276º do CPPT.

⁶⁶⁹ Posição defendida por MATOS, PEDRO VIDAL, ob. cit., pp. 980ss.

⁶⁷⁰ Cfr. art. 195º do CPC.

Estas nulidades são, atento o disposto no n° 4 do art. 165° do CPPT, de conhecimento oficioso.

3.2 Meios de defesa

Os responsáveis subsidiários têm ao seu dispor várias formas de impugnação graciosa e contenciosa. Na primeira, incluem-se a reclamação graciosa (arts. 68° a 77° do CPPT), o pedido de revisão do ato tributário (art. 78° da LGT) e o pedido de revisão da matéria coletável (arts. 91° e 92° da LGT); na segunda inclui-se a impugnação judicial (arts. 99° e ss. do CPPT). Nestes casos visa-se a anulação ou declaração de nulidade ou de inexistência do ato tributário, ou seja, ataca-se a liquidação, sendo que, no caso de serem procedentes os argumentos invocados, todos os responsáveis subsidiários beneficiam.

Caso o revertido queira colocar em crise a eficácia do ato tributário em relação a si próprio (e não a sua validade), ou invocar factos modificativos ou extintivos da dívida tributária em causa - factos que provoquem a sua inexigibilidade ou a sua não responsabilidade pelo pagamento - o meio processual adequado é a oposição à execução (art. 203° e ss. do CPPT).

Aqui, o que se ataca são os pressupostos da reversão e da responsabilidade subsidiária. Não o poderá fazer com todos os fundamentos que entenda, mas sim e apenas, com os previstos no n° 1 do art. 204° do CPPT. Destarte, a oposição visa atacar os pressupostos da responsabilidade subsidiária, designadamente e a título exemplificativo: a questão da gerência de direito vs gerência de facto; a ilegitimidade do exequente; a ilegalidade do despacho que ordena a reversão; sendo que aqui, o êxito da oposição só aproveita ao responsável subsidiário que a tenha deduzido.

Os meios de defesa em questão podem ser usados cumulativamente⁶⁷¹, contudo, de forma independente, cada um com fundamentos próprios e com respeito pelos específicos prazos para a dedução de cada um. No caso de erro na forma do processo, estaremos perante uma nulidade de conhecimento oficioso, mas suscetível de

⁶⁷¹Contudo, tendo em conta o disposto no n° 2 do art. 68° da LGT, não pode ser deduzida reclamação graciosa quando tiver sido apresentada impugnação judicial com o mesmo fundamento.

sanação⁶⁷². O erro é sanado através da convolação do processo. Apesar de ser obrigatória (nº 4 do art. 98º do CPPT e nº 3 do art. 97º da LGT), ela não será possível se, à data em que é apresentada a petição, já estiver precludido o prazo legal para lançar mão do meio processual adequado.

Diga-se que nem sempre é fácil perceber qual o meio correto a utilizar, o que se torna perigoso quando, por exemplo, se lança mão da impugnação e o meio adequado é a oposição. Como os prazos são distintos (90 e 30 dias, respetivamente), poderá acontecer de, na eventualidade de se optar erradamente pela impugnação, não ser admitida a convolação do processo pelo facto de, à data da dedução da impugnação, já se ter esgotado o prazo da oposição. Assim, na dúvida, será sempre mais seguro deduzir oposição à execução, pois, em caso de erro na forma do processo, será permitida a convolação. Por último, é criticável que, para atacar todos os vícios de que entenda padecer a execução que corre contra si, o responsável subsidiário tenha que recorrer a dois meios, cumulativamente, pois terá que pagar duas taxas de justiça.

4. A Reversão no Processo de execução fical Espanhol

O processo de execução fiscal espanhol, denominado de *Apremio* tem natureza exclusivamente administrativa.

A cobrança de impostos (*recaudación*) resulta do pagamento voluntário, ou em última instância da cobrança coerciva, que se denomina de via de *apremio*, plasmada nos artigos 160.º a 172.º da *Ley General Tributária*⁶⁷³.

A cobrança das dívidas tributárias tem duas fases. A primeira fase que se denomina por período voluntário, não se deverá considerar propriamente como cobrança de dívida, mas entrega nos cofres do Estado do imposto devido. Na segunda fase é que estamos perante o que é denominado de período executivo, podendo o devedor nesta fase pagar a sua dívida espontaneamente ou ser submetido a procedimento administrativo de execução fiscal.

⁶⁷²A este propósito veja-se o Ac. do TCAN, de 26 de Abril de 2006, proc. 00081/03 – PORTO, que nos diz: “Tendo o recorrente utilizado o processo de impugnação, só é possível a convolação se a petição tiver sido apresentada no prazo da oposição”.

⁶⁷³ Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, General Tributária.

A fase executiva ou cobrança coerciva inicia-se após término dos prazos de cobrança voluntária. Com os pedidos de alargamento do prazo de pagamento, pagamento em prestações ou compensação, nos termos dos artigos 65.º e 71.º da LGT Espanhola⁶⁷⁴, desde que prestada garantia, afasta a instauração do processo executivo, enquanto não for proferida a decisão administrativa. A interposição tempestiva de recurso ou reclamação impede também a tramitação do processo para execução fiscal, até que seja proferida decisão administrativa. Caso a pretensão do contribuinte não seja atendida, termina o período voluntário. Na fase executiva, o processo de execução fiscal é conduzido pela Administração Fiscal.

A Administração Fiscal espanhola é competente para apreciar e resolver todos os incidentes que se verifiquem no âmbito da execução fiscal. A execução fiscal administrativa não pode ser processada judicialmente, como não pode ser cumulada com outros procedimentos de execução.

Será admissível a arbitragem como forma alternativa de resolver litígios? Será possível a sua aplicação no âmbito do processo executivo?

O n.º 3 do artigo 7.º da Ley General Presupuestaria (LGP)⁶⁷⁵ estatui que não se poderá transigir judicial ou extrajudicialmente sobre os direitos da Fazenda Pública nem submeter a arbitragem os conflitos que se suscitem em resultado dos mesmos, sem Lei que a tal autorize, tendo a mesma que ser submetida a autorização do Conselho de Ministros, após audiência prévia do Conselho de Estado.

No âmbito do direito público espanhol, a arbitragem é um instituto passível de utilização na resolução de litígios, obviamente que não é a mais utilizada, uma vez que não está regulamentada com carácter geral e para qualquer circunstância.

Em matéria tributária, não parece que possa ser utilizada, uma vez que não se encontra consignada na Ley General Tributaria a regulamentação da arbitragem, desmentindo desta forma um dos objectivos desta Lei, prescritos na Exposição de Motivos, que seria a sua aproximação às normas gerais do direito administrativo. Será que existe uma justificação objectiva e razoável para impedir a regulamentação e aplicação da arbitragem na resolução de conflitos em sede de direito tributário espanhol?

⁶⁷⁴ Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, General Tributária.

⁶⁷⁵ Ley 47/2003, de 26 de Noviembre, General Presupuestaria

Será que os conflitos resultantes de pretensões tributárias poder-se-ão resolver por órgãos de natureza arbitral? Estará em causa o princípio da tutela judicial efectivada? Segundo Maria Teresa Soler Roch, “o legislador tributário não teve em consideração a possibilidade de introduzir a regulamentação da arbitragem na LGT espanhola, optando por manter o tradicional sistema de resolução de litígios”⁶⁷⁶.

O n.º 4 do artigo 17.º e artigos 18.º e 75.º da LGT espanhola bem como o n.º 3 do artigo 7.º da LGP limitam a aplicação de fórmulas de transacção no âmbito tributário.

Actualmente e de acordo com o artigo 88.º del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC)⁶⁷⁷ 65, uma parte da doutrina acredita que é viável a aplicação de técnicas transaccionais em matéria tributária. O artigo 88.º do LRJAPPAC admite a celebração de pactos, acordos ou convénios entre a Administração os particulares, desde que a matéria versada seja susceptível de transacção. Por outro lado, o n.º 2 do artigo 107.º do referido diploma legal, prescreve a possibilidade de substituir legalmente os recursos administrativos por outros procedimentos de impugnação, reclamação, conciliação, mediação ou arbitragem, respeitando os princípios, garantias e prazos que a lei reconhece aos interessados em todo o procedimento administrativo.

Relativamente ao artigo 88.º da LRJAPPAC, a doutrina administrativa perfilha a opinião que os acordos referidos pelo legislador, constituem uma forma alternativa de desenvolvimento da actividade administrativa unilateral. É o exercício da autoridade administrativa, acordado ou consentido entre as partes no procedimento administrativo.

É a consagração da actuação Administrativa estatuída nos artigos 103.º n.º 1 e 106.º n.º 1 da Constitución Española (CE)⁶⁷⁸.

A lei que regula o instituto da arbitragem é a Ley n.º 60/2003 de 23/12. No que concerne ao direito público este instituto, tem o seu enquadramento legal no n.º 2 do artigo 107.º da LRJAPPAC, aplicando-se como direito subsidiário, ex vi n.º 2 do artigo 8.º da LGT espanhola.

⁶⁷⁶ ROCH, M.ª Teresa Soler, “El arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, Madrid, 2005.

⁶⁷⁷ Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común.

⁶⁷⁸ Constitución Española de 1978, de 27 de Diciembre, alterada por la reforma de 1992, de 27 de Agosto.

O instituto da arbitragem, entendido em sentido próprio, como alternativa à via jurisdicional ordinária, não colide ou põe em causa o direito a uma tutela judicial efectiva, como constava da exposição de motivos da lei de arbitragem, Ley n.º 36/1998 de 05/12, o acordo arbitral não implica renúncia pelas partes ao direito constitucionalmente consagrado no artigo 24.º da CE. É necessário distinguir um direito irrenunciável, do facto do titular desse direito, o não exercer. Quando as partes concordam em recorrer à arbitragem não estão a renunciar à tutela judicial efectiva mas a não exercer esse direito, utilizando uma via alternativa⁶⁷⁹.

A indisponibilidade do crédito tributário não impede a Administração Tributária espanhola de se submeter à arbitragem, unicamente exige-se ao legislador que defina com precisão os pressupostos e limites deste instituto. Quando se fala de indisponibilidade faz-se referência à não disposição das situações jurídicas a acto administrativo. Submeter uma controvérsia a arbitragem não interfere com o princípio da indisponibilidade. É uma decisão instrumental, não uma disposição. Dispor significa modificar um elemento da obrigação por vontade dos sujeitos intervenientes, credor e devedor⁶⁸⁰.

O âmbito em que se desenvolve a arbitragem tributária é de acordo ao consignado no n.º 2 do artigo 107.º da LRJAPPAC, uma alternativa aos recursos administrativos. O acto administrativo objecto da controvérsia já foi proferido, pelo órgão competente. Assim sendo, não existe disponibilidade sobre nenhum elemento da obrigação tributária, porque esta já existe e está determinada.

A implementação da arbitragem tributária no ordenamento jurídico espanhol, deveria ser através da LGT espanhola, com uma fórmula idêntica à estatuída na n.º 2 do artigo 107.º da LRJAPPAC, permitindo que uma Lei posterior autorize e regulamente as regras e princípios que essa lei deve obedecer⁶⁸¹.

A doutrina perfilha a ideia que na arbitragem tributária, os árbitros deverão julgar de acordo com o direito constituído e não segundo a equidade. A arbitragem seria uma alternativa às reclamações económico-administrativas. Estas reclamações encontram-se

⁶⁷⁹ MARTINEZ, J.M.^a Roca, “Arbitraje e instituciones arbitrales”, Barcelona, Bosch, 1992.

⁶⁸⁰ COLOMA, Paula Vicente-Arche, “El arbitraje en le ordenamiento tributário español: una propuesta”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, Madrid, 2005.

⁶⁸¹ BELTRÁN, Emilio Aragonés, in “Convencion y Arbitraje en el Derecho Tributário”, Instituto de Estudios Fiscales – Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996.

plasmadas nos artigos 226.º a 248.º da LGT espanhola e são as vias que permitem o acesso aos tribunais.

O procedimento arbitral tributário deverá ser regulamentado por norma tributária, garantindo desta forma o cumprimento dos direitos e interesses legítimos das partes envolvidas.

Face ao exposto, não existe qualquer impedimento à introdução de um sistema alternativo, para a resolução de conflitos, que substitua os recursos administrativos, ou mais precisamente as reclamações económico-administrativas. Entendemos que a arbitragem em direito fiscal só poderá ser introduzida no direito espanhol, quando o processo de execução de “apremio” deixar de ter natureza exclusivamente administrativa. Concluimos que também no ordenamento jurídico espanhol, a arbitragem não seria aplicável em sede de processo executivo.

Da reversão:

A questão da responsabilidade pelas dívidas fiscais tem sido objeto de normalização nos vários ordenamentos jurídicos, tendo o seu tratamento alguma uniformidade nos países da EU, nomeadamente Alemanha, França e Espanha como exemplo, sendo os procedimentos coincidentes com os portugueses.

No caso da Espanha a responsabilidade dos gerentes está prevista no art.º 43 da Ley General Tributária. Já os pressupostos e procedimentos a observar para que a reversão ocorra estão previstos no art.º 174 a art.º177 do mesmo normativo, sendo em tudo similares ao estatuído nos normativos nacionais.

O art.º 41 da LGT espanhola tem paralelismo e engloba vários preceitos estabelecidos nos art.º 20.º, 21.º, 22.º e 23 da LGT portuguesa, no entanto refere no ponto 4 que a responsabilidade tributária não abrange as sanções, com exceções dos casos em que a lei assim o determine, ou das sanções a que o devedor principal tenha tido direito a redução de 30% conforme previsto no art.º 188, alínea b). Nestes casos a responsabilidade subsidiária ou solidária sobre as sanções terá a redução 25% mediante determinadas condições, entre elas que não seja interposto recurso ou reclamação da coima.

Já o art.º 43 da LGT espanhola, assemelha-se em muito ao art.º24.º da LGT portuguesa, sendo bastante mais extenso e discriminado, refere responsabilidade dos administradores de facto e de direito pelas dívidas vencidas durante e após a sua

gerência, responsabilidades dos responsáveis subsidiários por omissões nas retenções a efetuar a terceiros, trabalhadores ou outros, nomeadamente a violação da obrigação de reter pagamentos por créditos tributários de que tenham sido notificados, e para os quais tenham efetuados pagamentos aos devedores em momento posterior ao vencimento da dívida.

Menciona a responsabilidade subsidiária por sanções decorrentes do incumprimento e refere ainda a responsabilidade dos liquidatários das sociedades e dos administradores de insolvência.

No que respeita à chamada ao processo dos responsáveis subsidiários determina o art.º 176 da LGT que a Administração declara a responsabilidade após a declaração de falência do devedor principal, sendo esta declaração informada ao devedor subsidiário. Verifica-se aqui um procedimento diferenciado do caso português em que a responsabilidade subsidiária acontece independentemente da insolvência do devedor principal.

Nos termos do art.º 42 da LGT espanhola, são por sua vez considerados responsáveis solidários os que causem ou colaborem ativamente na prática de infrações tributárias, bem como será solidariamente responsável quem suceda na exploração de um negócio, com as dívidas do titular anterior resultante da sua atividade. De modo a afastar esta responsabilidade o sucessor na função deverá, nos termos do art.º 175 da LGT solicitar junto da Administração Tributaria certificado sobre as dívidas existentes, pelo que será responsável pelas dívidas declaradas, caso o certificado não lhe seja enviado no prazo de três meses, ou lhe seja enviado com a indicação de não existir qualquer dívida, então o sucessor ficará isento de qualquer responsabilidade. Quando o certificado não tenha sido solicitado a responsabilidade estende-se também as penalizações.

Tendo em conta o objetivo de uniformização na Comunidade Europeia sobre as várias matérias de fiscalidade direta, que é da responsabilidade exclusiva de cada Estado, apesar da questão aqui tratada se prender com justiça tributária, a harmonização tem sido a tendência .

CAPÍTULO III

A REVERSÃO DAS MULTAS E COIMAS

1. A Responsabilidade subsidiária dos administradores ou gerentes pelas multas e coimas

Antes de passarmos à análise da “*vexateæ quaestio*” que é a reversão das coimas, vamos analisar a responsabilidade que lhe está subjacente - a responsabilidade subsidiária pelas multas e coimas - que também é tudo menos incontroversa.

A responsabilidade subsidiária dos gerentes ou administradores pelas coimas aplicadas às pessoas coletivas está prevista no art. 8º⁶⁸²101 do RGIT⁶⁸³. No referido artigo prevê-se a responsabilidade de quem não é agente da infração. Os gerentes/administradores são, por força deste preceito, responsáveis civis, cuja responsabilidade é decorrente do exercício da respetiva função e causadora de dano à Administração Tributária. Trata-se de responsabilidade aquiliana⁶⁸⁴, decorrente do mau exercício de administração das sociedades e geradora de prejuízo à Administração Fiscal. O teor do preceito aqui em análise é em tudo similar ao do art. 24º da LGT, anteriormente analisado; todavia, aqui, em nenhuma das situações se presume a culpa do gerente, ao contrário do que se verifica na alínea b) do nº 1 do art. 24º da LGT.

Se procedermos à comparação do regime da responsabilidade civil emergente do art. 24º da LGT com o regime da responsabilidade prevista no art. 8º do RGIT, sobressai como nítida constatação que estes preceitos legais são o corolário do art. 78º do CSC.

⁶⁸²Este art. tem como antecedentes os art. 112º da LGT, 7ºA do RJFNA e 8º do RJIFA.

⁶⁸³O art. 8º, nº 1, do RGIT diz-nos o seguinte: “Os administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração em pessoas coletivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas são subsidiariamente responsáveis: a) Pelas multas ou coimas aplicadas a infrações por factos praticados no período de exercício do seu cargo ou por factos anteriores quando tiver sido por culpa sua que o património da sociedade ou pessoa coletiva se tornou insuficiente para o seu pagamento; b) Pelas multas ou coimas devidas por factos anteriores quando a decisão definitiva que a aplicar for notificada durante o período do exercício do seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento.”.

⁶⁸⁴Tem, assim, por base o art. 483º do CC, ou seja, a violação da lei, por parte do gerente ou administrador, que protege interesses alheios.

Todavia, a Administração Tributária ao contrário dos restantes credores sociais, goza de mecanismos que tornam mais fácil a demonstração dessa responsabilidade (presunções – art. 24.º, n.º1, alínea b)) e mais célere a cobrança (reversão) desses mesmos créditos. O art.º 8.º do RGIT classifica como sendo de natureza civil a responsabilidade aí prevista - tal classificação, todavia, é tudo menos pacífica.

2. As diferentes posições da Doutrina

A natureza da responsabilidade prevista no art. 8º do RGIT tem suscitado bastante controvérsia na doutrina e na jurisprudência (que analisaremos infra), havendo quem a catalogue como civil e, em sentido oposto, quem a qualifique como uma transmissão do dever de cumprimento da sanção, do responsável pela infração, para outras pessoas. Antes de mais, é imperioso referir a “posição do legislador” - que cataloga a responsabilidade consagrada no art. 8º do RGIT como sendo de natureza civil. Esta assenta nos seguintes requisitos: facto voluntário do agente, ilícito, culpa, a existência de um dano e o nexo de causalidade entre o facto praticado e o dano sofrido.

Começaremos por enunciar aqueles que corroboram a posição do legislador, ou seja, que defendem que ela é uma responsabilidade civil por multas e coimas. Assim, segundo Germano Marques da Silva, a responsabilidade aí consagrada é, efetivamente, de natureza civil. Para este autor trata-se de responsabilidade aquiliana, decorrente do mau exercício da administração das sociedades e geradora de prejuízo para a Administração Tributária. Assim, os factos geradores desse prejuízo não são a prática da infração (contraordenação ou crime), mas o cumprimento culposo de obrigações legais impostas aos administradores para tutela da Administração Tributária.

O autor refere tratar-se de um caso de responsabilidade civil por facto próprio, facto culposo causador do não pagamento, pelo ente coletivo, da dívida que onerava o seu património, quer porque, devido a culpa sua, o património da pessoa coletiva se tornou insuficiente para o pagamento, quer porque, também por culpa sua, o pagamento não foi efetuado quando devia, tornando-se, depois, impossível.

A responsabilidade civil pelo pagamento da multa penal nada tem a ver com os fins das penas criminais, porque a sua causa não é a prática do crime, mas a colocação culposa da sociedade numa situação de impossibilidade de cumprimento da obrigação tributária.

É evidente que para a responsabilização do administrador é necessário que a sentença dê por verificados os pressupostos da responsabilização e a respetiva condenação⁶⁸⁵.

Na prática, não se trata de pagar a multa ou coima aplicada à sociedade, mas sim de indemnizar o Estado pelos danos que o administrador lhe causou por não ter cumprido com as suas obrigações funcionais e, em razão disso, tornar impossível o cumprimento da obrigação por parte da sociedade. O quantum indemnizatório é coincidente com o valor que a sociedade não pagou (pela multa ou coima), por culpa do administrador.

Esta posição assenta no facto de existirem duas relações de fonte e natureza distinta. Uma, tendo por sujeito passivo a sociedade/devedora originária e por objeto a obrigação de pagamento da importância correspondente à coima, em decorrência da violação de uma obrigação tributária e uma outra, consistente num vínculo de responsabilidade, ativado em caso de incumprimento daquela obrigação, por força da insuficiência do património da devedora, culposamente causada pelo administrador responsável.

Digamos que há dois sujeitos (sociedade e gestor/administrador) aos quais correspondem duas relações obrigacionais (coima e indemnização por responsabilidade civil), sendo que a responsabilidade civil do gestor só “nasce” no caso de haver incumprimento da responsabilidade contraordenacional da sociedade, isto porque, se gera um dano que será removido pelo pagamento da indemnização por parte do gestor.

Germano Marques da Silva critica quem defende que esta responsabilização se reconduz a uma transmissão do dever de cumprimento da sanção do responsável para outras pessoas, referindo que o argumento se afasta da realidade substancial⁶⁸⁶, pois o que o administrador paga não é a sanção pecuniária (coima), é o valor do prejuízo causado ao credor tributário em razão do seu comportamento culposo, enquanto administrador da sociedade, dano patrimonial que corresponde precisamente ao valor que deixou de ser pago pela sociedade por causa do facto ilícito e culposo do administrador. Deve considerar-se que qualquer terceiro que viole uma obrigação ou, de

⁶⁸⁵SILVA, Germano Marques da, *A Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e representantes*, Verbo editora, 2009, p. 443, Ver ainda Ac. do STA, de 17 de Abril de 2002, Proc. n.º 026544: “(...) Aqui à obrigação do devedor principal acresce a do devedor secundário, deste modo tornado responsável por uma dívida de outrem, como fiador legal”.

⁶⁸⁶SILVA, Germano Marques da, “A Responsabilidade Subsidiária dos Gestores por coimas aplicadas a Pessoas Colectivas”, in *Revista Direito Fiscal e Finanças Públicas*, Ano II, 10/2009, Outono, pp. 297ss.

alguma forma, colabore com o devedor em tal violação, é responsável pelos prejuízos causados, desde que se verifiquem os requisitos da imputação delitual⁶⁸⁷.

Resumindo, há uma distinção clara de responsabilidades: a da pessoa coletiva é de cariz sancionatório, a dos administradores configura-se como puramente civilística, com função e natureza ressarcitórias.

No mesmo sentido, Mariana Noites⁶⁸⁸ entende que não há transmissão da sanção, mas antes uma pura responsabilidade subsidiária, autónoma do administrador ou gerente, para o qual o art. 8º do RGIT exige dois requisitos - a gerência e a culpa do gerente pela insuficiência de património da sociedade. Estabelece, pois, uma responsabilidade pela culpa por atos ou omissões determinantes da situação patrimonial que impede o cumprimento da obrigação de pagamento de determinadas quantias referentes a multas e a coimas, o que não será contrário à Constituição.

Todavia, apesar de entender que o art. 8º do RGIT não padece de inconstitucionalidade, a referida autora entende que o instituto da reversão da execução fiscal não é o meio adequado para efetivar a responsabilidade consagrada na citada norma. Isto porque, ao contrário do que sucede na LGT para as dívidas tributárias, não se prevê, no que toca à aplicação de coimas, a possibilidade de o revertido, no processo de execução que contra ele passou a correr, se defender “nos mesmos termos que o acusado”⁶⁸⁹, não sendo possível fazer uma interpretação extensiva do nº 4 do art. 22º da LGT, na qual abranja as coimas aplicadas⁶⁹⁰.

A autora acompanha a posição assumida pela Conselheira Isabel Marques da Silva no voto de vencido aposto no Acórdão do STA, de 16 de Dezembro de 2009, (proc. 1147/09)⁶⁹¹, quando refere que, pelo facto de entender que o art. 8º do RGIT não padece de inconstitucionalidade material (antes prevendo uma responsabilidade por facto ilícito

⁶⁸⁷CORDEIRO, António Menezes, *Direito das obrigações*, 2º volume, Lisboa, 1986, pp. 411 e ss.

⁶⁸⁸NOITES, Mariana Brandão de Pinho, “Ainda a problemática dos agentes das infrações tributárias: considerações sobre a aplicabilidade da reversão da execução como meio para efetivar a responsabilidade dos administradores e representantes das sociedades”, in *Revista Fiscal*, Dezembro de 2009, p. 7.

⁶⁸⁹V. Ac. STA de 06 de Março de 2008, proc. 01056/07, que nos diz: “Em processo de contraordenação fiscal, o gerente executado por reversão não tem legitimidade para, por si, interpor recurso judicial da decisão de aplicação de coima à sociedade executada originária”.

⁶⁹⁰Tal defesa só é concedida, portanto, ao acusado – art. 59º Regime Geral das Contra Ordenações.

⁶⁹¹A própria A. manifesta a adesão ao referido voto de vencido na anotação ao Ac. STA de 16 de Dezembro de 2009, proc. 01074/09, in *Revista Fiscal* de Fevereiro de 2010, p. 26.

e culposo, próprio), “não resulta que entenda ser a reversão da execução fiscal instaurada contra a sociedade o meio adequado para efetivar a responsabilidade prevista no art. 8º do RGIT, pois que, por um lado, parece contrário ao espírito do sistema que o administrador ou gerente tenha em relação às dívidas provenientes de coimas aplicadas à sociedade, menores garantias de defesa do que as que são asseguradas em relação às dívidas tributárias pelo nº 4 do art. 22º da LGT, por outro lado, porque é pelo menos duvidoso que, atendendo à natureza civilística dessa responsabilidade, ela possa ser efetivada através do processo de execução fiscal, dado o âmbito com que este é definido pelo art. 148º do CPPT”. Destarte, não sendo o revertido arguido no processo de contraordenação fiscal, mas sim a sociedade, este não goza de legitimidade para a interposição de recurso judicial da decisão de aplicação de coima pela autoridade administrativa e, por isso, não lhe são dadas as garantias de defesa constitucionalmente consagradas. Veja-se o que nos diz o nº 4 do art. 20º da CRP: “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão mediante processo equitativo”.

Apesar desta posição processual mais frágil do revertido no caso das reversões das coimas, a Administração Fiscal tem mantido o entendimento que lhe é possível efetivar a supra referida responsabilidade através do mecanismo da reversão do processo de execução fiscal instaurado contra a sociedade.

Segundo a Conselheira Isabel Marques da Silva⁶⁹², como acima referimos, o problema de fundo, no concreto caso da reversão das coimas⁶⁹³, é o respeitante à violação dos direitos de defesa do responsável civil, pois não é aceitável que ao responsável subsidiário por coimas caibam menores garantias do que as que a lei assegura ao responsável tributário subsidiário⁶⁹⁴.

Nesta linha de entendimento encontra-se também Rui Duarte Morais quando refere que, em “abstrato”, lhe não repugna aceitar que o art. 8º do RGIT consagra uma obrigação de indemnização decorrente do ilícito cometido pelos gerentes ou

⁶⁹²Cfr. SILVA, Isabel Marques da, “Regime Geral das Infrações Tributárias”, *cadernos IDEFF*, nº 5, 3ª edição, pp. 84ss.

⁶⁹³Que, segundo a A., não tem paralelo no que respeita à responsabilidade por multas, pois que o apuramento desta pressupõe necessariamente uma decisão judicial, e não uma mera decisão administrativa, e no processo penal são assegurados aos responsáveis civis a intervenção no processo e os direitos do arguido compatíveis com a defesa dos seus interesses, o que não sucede no processo de contraordenação, para o qual não existe previsão de disposição paralela à do art. 49º do RGIT. *Idem*, *ibidem*, p. 82.

⁶⁹⁴Cfr. O voto de vencido apostado no Ac. do STA, de 16 de Dezembro de 2009, proc. 1147/09.

administradores “resultante do facto culposo que lhes é imputável por terem causado uma situação de insuficiência patrimonial da empresa, determinante do não pagamento da coima, ou por não terem procedido ao pagamento da coima quando a sociedade foi notificada para esse efeito ainda durante o período de exercício do seu cargo”⁶⁹⁵.

Este autor refere, mais ainda, que uma coisa é apurar a natureza jurídica da responsabilidade tributária, outra é saber qual o objeto da execução revertida⁶⁹⁶, concluindo que, na situação em apreço, o objeto da execução é a coima aplicada à sociedade – os revertidos são executados num processo dirigido à cobrança de uma coima e não à cobrança de uma indemnização. Não é razoável que o revertido seja confrontado com uma execução em que o montante da coima seja inatacável, pois este tem que ter o direito de, em nome próprio, independentemente da atuação da pessoa coletiva/devedor originário, pôr em causa a legalidade do que lhe é exigido. Este obstáculo só seria ultrapassado se o legislador facultasse ao responsável subsidiário a possibilidade de intervir no próprio processo de contraordenação com direitos de defesa próprios compatíveis com a defesa dos seus interesses.

O autor sugere a criação de uma norma similar à das multas – art. 49º do RGIT. Posição oposta à de Germano Marques da Silva tem parte da doutrina, nomeadamente, Jorge Lopes de Sousa e Manuel Simas Santos. Estes autores criticam severamente a qualificação do artigo 8º do RGIT defendendo que mesmo “*alicerçando na responsabilidade civil por factos ilícitos a responsabilização dos responsáveis subsidiários e solidários e mesmo sendo ela dependente de atos próprios destes ou omissão de deveres de controle ou vigilância, é uma realidade incontornável que quem faz o pagamento de uma sanção pecuniária é quem está a cumprir e que, efetuado o cumprimento por terceiro, ele deixa de ser exigível ao autor da infração, pelo que esta responsabilização se reconduz a uma transmissão do dever de cumprimento da sanção do responsável pela infração para outras pessoas. (...) por isso, usem-se os eufemismos*

⁶⁹⁵Cfr. MORAIS, Rui Duarte, “A Reversão das coimas: uma *vexateæ quaestio* a que só o legislador pode dar resposta, em comentário ao Acórdão do Supremo tribunal Administrativo de 16-12-2009 – Processo 01074/09”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano III, Março 2010, pág. 304.

⁶⁹⁶Idem, *Ibidem*, pág. 305.

que se usarem, quem paga a multa ou a coima, coativamente ou não, está a cumprir a sanção”⁶⁹⁷.

Pelos motivos supra citados, este autor coloca-se do lado daqueles que defendem a inconstitucionalidade material do art. 8º do RGIT, por violação, nomeadamente do princípio da intransmissibilidade das penas⁶⁹⁸, previsto no nº 3 do art. 30º da CRP. Apesar do nº 3 do art. 30º da CRP se referir somente às penas, este deverá aplicar-se a qualquer tipo de sanções, pois só desta forma se alcançam os fins específicos que justificam a aplicação de sanções – finalidades repressivas e de prevenção – e não finalidades economicistas ligadas à garantia de obtenção de receita. Para além dos autores defenderem a inconstitucionalidade material do art. 8º do RGIT, defendem também que não existe previsão legal para se efetuar reversão.

É, pois, no art. 153º, nº 1 e 2, do CPPT⁶⁹⁹ que se estabelece o âmbito da reversão da execução fiscal. Esta, como resulta do teor do nº 1 do art. 153º do CPPT, apenas pode ter base “tributos e demais dívidas referidas no art. 148º”. Entre as dívidas previstas no art. 148º do CPPT, incluem-se as resultantes de “coimas e outras sanções pecuniárias fixadas em decisões, sentenças ou acórdãos relativos a contraordenações tributárias, salvo quando aplicadas pelos tribunais comuns”- mas não dívidas de responsabilidade civil extracontratual.

Não há muitos anos, foi aditada nova alínea ao art. 148º - alínea c)⁷⁰⁰ - que refere: “Coimas e outras sanções pecuniárias decorrentes da responsabilidade civil determinada nos termos do Regime Geral das Infrações Tributárias”. Todavia, o teor desta em nada altera ao anteriormente referido; o que está aqui em causa é, não a responsabilização destes por coimas e sanções decorrentes de responsabilidade civil, mas sim, e pelo

⁶⁹⁷SOUSA, Jorge Lopes de/SANTOS, Manuel Simas, *Regime Geral das Infrações Tributárias anotado*, 4ª edição, Dezembro de 2010, Áreas Editora, p. 90, nota 2 ao art. 8º do RGIT.

⁶⁹⁸Sobre a intransmissibilidade das penas vide CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob.cit., parte IV, p. 504.

⁶⁹⁹Podem ser executados no processo de execução fiscal os devedores originários e seus sucessores dos tributos e demais dívidas referidas no artigo 148º, bem como os garantes que se tenham obrigado como principais pagadores, até ao limite da garantia prestada. 2 - O chamamento à execução dos responsáveis subsidiários depende da verificação de qualquer das seguintes circunstâncias: a) Inexistência de bens penhoráveis do devedor e seus sucessores; b) Fundada insuficiência, de acordo com os elementos constantes do auto de penhora e outros de que o órgão da execução fiscal disponha, do património do devedor para a satisfação da dívida exequenda e acrescido.

⁷⁰⁰Pela Lei nº 3-B/2010, de 28 de Abril.

contrário, a responsabilidade civil decorrente de coimas e sanções pecuniárias aplicadas à sociedade/devedor originário.

João Matos Viana⁷⁰¹ estabelece um paralelismo entre o art. 8º do RGIT e o art. 24º da LGT para criticar a ideia de “dano” em que se fundam aqueles que (v.g. o TC, no seu Acórdão 129/2009, de 12 de Março) defendem a etiquetada responsabilidade civil por multas e coimas. No caso do art. 24º da LGT, ele defende que existe uma relação jurídico-tributária cujo objeto inclui o crédito e a dívida tributária e o fim último tem em vista a satisfação das necessidades financeiras do Estado⁷⁰².

Assim, neste caso, seria razoável entender que o não pagamento da prestação tributária constitui um “dano” para a Administração Tributária - “dano” esse que se pretende reparar através da responsabilização subsidiária dos agentes/gerentes ou administradores que, culposamente, deram causa ao mesmo.

No caso das multas e coimas (art. 8º do RGIT), estas não podem ser normativamente perspetivadas sob o ponto de vista da garantia da obtenção de receita. Têm finalidades distintas – visam a prevenção especial e geral. Efetivamente, quando se sanciona, castiga-se e tem-se em vista ressocializar o infrator por um lado e, por outro, é suposto que se pretenda advertir e “convidar” a sociedade (em termos latos) a abster-se de praticar factos idênticos.

Nuno Brandão defende também a inconstitucionalidade da referida norma afirmando mesmo que esta “constitui uma autêntica burla de etiquetas⁷⁰³, ao travestir de responsabilidade pelo cumprimento da sanção aquilo que, na realidade, é uma autêntica transmissão da responsabilidade penal, ainda que operada por via legal⁷⁰⁴”.

⁷⁰¹ VIANA, João Matos, “A (in)constitucionalidade da responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes pelas coimas aplicadas à sociedade – comentário ao Acórdão do STA, de 4 de Fevereiro (Processo nº 0829/08) e ao Acórdão do tribunal Constitucional nº 129/2009, de 12 de Março”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano I, 06/2008.

⁷⁰² 121 art. 5º, nº 1, da LGT.

⁷⁰³ Tem o mesmo entendimento, BANDEIRA, Gonçalo N.C. S. DE MELO, “Responsabilidade” Penal Económica e Fiscal dos Entes Coletivos, À Volta das Sociedades Comerciais e Sociedades Civis sob a Forma Comercial, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito Universidade Católica Portuguesa, Almedina, Coimbra, 2004, p. 401.

⁷⁰⁴ BRANDÃO, Nuno, *O Regime Sancionatório das Pessoas Coletivas na Revisão do Código Penal*, in AA. VV., *Direito Penal Económico e Europeu: textos Doutrinários, Volume III*, Coimbra editora, Coimbra, 2009, pág. 469.

Estas são as principais posições quanto ao controverso tema da “responsabilidade civil pelas multas e coimas” bem como da forma como esta se efetiva (ou se tenta efetivar) através do instituto da reversão.

3. A Evolução Jurisprudencial

O tema em apreço tem sido, ao longo dos últimos tempos, alvo de grande discussão jurisprudencial. Vamo-nos focar nas posições do Supremo Tribunal Administrativo e do TC.

A posição do STA quanto à temática tem sido a de que o art. 8º do RGIT é materialmente inconstitucional, por violação dos princípios da intransmissibilidade das penas e da presunção de inocência, consagrados nos artigos 30º, nº 3 e 32º, nº 2, da CRP.

Assim, no seu Acórdão de 28 de Maio de 2008, o TC sentencia que o princípio da intransmissibilidade das penas, previsto no art. 30º nº 3 da CRP, deve aplicar-se também a qualquer tipo de sanções, nomeadamente às coimas, pois, só assim se respeita os fins específicos que justificam a aplicação de sanções - que são a repressão e prevenção – não, de forma alguma, a obtenção de receitas públicas. Por assim ser, refere que: “ (...) a aplicação de sanção a pessoa a quem não pode ser imputada responsabilidade pela sua prática não é necessária para satisfação dos fins que a previsão de sanções tem em vista e, por isso, é constitucionalmente proibida a sua aplicação, por força do preceituado no art. 18.º, nº 2, da C.R.P. que estabelece o princípio nuclear da necessidade de qualquer restrição de direitos fundamentais”⁷⁰⁵. Neste aresto, o STA recusou-se a aplicar, por inconstitucionalidade, a norma do art. 8º do RGIT. O Ministério Público (MP) interpôs recurso obrigatório para o TC, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 70º da Lei do Tribunal Constitucional (LTC) Em consequência, em 12 de Março de 2009, no Acórdão

⁷⁰⁵E diz ainda que: “(...) É, assim, de concluir que, também no domínio do ilícito contraordenacional, se deve aplicar os princípios da intransmissibilidade das coimas e da presunção de inocência, pelo que estas não podem ser exigidas ao revertido, ainda que em termos de responsabilidade subsidiária, nos termos do art. 8º do RGIT”

n.º 129/2009, proc. 649/08, o TC pronunciou-se sobre a aludida questão propugnando pela constitucionalidade⁷⁰⁶ do referido inciso normativo.

O TC foi de encontro à posição defendida por Germano Marques da Silva. Defendeu que o que o art. 8.º do RGIT prescreve é uma responsabilidade civil subsidiária dos gerentes e administradores, assente no facto culposo, que foi o de terem tornado o património da sociedade insuficiente, inviabilizando, dessa forma, o pagamento da coima. Por isso, não estamos perante uma transmissão da sanção, mas sim perante a imposição de um dever indemnizatório que teve origem no facto ilícito e culposo, praticado pelo administrador, e que constitui causa adequada do dano que resulta, para a Administração Fiscal, da não obtenção da receita em que se traduzia o pagamento da coima que era devida.

O citado Acórdão refere ainda que: “Acresce que a responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes assenta, não no próprio facto típico que é como infração contraordenacional, mas num facto autónomo, inteiramente diverso desse, que se traduz num comportamento pessoal determinante da produção de um dano para a Administração Fiscal.

É esse facto, de carácter ilícito, imputável ao agente a título de culpa, que fundamenta o dever de indemnizar, e que, como tal, origina a responsabilidade civil.”.

Tendo em conta a fundamentação expendida o TC não julgou inconstitucional a norma do art. 8.º do RGIT na parte em que este se refere à responsabilidade civil subsidiária dos administradores e gerentes por coimas aplicadas à sociedade. Estão aqui em confronto duas posições distintas quanto à matéria da responsabilidade civil por multas e coimas. Contudo, a divergência não se findou com a prolação do supra citado Acórdão.

Posteriormente, e também pelo facto de aquele Acórdão não ter força obrigatória geral⁷⁰⁷, o STA manteve a sua posição, sendo fiel à jurisprudência que vinha

⁷⁰⁶Posição que manteve nos acórdãos que se lhe seguiram, com o n.º 150/2009 e 234/2009, proferidos em 25/03/2009 e 12/05/2009, respetivamente, embora estes reportados a norma equivalente – art. 7.º-A do RJIFNA.

⁷⁰⁷Isto é, só vincula no processo em que foi proferido.

produzindo. Neste sentido, veja-se o Acórdão do STA de 16 de Dezembro de 2009 (proc.01074/09)⁷⁰⁸.

Neste aresto, com cujo teor nos revemos, em que é Relatora a Conselheira Dulce Neto, fez-se uma síntese das duas correntes (STA vs TC) e reafirmou-se a posição do STA. Este Acórdão é de extrema importância. Não seria de estranhar que, após uma decisão do TC, o STA mudasse a sua posição e adotasse a do TC. Diga-se, que seria até o mais cómodo. Contudo, o STA, mesmo tendo em consideração a decisão do TC e o que esta representa, manteve-se fiel ao seu entendimento.

Destarte, o STA, para além de ter entendido que o art. 8º do RGIT violava o princípio da intransmissibilidade das penas, defendeu também que, pelo facto de os revertidos não serem partes no processo contraordenacional e, por isso, não se poderem defender adequadamente, “a mencionada interpretação é violadora dos direitos de audiência e de defesa que a Constituição estabelece no n.º 10 do art.º 32.º da CRP.”⁷⁰⁹

Constatamos assim que, apesar de o TC no seu Acórdão n.º 129/2009 ter defendido a constitucionalidade do art. 8º RGIT, o STA manteve o seu entendimento quanto ao preceito *sub judice*. Não há muitos anos, em 12 de Janeiro de 2011, foram proferidos dois Acórdãos pelo TC - Ac. n.º 24/2011 e o Ac. 26/2011, proc. n.º 551/10 e n.º 207/10, respetivamente, nos quais se declara o art. 8º do RGIT inconstitucional⁷¹⁰. Estes

⁷⁰⁸127 No mesmo sentido o Ac. do STA, de 19 de Maio de 2010, proc. 055/10, que nos diz: “Porém, apesar do sentido desta decisão do TC, a jurisprudência maioritária do STA, tem-se mantido no sentido que até então seguira, ou seja, no sentido da inconstitucionalidade material do art. 8º do RGIT, por não ser compaginável com os princípios constitucionais da intransmissibilidade das penas e da presunção de inocência enunciados, respetivamente, no nº 3 do art. 30º e no nº 2 do art. 32º da CRP (cfr. os Acórdãos deste STA, de 16/12/09, 16/12/09, 24/3/10 e 14/4/10, nos processos n.ºs. 1147/09, 1074/09, 1216/09 e 64/10, respetivamente). E não vemos, por ora, razão para abandonar tal jurisprudência, sendo certo que a invocada decisão de conformidade constitucional das als. a) e b) do art. 8º do RGIT apenas vincula o processo onde foi proferida (em processo de fiscalização concreta de constitucionalidade)”.

⁷⁰⁹E conclui da seguinte forma: “Estamos deste modo a concluir que a norma ínsita no artigo 8.º do RGIT, quando interpretada no sentido de que consagra uma responsabilização subsidiária pelas coimas que se efetiva através do mecanismo da reversão da execução fiscal contra os gerentes e administradores da sociedade devedora, viola o princípio da intransmissibilidade das penas, por essa reversão implicar, necessariamente, a transmissão da obrigação de cumprimento da sanção que constitui a dívida exequenda.”.

⁷¹⁰A este propósito vide VALENTIM, Carlos/CARDOSO, Paulo, Roteiro de Justiça Fiscal – os poderes da Administração Tributária versus as garantias dos contribuintes, Vida Económica, Abril de 2011, p.429, referem: ““para baralhar as contas” e aumentar ainda mais a controversa gerada em torno da alegada constitucionalidade da responsabilidade subsidiária, recentemente o Tribunal constitucional, nos seus acórdãos n.º 481/2010, de 9/12 e 24/2011 de 12/01, proferidos, respetivamente, nos processos n.ºs 506/09 e 551/2010 veio declarar desta vez, que ao contrário do que havia defendido, que afinal as normas do artigo 7º-A do RJFNA e o atual artigo 8º do RGIT, são inconstitucionais por violação dos princípios constitucionais da culpa, da igualdade e da proporcionalidade, na parte em que se refere à

Acórdãos seguiram a posição tomada pelo Acórdão n.º 481/2010⁷¹¹, em que o TC declarou inconstitucional a norma que se extrai do art. 7º-A do RJFNA – norma equivalente ao art. 8º do RGIT.

Passaremos a expor a posição plasmada nesses mesmos Acórdãos, transcrevendo partes dos mesmos. No Acórdão n.º 26/2011, de 12 de Janeiro de 2011, o TC argumenta no sentido da inconstitucionalidade do art. 8º do RGIT, adotando a posição que este mesmo Tribunal tomou quanto ao art. 7º-A do RJFNA (norma equivalente), transcrevendo a parte mais relevante.

O Acórdão em questão começa por criticar a etiquetada responsabilidade civil pelas multas e coimas dizendo o seguinte: “Na verdade, a dissociação total entre responsabilidade pela violação do dever tributário e responsabilidade pelo não pagamento do montante sancionatório correspondente parece algo artificial e de sentido precário, desmembrando uma posição subjetiva que forma uma unidade conceptual e vital”.

De seguida, o referido aresto põe em causa o facto de a responsabilidade civil atuar subsidiariamente à responsabilidade contraordenacional, argumentando que as referidas responsabilidades não são sobreponíveis - “Responsabilidade contraordenacional e responsabilidade civil não são sobreponíveis, preenchem distintos espaços de imputação de condutas lesivas de valores juridicamente tutelados, resultam de ilícitos de natureza distinta, pelo que a responsabilidade civil não pode ser atuada subsidiariamente, em consequência da frustração da responsabilidade contraordenacional, para satisfazer, por via indireta, os fins próprios desta.”

No Acórdão *sub judice* levanta-se também a questão da responsabilidade subsidiária do gerente não ser levada em conta na determinação da sanção aplicada. Assim, no caso de ser efetivamente culpado pela insuficiência do património da sociedade, terá de pagar o montante que foi aplicado à sociedade a título de coima - quantitativo esse que teve uma

responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes pelos montantes correspondentes às coimas aplicadas a pessoas coletivas em processo de contraordenação fiscal.”

⁷¹¹Acórdão n.º 481/2010, proc n.º 506/09; 2ª secção; Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Neste Acórdão julgou-se inconstitucional o art. 7º-A do RJFNA, norma similar à do art. 8º do RGIT. Por isso, a argumentação usada nos acórdãos n.º 24/2011 e n.º 26/2011 é, em tudo, igual à usada no Ac. 481/2010.

ponderação e uma medida da pena aplicável a uma pessoa coletiva e não a uma pessoa singular⁷¹².

Parece-nos, pois, correta a posição que o aqui citado Acórdão sufragou, ao repudiar que o responsável subsidiário pudesse vir a cumprir a pena em que outrem foi condenado (pessoa coletiva) em função de um específico grau de culpa, pena esta especialmente agravada, tendo em conta a natureza jurídica da arguida/sociedade.

A este respeito diz-se no douto Acórdão o seguinte: “Na concretização da medida da coima, é completamente ignorado aquele fator atinente à pessoa do responsável, sendo-lhe aplicado o montante sancionatório que resultara da valoração da conduta de um outro sujeito, devedor originário. A responsabilidade do revertido não é graduável em função das circunstâncias que lhe dizem pessoalmente respeito, como a modalidade de culpa, a sua gravidade, a sua situação económica.”.

Assim, critica-se o facto de, no caso de ser provada a culpa do gerente na insuficiência do património societário a sua condenação já estar fixada – o que determina que a ponderação do seu grau de culpa não tem qualquer interferência no montante a pagar. O que vale por dizer que “a culpa do responsável releva apenas para ose da responsabilidade mas não para o quantum do seu objeto.”.

Ao não ter em consideração o responsável subsidiário no plano da fixação da coima, ou seja, designadamente o seu grau de culpa e a sua condição económica “a solução afasta-se, na verdade, da que resultaria de um puro critério sancionatório, para atender apenas à intenção de satisfazer o montante integral do crédito correspondente à coima. Poderá, porventura, dizer-se, neste sentido, que a função repressiva é instrumentalizada (e subordinada) a fins de garantia.”.

A ser assim, ficamos com a sensação de que o objetivo subjacente à aplicação de uma coima é o de obtenção de receitas públicas e não qualquer finalidade de prevenção geral e especial - e na verdade como vimos de expender não é assim.

Acrescenta ainda que, apesar das duas normas (art. 7º-A do RJFNA e o art. 8º do RGIT) serem merecedoras do mesmo juízo de inconstitucionalidade, no que diz respeito à norma do art. 8º do RGIT há um fundamento reforçado - relacionado com a forma

⁷¹²A este respeito citam vários Acórdãos onde tem sido constante e reiterado um juízo de proibição constitucional de penas fixas, em resultado da aplicação dos princípios da culpa, da igualdade e da proporcionalidade (cfr. os Acórdãos nº 202/2000, 203/2000, 95/2001, 70/2002, 485/2002 e 124/2004).

como esta se efetiva - através do mecanismo da reversão fiscal. Por tudo isto, o Acórdão n.º 26/2011⁷¹³ decidiu, e bem, julgar a norma do art. 8.º do RGIT inconstitucional, por violação dos princípios constitucionais da culpa, da igualdade e da proporcionalidade. Os acórdãos anteriormente referidos⁷¹⁴ têm em comum o facto de terem sido decididos pela 2.ª secção do TC.

Aparentemente, esta questão não teria qualquer relevância. Contudo, posteriormente à prolação dos referidos acórdãos foi proferido um outro acórdão⁷¹⁵, este da 1.ª secção, no qual se julga a norma do art. 8.º do RGIT constitucional⁷¹⁶.

Desta forma, depois de termos assistido ao “confronto” entre o TC e o STJ, assistimos agora a um “confronto” de posições entre a 1.ª e a 2.ª secção do TC. O Acórdão do TC n.º 35/2011 (1.ª Secção), de 25 de Janeiro, vem retomar a posição adotada no Acórdão n.º 129/09 – já anteriormente analisado. O MP reclamou da decisão (Ac. n.º 32/2011) fundamentando por remissão ao Acórdão n.º 129/2009. Contudo, o TC entendeu que as posições não eram contraditórias, referindo que: “apesar de terem por base o mesmo preceito legal, as decisões pronunciaram-se sobre a constitucionalidade de duas leituras normativas distintas desse preceito, isto é, tiveram como objeto de fiscalização normas diferentes, pelo que não é possível dizer que o julgamento efetuado nesses Acórdãos seja antagónico e incompatível.”

Notificado de tal acórdão, o MP veio interpor recurso obrigatório para o Plenário deste TC, nos termos do artigo 79.º-D, n.º 1, da LTC, “com vista a dirimir o conflito jurisprudencial sobre a questão de constitucionalidade da norma constante do artigo 8.º, n.º 1, do Regime Geral das Infrações Tributárias”. Para isso alegou que existiam posições contraditórias entre o Acórdão n.º 26/2011 e o n.º Acórdão 35/2011. O TC, por despacho em 23 de Março de 2011, não admitiu o recurso, entendendo que: “Uma vez que este Acórdão n.º 35/2011, da 1.ª Secção, ainda não transitou em julgado, não se encontrando, por isso, consolidado, não se pode concluir que exista, neste momento, uma posição definitivamente assumida pelo Tribunal que seja contrária à que vem subscrita no Acórdão n.º 125/2011, desta 2.ª Secção (...)”. O MP recorreu alegando

⁷¹³ Tal como fez o Ac. do TC n.º 481/2010 e o Ac. n.º 24/2011.

⁷¹⁴ Acs do TC n.ºs 481/2010, 24/2011 e 26/2011.

⁷¹⁵ 134 Acórdão do TC n.º 35/2011, de 25 de Janeiro, proc. 206/2010.

⁷¹⁶ 135 Seguindo-se o entendimento do Ac. 129/2009.

que: “Da letra da lei (art. 79-D LTC) não decorre necessariamente que o acórdão-fundamento deva ser definitivo.” e “Por outro lado, do ponto de vista da teleologia da norma, o que se visa é evitar que se consolide como definitiva uma decisão de secção que está em contradição com uma decisão de outra secção.”. Assim, em 11 de Maio de 2011, Acórdão n.º 243/2011, o TC revogou o anterior despacho e aceitou o recurso apresentado pelo MP. Prevê a CRP que existindo mais de três casos concretos a declarar a inconstitucionalidade de uma norma (independentemente do numero de casos em que tenha sido julgada não inconstitucional), está o TC em condições de a declarar inconstitucional com força obrigatória geral. Aguardamos, por isso, uma decisão do Plenário do TC que venha dirimir a divergência jurisprudencial em apreço.

4. Tomada de posição

Apreciadas as várias e divergentes posições da doutrina e da jurisprudência, cumpre agora tomar posição.

A responsabilidade, denominada de civil, por multas e coimas, da forma como está configurada no nosso ordenamento jurídico, em nosso entender, padece de inconstitucionalidade. Dizemos isto por várias razões. Primeiro, porque entendemos é necessário ter em consideração o fim das normas jurídicas e quais os bens jurídicos que estas visam tutelar⁷¹⁷.

Tal como refere Figueiredo Dias⁷¹⁸, a pena “(...) só pode ser tomada como instrumento privilegiado da política criminal quando surja não apenas no seu enquadramento legal, mas também no seu conceito social formado à luz da sua aplicação, como uma autêntica pena criminal, antes que como mero «direito de crédito do Estado» - ainda que de natureza publicista – contra o condenado.”

O Direito civil visa, essencialmente, a reparação de danos; diversamente, o Direito Penal e, aqui, mais concretamente, o Direito Penal Tributário tem, por fim, a prevenção

⁷¹⁷ Sobre a aplicação das penas em Direito Penal Económico DIAS, Jorge de Figueiredo, Breves Considerações sobre o Fundamento, o sentimento e a aplicação das penas em Direito Penal Económico, in Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico, CEJ, Coimbra, 1985, pp. 27 e ss.

⁷¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, parte Geral, As consequências jurídicas do crime*, 1993, Notícias Editorial, pág. 118.

especial e geral. As suas sanções visam ressocializar o infrator e influenciar outros no sentido da abstenção da prática de factos idênticos aos por ele praticados.

Posto isto, não é admissível que se entenda que pelo facto da sociedade não pagar uma coima, o Estado sofra um dano – dano esse que deva ser indemnizável pelo responsável subsidiário. Caso contrário, estaríamos a admitir que uma das finalidades das contraordenações era a angariação de receita para os cofres do Estado. Pensamos que assim não deva ser.

Fazer coincidir a coima não paga ao montante indemnizatório exigido ao responsável, referindo que é essa, tendo em conta critérios da responsabilidade civil, “a expressão pecuniária do dano⁷¹⁹ que ao lesante cabe reparar” não é de todo correto. Este raciocínio não é tão linear. É necessário ter em consideração o disposto no art. 494º CC, para uma eventual fixação equitativa de um valor indemnizatório, quando o lesante atue com mera culpa.

Aplicar o raciocínio defendido, nomeadamente no Acórdão do TC nº 129/2009, de que o não pagamento da coima gera um dano, não é mais do que instrumentalizar e subordinar a função repressiva a fins de garantia.

A ser assim, corremos o risco de o Direito contraordenacional ser usado, frequentemente, não com a finalidade que lhe está subjacente e o justifica, mas sim como meio de obtenção de receitas públicas. Se assim for, diremos que o Direito contraordenacional estará subvertido e que, tal como o Estado, também está em crise.

Em segundo lugar, é censurável o mecanismo usado pela Administração Fiscal para efetivar a citada responsabilidade. Em nossa opinião, o mecanismo da reversão é totalmente inadequado para a efetivar em matéria de multas e coimas.

O uso deste mecanismo processual só vem demonstrar que a responsabilidade ali em causa continua a ser uma responsabilidade contraordenacional camuflada de responsabilidade civil, ou seja, que na verdade estamos perante uma transmissão da sanção. Pensamos assim porque o mecanismo processual denominado de reversão não é mais do que uma forma expedita de redirecionar a cobrança de uma dívida.

Ora, se a dívida é oriunda de um ilícito contraordenacional, a reversão implicaria, obrigatoriamente, que se estivesse a exigir ao revertido que efetuasse o pagamento, não

⁷¹⁹ Tal como se diz no Ac. do TC nº 129/2009, p. 6.

de uma indemnização, mas sim de uma coima. Acrescente-se que o título executivo, na execução fiscal contra a sociedade, é a coima e a reversão não tem as virtualidades de alterar a natureza do título; só ocorre uma alteração subjetiva da instância, mas não uma alteração da natureza do título.

Por outro lado, porque os revertidos não intervêm no processo contraordenacional e não têm possibilidade de contraditar os elementos trazidos pela acusação ou de impugnar ou recorrer do ato de aplicação da coima, estariam a ser violados os direitos de audiência e de defesa que a Constituição da República Portuguesa estabelece no n.º 10 do art.º 32.º para todos os arguidos em processos sancionatórios.

Por fim, outro reparo a fazer é que ao revertido é exigido o pagamento da quantia que teve por base a aplicação de coima à sociedade. Como é sabido, as quantias exigidas a título de coimas são diversas e fixadas em precisa consideração com o tipo de infrator. Quando o agente é uma pessoa singular, a medida da coima tem um limite mínimo e máximo distinto do aplicável a pessoa coletiva, sendo que, neste caso, os limites mínimos e máximos são agravados. Para se determinar a medida concreta da coima é necessário ter em consideração o concreto agente, o seu grau de culpa e a sua condição económica. Logo, como é evidente, não é razoável que ao revertido, passe a redundância, pessoa singular, seja exigido o pagamento de uma coima que foi fixada em função de um tipo de agente que é distinto (pessoa coletiva) daquele que vem a ser responsabilizado a título subsidiário.

Em suma, a responsabilidade subsidiária do gerente ou administrador por multas e coimas, “etiquetada”⁷²⁰ por “responsabilidade civil pelas multas e coimas”, da forma como está configurada no nosso ordenamento jurídico padece de inconstitucionalidade material, pois, o que de facto prevê é uma transmissão da sanção aplicada à sociedade.

⁷²⁰ BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo, *Responsabilidade Penal Económica e Fiscal dos Entes Coletivos, À volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial*, Almedina, 2004, pág. 404, - apelida esta técnica legislativa como sendo a “consagração legal e positivada da burla ou fraude de etiquetas.”.

5. Breves considerações finais

Analizamos a reversão como forma de efetivar dois tipos de responsabilidade distintas: a denominada responsabilidade subsidiária tributária prevista no art. 24º nº 1 da LGT e a responsabilidade etiquetada de responsabilidade civil por multas e coimas consagrada no art. 8º do RGIT. Quanto à primeira somos da opinião de que a presunção prevista na alínea b) é excessivamente onerosa para os administradores e gerentes. O ideal seria uma uniformização dos regimes de ônus da prova, contudo, entendemos que já seria um progresso se houvesse uma “reformulação da presunção”, concretizando-se comportamentos culposos dos gerentes e administradores.

Desta forma, seria menos utópico fazer a prova da não culpa por parte do gestor. A formulação desta presunção aliada à profunda crise que o nosso país enfrenta afasta qualquer pessoa (que tenha algum patrimônio pessoal), minimamente informada dos riscos que corre, da gerência de uma qualquer empresa. O Estado, motivado pelo atual cenário de crise econômica, já é e será, implacável na cobrança dos seus créditos. A este respeito, veja-se o ofício circulado nº 60 082/2011 relacionado com o “momento da reversão”. As instruções presentes no ofício são as de preparação imediata de reversão, contra administradores e gerentes, no caso de se apurar situação líquida negativa das pessoas coletivas. O objetivo é claro – a maximização de possibilidades de cobrança e reflete a situação financeira e patrimonial do nosso tecido empresarial.

Estes factos anteriormente descritos, apesar de visarem a obtenção de receita e, por isso, a prossecução do interesse público, poderão, em certas situações ter consequências nefastas, forçando empresas a cair na insolvência e, conseqüentemente, aumentar o desemprego. Aquilo que parecerá uma “galinha de ovos de ouro” poderá vir a revelar-se um “galo”. Com isto queremos dizer que, poderá o Estado tomar medidas bem-intencionadas que poderão ter como consequência o atrofiamiento do desenvolvimento do nosso tecido empresarial.

No que concerne à “responsabilidade civil pelas multas e coimas”, aguardamos ansiosamente a decisão do Plenário do TC que venha dirimir a divergência jurisprudencial. Como já tivemos oportunidade de referir anteriormente, na nossa humilde opinião, a supra referida responsabilidade, da forma como está estruturada no nosso ordenamento jurídico, padece de inconstitucionalidade material, porquanto, o que

efetivamente prevê é uma transmissão para o responsável subsidiário da sanção aplicada à sociedade.

E no caso concreto que pretendemos defender, configura-se ainda mais incongruente partirmos para a Reversão Fiscal, sabendo à partida que a sociedade por quotas tem *Ab Initio* um capital mínimo impraticável em termos de bens suscetíveis de penhora, e, simultaneamente, porque a lei permite e leva a isso, um património pessoal dos sócios inexistente, que à partida, será sempre acautelado face á possibilidade de criar uma empresa com 1 euro.

Faz sentido continuar a coexistir tal instituto a nível tributário, se o legislador vem permitir a criação de empresas sem capital real, e quase que induz à eliminação de capital próprio pessoal, antes da constituição do contrato de sociedade?

Depois de aprofundado o tema, surgem as já previsíveis conclusões, que se baseiam no centralismo do instituto da reversão fiscal na arrecadação de receita para o Estado em detrimento dos princípios que devem ser assegurados para uma posição igualitária entre o Contribuinte e o Estado. O que acontece é que o primeiro surge sempre numa situação frágil, desnivelada face ao Estado. Esta relação complica-se, já que se pugna pela proteção cúmplice do legislador, que cria situações dúbias acerca da igualdade de procedimentos, à firmeza dos conceitos utilizados, aos procedimentos levados a cabo, esquecendo o princípio da capacidade contributiva, ou redefinindo-o em conformidade com o interesse (aparentemente supremo) da arrecadação de benefícios para o cofre público.

Todo o regime se mostra cúmplice com a ineficiência da máquina fiscal, sendo cúmplice dos seus silêncios, repercutindo nuns as sanções de contra ordenações cometidas por outros, desconsiderando a pessoa coletiva dotada de capacidade e personalidade jurídicas e fiscais, desconsiderando quem fisicamente a representa atuando sob o seu património pessoal, em prole da receita do Estado.

Mas será que vai continuar a ser assim, face à alteração legislativa aqui tratada e por demais debatida?

Segundo Saldanha Sanches, “A atribuição de responsabilidade pessoal aos gerentes pelas dívidas da sociedade, é um regime de uma grande severidade: a sanção terá uma

relação direta com o imposto em dívida, mas nenhuma relação com a capacidade contributiva do contribuinte”⁷²¹, que assim se questiona acerca da constitucionalidade deste mecanismo.

Acerca desta questão, debate-se também Tânia Meireles da Cunha, já que a mesma considera que “Foi subvertido o instituto da reversão e transformou-se em medida cautelar, só que com menos exigências (#) ”⁷²², tal como o Juíz do Tribunal Constitucional Rui Moura Ramos, que votou de vencido no acórdão 25/2011, do Tribunal Constitucional, que se decidiu pela inconstitucionalidade material do artigo 8º do RGIT. O mesmo referiu que embora mantenha a posição de defesa da constitucionalidade daquele preceito, considera que o mecanismo da reversão de responsabilidade, tal como está previsto no CPPT, será, ele sim, “desconforme com os princípios constitucionais”.

Como tal, esta temática prometendo ser cada vez mais actual nos nossos dias, transversal à sociedade actual e polémica, geradora de grandes discussões e diferentes opiniões acerca da Reversão Fiscal, poderá passar a ser inócua, dada a sua inaplicabilidade às sociedades por quotas.

Como aplicar aos sócios o instituto da reversão em sede de execução fiscal, se à partida, a constituição de uma sociedade sem capital social mínimo e, paralelamente e por consequência, sem qualquer garantia patrimonial pessoal dos sócios, pois a lei é o que vem veicular, nos leva a concluir da sua inaplicabilidade?

Se sabemos, à partida, que os sócios não possuem bens susceptíveis de poder vir a ser penhorados para pagamento de eventuais dividas existentes, pois é nossa convicção de que essa será a permissa inicial quando decidirem constituir uma qualquer sociedade com um euro de capital social, de que serve continuar a existir este instituto jurídico público, no que a este tipo societário diz respeito?

Queremos acreditar que o legislador não terá vislumbrado esta situação quando resolveu proceder à implementação do capital mínimo societário de um euro, para as sociedades por quotas, mas a verdade é que potenciar o empreendedorismo desta forma, é, salvo

⁷²¹ Cf. SANCHES, J. L. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, ob.cit, 2007, pág. 277.

⁷²² Cf. CUNHA, Tânia Meireles da, “O momento da Reversão da Execução Fiscal contra os Responsáveis Subsidiários,” *Ciência e Técnica Fiscal*, 416, Julho/Dezembro, 2005, pág. 159.

melhor opinião, potenciar situações de fuga à responsabilidade societária tradicional, patenteada na figura jurídica da reversão em sede de execução fiscal.

CONCLUSÃO

De tudo o que nos foi permitido dar conta, cabe concluir, sem contudo deixar de aceitar o contraditório, o que segue:

Em termos genéricos:

1. A permissão da criação de sociedades de responsabilidade limitada, com capital social mínimo de € 1 euro, coloca ao eventuais credores sociais, um problema de tutela dos seus direitos, patente no facto de o património social se ter tornado insuficiente para cumprir as obrigações da sociedade, caso a actuação dos sócios se patenteie por negligencia, incúria, ou mesmo até dolo, ao privar o património social da sua capacidade para satisfazer os mesmos.

2. A alteração legislativa levada a cabo em 2011, permitindo esta situação, e fundando a sua opção no desejo de desenvolvimento e proliferação do empreendedorismo jovem, não pode proceder, porquanto não havendo ainda censos sobre o recurso a este meio para criação de novas sociedades comerciais, a verdade é que o empreendedorismo baseado na falta de capital social real, bloqueia qualquer possibilidade de desenvolvimento económico, uma vez que elimina a possibilidade de recurso a crédito, se inexistirem garantias reais próprias ou pessoais, que possam funcionar como tutela dos credores.

3. Por outro lado, o recurso ao instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica das pessoas coletivas, que tem na sua génese o possibilitar dar resposta aos problemas da tutela dos credores sociais quando os seus interesses sejam postos em causa pela actuação dos sócios, não é passível de aplicação a este tipo societário, dada a sua natureza e constituição subcapitalizada.

4. Com efeito, e considerando à partida, a inexistência de capital social, património social e património pessoal dos sócios, (uma vez que esta alteração legislativa é o que vem alertar e propiciar aos sócios fazer desde logo - desfazerem-se do seu património, por forma a afastar qualquer futura responsabilidade acrescida), podemos afirmar que dos três tipos de situações, referenciados pela maioria da doutrina e pela jurisprudência, justificadores do recurso a uma solução de Desconsideração da personalidade Jurídica, a saber: subcapitalização material, domínio da sociedade por um dos sócios e mistura de patrimónios, se encontram, desde logo, todas elas excluídas.

5. Não havendo capital social nem património social passível de se confundir com o património pessoal dos sócios, por ser essa agêncise desta alteração legislativa, ficam sem aplicabilidade prática, o recurso á desconsideração da personalidade jurídica.

6. O domínio da sociedade por um dos sócios, ou mesmo a sociedade unipessoal por nós referida anteriormente, exclui, *ab initio*, pensar-se em desconsideração, enquanto instituto jurídico informador do tipo sociedade por quotas.

8. Por outro lado, a ponderação entre interesses públicos e privados deve, acima de tudo e em cumprimento dos princípios que enformam o Estado de Direito, ser imparcial e justa, nunca esquecendo que o interesse público atinge com maior intensidade a sua essência quando, no respeito pelos princípios da proporcionalidade, da justiça e da igualdade, corresponde à garantia dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, e no caso em concreto, dos credores.

9. A abordagem do regime da responsabilidade subsidiária e da reversão deixa-nos a impressão de que o legislador tributário favoreceu a Administração Tributária com os seus eloquentes silêncios e, simultaneamente, com as suas indeterminações conceptuais, não se coibindo de desafiar princípios considerados incontornáveis no âmbito da actuação administrativa ou mesmo de violar de forma explícita a Lei Fundamental, no âmago dos princípios mais garantísticos que esta possui.

10. A responsabilidade subsidiária e a indissociável reversão foram traçadas sem o rigor que seria de esperar e sem a preocupação séria de garantir a igualdade procedimental (presunção de culpa?), a determinação dos conceitos (fundada insuficiência é...?), a verdade dos procedimentos (uma excussão prévia... a posteriori?) e a menor desvantagem possível para os cidadãos.

11. A Administração Tributária dispõe de um regime legal aparentemente previsto para compensar a sua ineficiência, dotado de normas que farejam um culpado, qualquer que ele seja, um responsável que, engolido pela máquina fiscal, permita cumprir o desígnio supremo da arrecadação de receitas ou assumo o pagamento de sanções a que outros deram causa e mereceram.

12. É certo que devem os gerentes, administradores e directores adoptar comportamentos cumpridores e conformes à boa prática das suas obrigações fiscais, como também está certo que aqueles que, culposamente, assim não procedam, padeçam as dores da responsabilidade subsidiária.

13. É certo que é um instituto assente no princípio da economia processual, evitando que se instaure um novo processo executivo contra o responsável subsidiário, ampliando subjectivamente a instância executiva, caindo por terra a necessidade de serem instaurados processos subordinados.

14. Mas será que sob o peso da desconsideração da personalidade colectiva, da presunção de culpa, de conceitos indeterminados e indetermináveis, de benefícios habilmente suprimidos, da derrogação do princípio da capacidade contributiva, da desconsideração pelos princípios da justiça e da proporcionalidade, da transmissão das penas e da supressão das suas garantias, ainda bole o revertido?

15. cremos que não, e, para resumir a parte genérica, cremos que nenhuma receita fiscal justifica a distorção dos fundamentos e princípios do Direito ou a violação da nossa Lei Fundamental. A receita fiscal é importante, mas o modo da sua obtenção retrata o Estado cobrador e o abuso do Direito para se preferir o cofre e preterir o cidadão.

16. Aplicar o Instituto da Reversão em sede de Execução Fiscal, pressuporia a existência de património pessoal dos sócios gerentes, o que, em face do que discurremos anteriormente, sabemos, à partida, vir a ser inexistente, uma vez que criar um sociedade com €1 euro de capital social, por forma a viabilizar o empreendedorismo, possibilita também aos sócios acautelarem-se de imediato, partindo para a criação da sociedade despojados de todos os seus bens patrimoniais.

17. A criação de um modelo de responsabilidade interna, que patentei o respeito dos sócios perante a sociedade, poderia, de certa forma, ter a vantagem de tutelar os interesses dos credores sociais. No entanto, a inexistência de capital social real será sempre um entrave à aplicabilidade prática dos institutos por nós tratados.

18. Devemos acompanhar o desenvolvimento e as orientações da União Europeia, visando o desenvolvimento económico nacional, no entanto, devemos fazê-lo de forma concertada e analisando todos os Institutos Jurídicos com que com essas alterações possam vir a colidir.

19. Alterar a lei de forma concetanea e ponderada, conciliando e propiciando uma alteração total à questão da não exigência de um capital social mínimo, projetada num futuro próximo, será talvez uma das soluções para corrigir a inóquidade levada a cabo pelo Decreto lei nº33/2011, de 07.03, porquanto tal como a Espanha levou a efeito,

poderíamos ter salvaguardado a totalidade das sociedades por quotas desta alteração, tendo, por exemplo, estabelecido limites valorativos, baseados na ponderação da presunção da eventual facturação das sociedades a constituir , para estabelecer qual ou quais dessas sociedades poderiam não se incluir na não exigência de capital mínimo social.

20. De facto, mesmo que o atual regime jurídico possa salvaguardar a problemática da responsabilidade subsidiária, a verdade, é que tal salvaguarda embate numa autentica falácia, se entendermos, como nós entendemos, que os sócios deste tipo societário, pelas razões que fomos aduzindo ao longo deste trabalho, partirão para a constituição de uma sociedade por quotas, desprovidos de qualquer património pessoal, passível de poder vir a ser chamado à colação, caso a sociedade venha a incorrer em algum incumprimento contratual, tributário ou outro.

Em termos concretos:

21. Aqui chegados, poderemos por fim, tentar elencar, da forma possível, as soluções que, em termos jurídicos fariam sentido terem sido consideradas antes da promulgação da Lei agora em estudo e que, à semelhança de outros enamentos jurídicos, poderiam ter salvaguardado a subcapitalização das sociedades por quotas e , desta forma, obstar á sua “ morte anunciada”. Ao longo deste trabalho questionámo-nos se actualmente ainda faria sentido defender a obrigatoriedade do capital social mínimo nas sociedades por quotas, uma vez que a tendência tem sido exactamente a contrária.

22. Na verdade, vimos que o capital social mínimo surgiu lado a lado com a regra da responsabilidade limitada dos sócios, manifestando-se como mecanismo para proteger os credores que nestes casos não poderiam accionar o património dos sócios caso a sociedade não cumprisse com as suas obrigações.

23. Efetivamente, após a análise dos argumentos a favor e contra o capital social mínimo, e contrariamente ao que é sugerido pela maioria da doutrina na Europa, entendeu-se que actualmente o capital social mínimo não deve ser totalmente desconsiderado pelos legisladores, pois ele ainda serve a função de protecção dos credores, função essa que cumpre com mais eficácia em comparação com alguns dos meios alternativos propostos pela doutrina.

24. Esses meios também não estão isentos de críticas, especialmente devido à sua natureza *ex post* e de, em muitos casos, a sua aplicação depender da decisão discricionária de um juiz. Falamos, claro está, da Desconsideração da personalidade Jurídica das pessoas colectivas, da reversão em sede de execução fiscal e do direito de insolvência. Estas decisões, por si, dependerão da prova conseguida pelo credor, prova esta que muitas vezes se revela difícil.

25. A verdade é que o capital social mínimo como meio de protecção *ex ante* realiza funções de prevenção e segurança jurídica que nos ordenamentos jurídicos actuais são funções essenciais do direito. A tutela dos credores sociais só será verdadeiramente conseguida pela consagração de ambos os mecanismos. Assim, acautelam-se os interesses de todos os tipos de credores (através da estabilidade de um capital mínimo legalmente exigido) e responde-se à consistente falta de cumprimento por parte da sociedade se e quando for caso disso (recorrendo-se à desconsideração da personalidade jurídica, ao direito de insolvência e aos contratos de suprimento).

26. Se a doutrina começou a levantar dúvidas em relação à aplicação da regra do capital social mínimo nas sociedades por quotas, o contrário também sucede. Serão verdadeiras desvantagens as críticas apontadas por esses Autores? Desta forma, tentamos chamar a atenção para a necessidade de encontrar um ‘contrabalanço’ entre os dois caminhos, permitindo assim que ambas as perspectivas tenham relevância prática.

27. Nesta medida não concordamos com a ‘morte’ do capital social mínimo nas sociedades por quotas (nem em qualquer sociedade de responsabilidade limitada), mas sim com uma solução ponderada e equilibrada, como a que foi adoptada no ordenamento jurídico alemão. Através da criação da ‘sociedade empresarial’ o legislador continuou a assumir uma função de protecção preventiva, ao mesmo tempo que pensava *small first*, conseguindo uma promoção ponderada das pequenas e médias empresas.

28. O capital social, entendido como uma figura paradigmática do Direito das Sociedades, tem, nas últimas décadas, sofrido uma intensa recessão no que concerne, sobretudo, à função de garantia que sempre lhe foi atribuída. Sem uma noção concretamente definida na lei, observámos que a doutrina desde cedo se preocupou em tecer noções e em rotular princípios que estruturassem esta figura, nomeadamente o princípio da intangibilidade do capital social que impede que sejam distribuídos aos sócios os bens que se destinem a cobrir a cifra do capital social.

29. Já no âmbito das funções, o capital social apresenta-se como um meio eficaz de regular, por exemplo, os direitos e deveres dos sócios mas, no que concerne à função de garantia, predominantemente entendida como a função base desta figura, repercutiu-se como uma função à qual foi dado um valor manifestamente superior àquele que, significativamente, tinha. Passou a considerar-se que o capital social não cumprindo com aquela que seria a sua função rainha e não acautelando, desta forma, os interesses dos credores sociais, poderia ser suprimido das legislações.

30. Deste modo, o destino da figura culminou no seu desaparecimento, inicialmente nos EUA, onde se verificou uma competição intensiva dos Estados para atrair o fomento de sociedades. Em sentido contrário, a figura na Europa era sacralizada, debatendo a doutrina, uma e outra vez na vez, na função de garantia, até à perceção, já tardia, quando comparada com a dos EUA, que o capital social não cumpria o seu propósito.

31. Vários foram, conforme explanado, os acórdãos do TJUE a tecer considerações sobre a exigência mínima de capital social, pelo que, neste sentido, a tendência legislativa tem sido a sua abolição ou, por outra via, a adoção de novos tipos de sociedades de responsabilidade limitada, que obedeçam a um regime jurídico diverso e que, desde logo, não necessitem do cumprimento de um capital social mínimo. Esta solução revela-se promissora se em causa estiverem pequenas empresas que para a sua atividade não tenham necessidade de um capital robusto.

32. Em Portugal, pela entrada em vigor do DL n.º 33/2011, observou-se uma premissa de constituição de sociedade por quotas com um capital social livremente fixado pelos sócios. Esta solução, não foi vista de bom grado pela totalidade da doutrina e tem sido objeto de duras críticas, nomeadamente por se considerar que dá azo a que as sociedades sejam criadas manifestamente subcapitalizadas, ou seja, sem recursos financeiros que as permitam manter-se no comércio jurídico.

33. Ao longo do estudo que ora concluímos, tentámos analisar se poderão e deverão ser os sócios responsabilizados pelas obrigações da sociedade, incluindo em situações de insolvência, na medida em que, na nossa opinião e daquilo que concluímos, uma sociedade constituída com um capital social diminuto ou irrisório pode fracassar mais facilmente pois não tem estrutura financeira para suportar determinadas dificuldades decorrentes da prática normal do exercício da atividade. Não obstante, existem várias formas de sanar esta subcapitalização da sociedade, como, por exemplo, através do

contrato de suprimento em que o sócio empresta dinheiro à sociedade e esta se obriga a reembolsá-lo. Esta forma reveste particular interesse dada a celeridade inerente, ao invés do recurso a financiamento externo, o qual é moroso e, no caso de uma sociedade subcapitalizada, pode ser mais difícil de obter especialmente sem que os sócios prestem garantias pessoais o que, como é sabido, representa um elevado risco para o património pessoal.

34. Não obstante, o facto de os sócios pelo suprimento se afigurarem como credores da sociedade, sem, contudo, perderem a sua qualidade de sócio, não determina especiais vantagens em detrimento dos restantes credores (salvo, por exemplo, na questão de terem uma melhor perceção da situação financeira da sociedade), sendo que, no caso de insolvência, os seus créditos são reembolsados apenas quando forem integralmente satisfeitos os créditos dos restantes credores.

35. A par do contrato de suprimento encontramos outros meios de tutela dos credores sociais apresentados, os quais se mostram revestidos de particular importância na medida em que, pela aprovação do DL n.º 33/2011, pode ocorrer uma transferência, para a esfera jurídica daqueles, de um risco de exploração de uma atividade que não exploram. Desta feita, os credores poderão exigir dos sócios outras garantias para salvaguardar o seu crédito, poderão, ainda, no contrato de financiamento, estipular cláusulas que acautelem os seus interesses, ou requerer a insolvência da sociedade, entre outros meios que mereceram a nossa atenção.

36. Todavia, estes meios, transversais ao instituto da responsabilidade limitada conferido aos sócios, não estão na prática ao alcance de todo e qualquer credor, mas apenas dos chamados “credores fortes ou voluntários”, ainda que determinados meios, indiretamente, favoreçam também os designados de “credores fracos”, como, por exemplo, a estipulação de uma cláusula no contrato de financiamento a impedir a distribuição de bens.

37. É mister não olvidar a intenção do legislador na adoção do capital social livre. Pretendeu, sobretudo, tornar a nossa legislação competitiva com outras legislações europeias, mas descurou, no entanto, os interesses dos credores.

38. A doutrina, por seu turno, há muito que propugnava no sentido de criação de um novo subtipo de sociedade de responsabilidade limitada, como se verificou, por

exemplo, na Alemanha com a criação da “mini GmbH”, a qual deveria estar sujeita a um regime jurídico diverso.

39. A nosso ver, e salvo melhor opinião, a solução do legislador pela consagração do capital social livre abriu portas a uma subcapitalização manifesta de algumas sociedades, não sendo exigível aos sócios a adequação do seu investimento ao objeto da sociedade porque a lei não prevê essa obrigação. Num estudo realizado ao capital social de cerca de 400 sociedades por quotas, observámos que o facto de o legislador impor o cumprimento de um montante mínimo, se revela apenas no cumprimento desse montante, não havendo, na grande maioria das vezes, estruturação financeira da sociedade para suportar o início de atividade porque os sócios não a dotam do capital real necessário. Ao analisarmos, também, o capital social das sociedades por quotas constituídas no período 2012-2013, verificámos que o montante médio de capital social inicial rondava os €240. Ora, não são necessários estudos que comprovem que uma sociedade constituída com esse valor não tem poder financeiro para suportar os encargos económicos a que, por força da atividade, se vinculará. Observámos ainda que as sociedades analisadas no período 2012-2013 duraram cerca de 1 ano no comércio, o que reflete a subcapitalização originária.

40. Pelo exposto, cremos que a solução não passa pelo capital social livre, mas pela criação de um novo tipo societário, à semelhança da maioria dos países por nós mencionados, para sociedades de pequena dimensão.

BIBLIOGRAFIA

AARON, H. & Gale, W. (1983). *Economic Effects of Fundamental Tax Reforms*,
Brooking Institution Press.

ABRÃO, Nelson, *Sociedades Limitadas*, 9ªEd., São Paulo, Saraiva, 2005

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de,

- *Curso de Direito Comercial – Vol. II – Das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002

- *Suprimentos*, in *Estudos em Homenagem ao Prof.Dr. Raul Ventura*, Volume II,
Direito Comercial, Direito do Trabalho, Vária, Faculdade de Direito da Universidade de
Lisboa, Lisboa, 2003, 71-80

- *Curso de Direito Comercial – Vol. II – Das Sociedades*, 2ªEd., Almedina, Coimbra,
2007

- *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, in *Reformas
do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, 15-47

- *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. II e III Almedina, 2010.

- *Diálogos com a jurisprudência*, II – Responsabilidade dos administradores para com os
credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica, DSR, 3, 2010.

- *Curso de Direito Comercial*, 4.ª ed., vol. II, Coimbra, Almedina, 2011.

- *Curso de Direito Comercial*, Volume II, 4.ª Edição, Almedina., 2014

- *Curso de Direito Comercial*, Volume II, 5.ª Edição, Almedina.2016

- *“Subcapitalização de sociedade e desconsideração da personalidade jurídica”*, in *O
Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, coord. P. TARSO DOMINGUES E
M. MIGUEL CARVALHO, Coimbra, Almedina, 2011.

- *Curso de Direito Comercial – Vol. II – Das Sociedades*, 4ªEd., Almedina, Coimbra,
2013

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de /MARTINS, Alexandre Soveral, Grupos de Sociedades.Aquisições Tendentes Ao Dominio Total, Almedina, Coimbra, 2003

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de/RAMOS, Maria Elisabete, Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores (notas sobre o artigo 379º do Código do Trabalho), in Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho – Miscelâneas, nº 3, Almedina, Coimbra, 2004, 7-55.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de; RAMOS, Maria Elisabete – Responsabilidade quanto à constituição da sociedade. In ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, dir. – Código das Sociedades Comerciais em Comentário – Volume I. Coimbra: Almedina, 2010. Pp. 827 – 826.

ABREU, J. C. & Ramos, M. E. (2010), Comentário ao art. 78.º do CSC, In Código das Sociedades Comerciais em Comentário, (volume I, pp. 892-903), 1.ª Edição, Coimbra: Almedina.

ABRIANI, Niccoló, Gli Administratori di Fatto delle Società di capitali, Giuffrè, Milano, 1998,

ADAMEK, Marcelo Vieira Von, Responsabilidade Civil de Administradores de Sociedade no Direito Brasileiro in : M.FATIMA RIBEIRO e F. ULHOA COELHO (Co-ord.) Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil, Cpimbra, 2012

AGRA, Manuel Botana/RODRIGUES, Francisco Hernandez/VIDAL, Ángel Garcia, *Lecciones de Derecho Mercantil II*, Gallaecia Liber, Santiago de Compostela, 2006

Agrawl, Anup / Knoeber, Charles, “Firm Performance and Mechanisms to Control Agency Problems between Managers and Shareholders”, *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 31/3 (September 1996).

AKERLOF, George A. “The market for ‘lemons’: quality uncertainty and the market mechanism”. In: *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, issue 3, 1970.

ALARCÃO, Manuel de, *Sociedades Unipessoais*, in BFDUC, Suplemento ao Vol. XIII, 1961, 203-326.

ALBUQUERQUE, Pedro de, *Direito de Preferências dos Sócios em Aumento de Capital nas Sociedades Anónimas e por Quotas*, Almedina, Coimbra, 1993

ALBUQUERQUE, Ruy de/CORDEIRO, Menezes, *A Imputação aos Gestores dos Débitos à Previdência, Da responsabilidade Fiscal Subsidiária: A Imputação aos Gestores dos Débitos das Empresa à Previdência e o artigo 16.º do Código das Contribuições e Impostos*, in *Separata da Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1987.

ALCOVER GARAU, Guillermo, *El âmbito de Responsabilidad de los administradores em los nuevos artículos 62.5 de la Ley de Sociedad Anónima u 1105.5 de la ley de Sociedades de responsabilidade Limitada*, in *RDS*, 2006, 85-93

ALMEIDA, António Pereira de,

- *A limitação da responsabilidade do comerciante individual*, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, 271-288.

- *Sociedades Comerciais*, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

- *Estrutura organizatória das sociedades*, in *Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, 95-118

- *Os administradores independentes*, in *A Reforma do Código das Sociedades. Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Almedina, Coimbra, 2007, 153-172

ALMEIDA, Margarida Azevedo de, *O problema da responsabilidade do sócio único perante os credores da sociedade por quotas unipessoal*, in RCEJ, n.º3, 2005, 61-98

ALONZO ESPINOSA, Francisco José, *La Responsabilidad Civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*, in *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al profesor Rafael Garcia Villaverde*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2007, 127-157

ALONSO LEDESMA, Carmen, *La modificación de los estatutos sociales: Aumento y reducción de capital*, Revista de derecho de sociedades, Pamplona, Aranzadi, n.º 36, 2011-2012, pp. 175 ss.

ALONSO UREBA, A.:

- La 12ª Directiva comunitária em matéria de Sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidência en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, com particular consideracion de la RDGNR de 21 de junio de 1990, in *Derecho Mercantil de la Comunidad Economica Europea - Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

- *La Modernización del Derecho de sociedades*, Civitas, Madrid, 2011

ALVES, Carlos Francisco, *Uma perspectiva económica sobre as (novas) regras de corporate governance do Código das Sociedades Comerciais*, in *A Reforma do Código das Sociedades, Jornadas em Homenagem ao professor Doutor Raúl Ventura*, Almedina, Coimbra, 2007, 173-195

ALVES, Jonas Figueiredo; DELGADO, Mario Luiz. *Código Civil anotado – inovações comentadas artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2005.

ALVES, José A. Costa, A responsabilidade tributária dos titulares dos corpos sociais e dos responsáveis técnicos, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano III, Coimbra Editora, 2006.

ALVES, José António Costa / MARTINS, Jesuíno Alcântara , “Manual de Procedimento e Processo Tributário”, Ministério das Finanças e da Administração Pública, Direcção-Geral dos Impostos, Centro de Formação, 2008 .

ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. "Aplicabilidade da teoria da desconsideração da pessoa jurídica no processo falimentar". *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n.87, jul./set. 1997.

AMARAL, Hermano de Villemor do. *Das sociedades limitadas*, Rio de Janeiro, 1938. Apud REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 458-459.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito processual civil*, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011.

AMARO, Luciano da Silva. "Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor". *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)*, Porto Alegre, v. 20, n. 58, jul. 1993.

AMATUCCI, Carlo – Ancora un capitale per la s.r.l? Sincerità del legislatore tra tutela dei creditori e « rarefazione » dei conferimenti. In *RS*. 49: 6 (2004). Pp. 1427 –1482.

ANDRADE, Fabio Siebeneichler. "A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil como instrumento de superação para o desvirtuamento de sua finalidade". In: Torres, H. T.; Queiroz, M. E. (coord.). *Desconsideração da personalidade jurídica em materia tributaria*. Sao Paulo: Quartier Latin, 2005.

ANDRADE, Manuel de, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Reimpressão da 1ª edição, 1993.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*. Sao Paulo: MP, 2005.

ANTUNES, Ana Filipa Morais, *O abuso da personalidade jurídica coletiva no direito das sociedades comerciais. Breve contributo para a temática da responsabilidade civil*, in VVAA, *Novas tendencias da responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007

ANTUNES, José A. Engrácia,

- *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993;

- *Le Groupe de Sociétés. La crise du modèle légal classique de la Société Anonyme*. "EUI WORKING PAPERS IN LAW", Florence, EUI Working Paper Law n° 92/24, European University Institute- Florence, Department of Law;

- *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários – Estudos e Monografias*, Porto, Universidade Católica Portuguesa - Editora, 1994;

- *Direito das Sociedades comerciais – Perspectivas do seu ensino*, Coimbra, Almedina, 2000.

- *Os grupos de sociedades*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002.

- *O estabelecimento individual de responsabilidade limitada: crónica de uma morte anunciada*, in RFDUP, 2006, 401-442.
- *Os Instrumentos financeiros*, Coimbra, Almedina, 2009.
- *Direito das Sociedades, Parte geral*, 2.^a ed., Porto, 2011.
- “*A redução do capital por extinção de acções próprias*”, *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 6, Ano 3, Coimbra, Almedina, Outubro 2011, pp. 49 ss.
- *Da redução do capital social*, In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra: Almedina. 2012

ARAÚJO, Fernando,

- *Introdução à Economia*, 3.^a Edição (reimpressão da edição de Fevereiro de 2005), Almedina, 2006
- *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, 2007
- *Análise Económica do Direito: Programa e Guia de Estudo*, Almedina, 2008

ARLT, Roland, *I património destinati ad uno specifico affare : le protected cell companies italiane*, in CI, 2004, 323-356

ARMMANO, Maria, *La Società a Responsabilità Limitata tra Società di Capitali e Società di Persone. L'Esperienza delle “ Close Corporations” negli Stati Uniti d'America e delle “ Sociétés Unipersonnelles” in Francia*, Cedam, Padova, 1990

ARMOUR, John

- “*Legal capital, an outdated concept?*”, in EBOR, 7:1 (2006). Pp. 5 – 27.
- Hansmann, Henry / Kraakman, Renier, “Agency Problems and Legal Strategies”, in *The Anatomy of Corporate Law, a Comparative and Functional Approach*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2009.

ASCARELLI, Tulio,

- *Personalità Giuridica e problemi delle società*, in RS, ano II, fasc.6, Novembro-Dezembro, 1957, 981-1047
- O negócio indireto. In *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo, Saraiva, 1969, p. 138
- “O empresário” (trad. de Fábio Konder Comparato). In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 109, 1998.
- “O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito comparado” (trad. de Fábio Konder Comparato). In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 114, 1999.
- *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira,

- *Direito Comercial., Vol. I Parte Geral*, Lições do prof.Doutor Oliveira Ascensão, Lisboa, 1986/1987
- *O estabelecimento individual de responsabilidade limitada ou o falido rico*, in *Estruturas Jurídicas da Empresa*, AA.VV., AAFDL, Lisboa, 1989, 13-35.
- *Direito Comercial, vol. IV, Sociedades comerciais*, Lisboa, 1993.
- *Invalidez das deliberações dos sócios*, in *Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, 371-398 e in *Estudos em Homenagem ao prof. Doutor Raúl Ventura, Volume II, Direito Comercial, Direito do Trabalho, Vária*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003, 17-44
- *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13ªed., Almedina, Coimbra, 2005

ASHTON, Ina Warncke. *Curso de alemão para juristas: Deutschkurs für Juristen*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995. v.2. p.91.

ASQUINI, Alberto. "Profili dell'impresa". In: *Rivista di diritto commerciale*, vol. XLI, parte I, 1943.

Ax, SANDRA.. *Legal Capital, Creditor Protection and Efficiency?*, Goteborg University, Department of Law, School of Economics and Commercial Law, October 2004.

Bachner, Thomas, *Creditor Protection in Private Companies, Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, Cambridge University Press, 2009, Cambridge.

BAINBRIDGE, Stephen M. ,

- *Abolishing Veil Piercing*, *Journal of Corporate Law*, 26, Spring 2001

- *Abolishing LLC Veil piercing*, in *UILR*, nº1, 2005

BALDWIN, R.E., & Krugman, P. (2004). *Agglomeration, integration and tax harmonization*. *European Economic Review*, 1-23.

BALEEIRO, Allomar, *Direito Tributário Brasileiro*, 10.ed., rev.atual, por Flávio Bauer Novelli, Forense, Rio de Janeiro, 1983

BANDEIRA, Gonçalo N.C. S. De Melo, "*Responsabilidade*" *Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos, À Volta das Sociedades Comerciais e Sociedades Civis sob a Forma Comercial*, *Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito Universidade Católica Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2004.

BARBOSA, Nuno, “Reviravolta no art. 35º do Código das Sociedades Comerciais”, *in Desporto & Direito, Revista Jurídica do Desporto*, Ano II, nº 6 (Maio/Agosto 2005), p. 369-372

BARNEVELD, Jaap - *Legal capital and creditor protection. Some comparative remarks*. In ZAMAN, D.F.M.M, dir. - *The European Private Company (SPE). A Critical Analysis of the EU Draft Statute*. Antwerpen: Intersentia 2009. Pp. 81 – 102.

BARREIROS, F. (2010), *Responsabilidade Civil dos Administradores: Os Deveres Gerais e a Corporate Governance*, Coimbra Editora.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1969.

BARTELSMAN, E.J. & Beetsma, R.M.W.J., *Why Pay More? Corporate Tax Avoidance Through Transfer Pricing in OECD Countries*, *Journal of Public Economics*, 2225-2252., 2003

BASTIAN, L. B. A. (2009), *Análise Comparativa da Sociedade Limitada na Alemanha e no Brasil: Foco na Sociedade Limitada Unipessoal*. Disponível em: www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/lucia_bastian.pdf. Consultado a 02/02/2017.

BELTRÁN, Emilio Aragonés, *in “Convencion y Arbitraje en el Derecho Tributário”*, Instituto de Estudios Fiscales – Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996.

BENITO, José L. de, *La Personalidad Jurídica de Las Compañías y Sociedades Mercantiles*, 2ªed., RDP, Madrid, 1943

BERNARDES, Flavio Couto. "A desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade no direito tributario - uma análise comparativa com o instituto da responsabilidade tributaria". In: Torres, H. T.; Queiroz, M. E. (coord.). *Desconsideração da personalidade jurídica em materia tributaria*. Sao Paulo: Quartier Latin, 2005.

Beurskens, Michael / Noack, Ulrich, "The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st Century", *German Law Review*, 9/9 (2008)

BEVILAQUA, Clovis. *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 10^a ed. (atualizada por Achilles Bevilaqua). Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953. V. 1.

BIN, Marino, *Gruppi di imprese e diritto commercial*, in *Gruppi di Imprese e Nuove Regole*, a cura de Pietro Zanelli, Franco Angeli, Milano, 1991

BLAISE, Henri – *Apports*. In GUYON, Yves ; MAGNIER, Véronique, dir. - Dalloz – *Répertoire des Sociétés, Volume I*, Paris: Dalloz, 1992.

BLANCO, A. P. (1973), La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, In *Studia Albornotiana* (dirigidos por Evelio Verdera y Tuells), XVI, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.

BOCCHINI, Ermano, *Siritto Societario statunitense e diritto societario italiano: in weiter Ferne, so nah*, in *GComm.*, 2007,I

BOLDÓ RODA, CARMEN
- *La dottrina del levantamento del velo della personalità giuridica nel diritto privato spagnolo*, in *CI*, 1998, 256-313.

- *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006.

BONELLI, Franco, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *GComm.*, *Numero Speciale: Contributi alla Riforma delle Società di capitali*, suplemento ao n.º 3/2004

BONZAR DELL LENZANO,R., *La reducción del capital social en la sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009

BOOTH, R. A., *Capital Requirements in United States Corporation Law*, In www.ssrn.com/abstract=864685. Consultado a 13/05/2016.

BOQUERA MATARREDONA, JOSEFINA , *La Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada*, Civitas, Madrid, 1996.

BORBA, José Edwaldo Tavares, *Direito Societário*, 10ªEd., Renovar, Rio de Janeiro, 2007

BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

BOUCHARD, Charline, *La personnalité morale démythifiée. Contribution à la définition de la nature juridique des sociétés des personnes québécoises*, Les Presses de l'Université de Laval, Sainte – Foy, 1997

BOUCKAERT, Boudewijn & Gerrit de Geest (orgs.) , *Enciclopedia of Law and Economics*, 5 vols., 2000

BRANDÃO, Nuno, *O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal*, in AA. VV., *Direito Penal Económico e Europeu: textos Doutrinários, Volume III*, Coimbra editora, 2009.

BRAVO, Federico de Castro y, *La Persona Juridica*, 2.^a Ed., Civitas, Madrid, 1984

BROCCARD, Emmanuel – De l'utilité de constituer une SARL? In *RevSoc*, 122:4 (2004). Pp. 825 – 834.

BRONZE, FERNANDO JOSÉ, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Editora, 2002

BRUSCATO, Wilges Ariana. *Empresário individual de responsabilidade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BULGARELLI, Waldírio. *Sociedades comerciais*. 8^a ed. São Paulo: Atlas, 1999.

BUTARO, LUCA, *Vecchi e nuovi orientamenti in tema di Persona Giuridica*, in *Personalità giuridica e gruppi organizzati*, trabalho sobre problemas atuais de Direitos e Processo Civil, Milano, Giuffré

CABRAS, Giovanni,:

- *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, A. Giuffrè, 1978.

- *Le società unipersonali*, GC, Ano XLIV, 1994, II.

CABRAL, João Miguel Primo dos Santos, A Responsabilidade Tributária Subsidiária do Administrador de Facto, in Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Henrique Mesquita, Coimbra Editora, 2009.

CAEIRO, António Agostinho,:

- *As sociedades de pessoas no Código das Sociedades Comerciais*, in *Estudos em Homenagem ao prof.Doutor Eduardo Correia, Volume I*, Número especial do BFDUC, Coimbra, 1988, 1-82

-- *A Parte Geral do Código das Sociedades Comerciais*, Separata do número especial do BFDUC – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, 1986, Coimbra.

CAETANO, Marcelo, *As Pessoas Coletivas no Código Civil Português*, in *Estudos de Direito Administrativo*, Edições Ática, Lisboa, 1976, 365-391

CAHN, Andreas, *Die Ausfasllhaftung des GmbH- Gesellschafters. Besprechung der Entscheidung BGHZ 150, 61*, in ZGR 2003, 298-315

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira, *Sociedade limitada no novo Código Civil*. São Paulo:Atlas, 2003. pág. 16.

CÂMARA, P., Neves, R., Figueiredo, A., Oliveira, A. & Gomes, J. (2008), *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Coimbra: Almedina

CAMPINHO, Sérgio,

- *O Ddireito de empresa à luz do novo Código Civil*, 9ªEd., Rio de Janeiro, Renovar, 2008

- O direito de empresa à luz do novo código civil. 10ª ed. revista e atualizada de acordo com a lei complementar n° 128/2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CAMPOBASSO, Gian Franco,:

- *La responsabilità del socio nella s.r.l. unipersonale*, GC, Ano xxi, 1994, I.

- *Diritto commerciale*, vol. 2, *Diritto delle società*, Torino, UTET, 1995.

CAMPOS, Diogo Leite de/RODRIGUES, Benjamim S./SOUSA, Jorge Lopes, *Lei Geral Tributária anotada e comentada*, Vislis Editores, 3ª Edição, Setembro de 2003.

CAMPOS, Diogo Leite de, e CAMPOS, Mónica Neves Leite de, *Direito Tributário, (reimpressão)*, 2ª Edição, Almedina – Coimbra, 2000.

CAMPOS, Diogo Leite de/CAMPOS, Mónica Horta Neves Leite de, *Direito Tributário*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2001.

CAMPOS, Diogo Leite de, e SILVA, Isabel Marquês da, *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*, Vislis Editores, Novembro de 1999.

CANAS, M. G. S. (2011), *O Contrato de Suprimento como (nova) forma de financiamento societário*, Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas, Instituto Universitário de Lisboa.

CANAVEZ, Luciana Lopes. “A sociedade em comum como modelo de sociedade empresária no Novo Código Civil”. In: *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, ano 6, n. 11, 2003.

CANNU, Paul le – La loi pour l’initiative économique et le droit des sociétés. In RevSoc, 121 :3 (2003). Pp. 409 – 427.

CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital

- Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª edição revista, Volume I, Coimbra Editora, 2007;

- Constituição da República Portuguesa anotada, 4ª edição revista, Volume II, Coimbra Editora, 2010. Reversão Fiscal – A responsabilidade subsidiária dos gerentes ou administradores por dívidas, multas e coimas.

CAPPONI, MARCO CLAUDIO

- *Società unipersonale a r. l.: finalmente una realtà per l'ordinamento italiano*, Società, Ano XII, nº 4, 1993.

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo/ gonzález, Javier Carrascosa, *Sociedades mercantiles : libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea*, in RDS, 2007, 59-100

CARBAJO CASCÓN, FERNANDO

- *La Sociedad de Capital Unipersonal*, Aranzadi, Navarra, 2002.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil 1: les personnes*. 20ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

CARLOS, Adelino da Palma, Ensaio sobre o Litisconsórcio, Lisboa, 1956

CARLOS, Maria Amélia Barradas, Meios de reacção à preterição do direito de audição prévia em situações de reversão, in *Revista Fiscalidade*, nº 36, Edição do Instituto Superior de Gestão, trimestral, Outubro - Dezembro 2008.

CARMONA, J., Gouiffès, P-F. & Lépine, J-L., *Mission d'Analyse Comparative des Administrations Fiscales*. Inspection Générale des Finances, Paris. 1999

CARNEIRO, MANUEL BORGES, *Direito Civil de Portugal*, Lisboa, Impressão Regia, 1826

CARNEY, William J., “*Limited Liability*”, in Bouckaert, B. & G. De Greest (orgs.) 2000, III

CARVALHO, Maria Miguel, “*O novo regime jurídico do capital social das sociedades por quotas*”, in *O Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, coord. P. TARSO DOMINGUES e M. MIGUEL CARVALHO, Coimbra, Almedina, 2011.

CARVALHO, ORLANDO DE,

- “Negócio Jurídico Indirecto”, In *Escritos, Páginas de Direito*, I, Almedina, Coimbra, 1998

- *Teoria Geral do Direito Civil, Relatório Sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino*, ed. Dactilografada, Coimbra, 1076

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. t. III, v. III.

CARVALHO SANTOS, J.M., *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XXXIV, suplemento IX, por SemyGlanz, Livraria Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1982

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos, *A responsabilidade dos Gerentes, Administradores e Directores pelas Dívidas Tributárias das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2000.

CASTRO, C. O. (1998), Alguns apontamentos sobre a realização e a conservação do capital social das sociedades anónimas e por quotas, In *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Volume XII, Tomo I, Universidade Católica Editora.

CATAPANI, Márcio Ferro. “Os contratos associativos”. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (org.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CHULIA, Francisco Vicent. *Introducción al derecho mercantil*. Valencia: Tirant lo blanc, 1999.

Ciência Técnica e Fiscal - O Momento da Reversão da Execução Fiscal Contra os Responsáveis Subsidiários, Edições Almedina S.A, Dezembro de 2005.

CINCOTTI, Cristiano – L’esperienza delle parts bénéficiaires belghe e gli strumenti finanziari partecipativ di cui all’art. 2346 c.c.. In *BBTC*, 57:1 (2004). Pp. 221 – 223.

CLARKE, Robert Charles, “The Duties of the Corporate Debtor to its Creditor”, *Harvard Law Review*, 90 (1977).

COASE, Ronald Harry. "The nature of the firm". In: *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16, 1937.

COBLES, Jose Hurtado. *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*. Barcelona: Bosch, 2005.

COELHO, Fabio Ulhoa. "Pessoa jurídica: conceito e desconsideração". *Justitia*, Sao Paulo, v. 137, jan./mar. 1987.

- *Desconsideração da personalidade jurídica*. Sao Paulo: Revista dos Tribunals, 1989.

- *Comentarios ao Código de Proteção do Consumidor*. (Coord.: Oliveira, J.). Saraiva: Sao Paulo, 1991.

- As duas Limitadas, in : JOSÉ ROBERTO PINHEIRO FRANCO (Dir.), *Revista do Advogado*, Ano XXIII, n.º71, São Paulo, 2003

- *Manual de Direito Comercial : direito de empresa*, 18ªEd., São paulo, Saraiva, 2007

- *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 13ªed., São Paulo, 2009

COELHO, Fábio Ulhoa & Maria de Fátima Ribeiro (coords.), *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2012

COELHO, MARIA ÂNGELA COELHO :

- *A limitação da responsabilidade do comerciante em nome individual*, in RDE, anos VI/VII, 1980/1981, 3-48.

- *A reforma da sociedade de responsabilidade limitada /GmbH) pela lei alemã de 4 de Julho de 1980 (GmbH-Novelle)*, in RDE, anos VI/VII, 1980/1981, 49-80.

- *A limitação da responsabilidade do comerciante individual: o EIRL e a sociedade por quotas unipessoal em confronto*, Os quinze anos de vigência do Código das sociedades Comerciais, Fundação Byssaia Barreto, 2003.

COELHO, P. (2009), Cartas da Europa: país em foco Alemanha. Disponível em www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI81404,91041-Cartas+da+Europa+Paises. Consultado a 05/05/2016.

COLOMA, Paula Vicente-Arche, “El arbitraje en le ordenamiento tributário español: una propuesta”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, Madrid, 2005.

COLOMBO, G. E., Portale, G. B., “*Modificazione statutarie, recesso, riduzione del capitale*”, *Trattato delle società per azioni*, vol. 6, Torino, Utet.

COLOMBO, GIULIO F.

- *Socio quasi totalitário di s.r.l. e attuazione della XII Directiva CEE*, GC, Ano XX, 1993, II.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: RT, 1976.

Constituição da República Portuguesa. Edições Almedina. 2011

CORDEIRO, António Menezes,

- *Direito das Obrigações*, 2º volume, Lisboa, 1986;

- *O levantamento da personalidade Colectiva*, no direito civil e comercial, Almedina, 2000.

- *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina, 2002

- *Manual de Direito das Sociedades*, –I Vol. – *Das Sociedades em Geral*, Almedina, 2004

- *Direito Europeu das Sociedades*, Coimbra, 2005

- Manual de Direito das Sociedade, –IIVol., Almedina, Coimbra, 2006
- “Da perda de metade do capital social das sociedades comerciais”, Revista da Ordem dos Advogados, I, Ano 56 (1996), pp. 156 ss.
- Manual de direito das sociedades, II, Das sociedades em especial, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011.
- Código das Sociedades Comerciais Anotado, 2.^a ed., Almedina, 2011.
- Da Boa-Fé no Direito Civil, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1984
- “O novíssimo regime do contrato-promessa”, in Estudos de Direito Civil, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1991
- Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais, Lex, 1997

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, Tratado de Direito Civil Português. I. parte Geral.Tomo III. Pessoas, 2^a ed., Almedina, Coimbra, 2007

CORDEIRO, Pedro,:

- *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, AAFDL, Lisboa, 1994.
- *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, 3.^a Edição, Universidade Lusfada Editora, 2008

CORRÊA DE OLIVEIRA, J. LAMARTINE, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, Edição Saraiva, 1979

CORREIA, ANTÓNIO ARRUDA DE FERRER/XAVIER, VASCO LOBO, CAEIRO, ANTÓNIO AGOSTINHO/ COELHO, MARIA ÂNGELA

- *Sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Anteprojecto da lei. 2.^a redacção e exposição de motivos*, in RDE, ano III, 1977, n^o 2, 349-423.

CORREIA, António de Arruda Ferrer,

- *Sociedade unipessoais de responsabilidade limitada*, in RDES, Ano I, 1945, nºs 5 e 6.
- *Sociedades fictícias e unipessoais*, Livraria Atlântida, Coimbra, 1948.
- *O problema das sociedades unipessoais*, in BMJ, nº 166, Maio de 1967.
- *Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa*, ROA, 1984.
- *La société d'une seule associe (droit portugais)*, BFDUC, XLI, 1965.
- *Lições de direito comercial, Sociedades comerciais*. Doutrina geral, vol. II, Coimbra, 1968.
- *“A Autonomia Patrimonial como Pressuposto da Personalidade Jurídica”*, in *Estudos Vários de Direito*, Coimbra, 1982, págs. 547 a 562.

CORREIA, Luis Brito,

- *Grupos de sociedades*, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, 379-399
- *Direito Comercial, Volume II*, Associação Académica de Lisboa, 1989
- *Direito comercial, Sociedades Comerciais*, 2.º vol., Lisboa, AAFDL, 2000.
- *A Sociedade Unipessoal Por Quotas*, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 631-650.

CORREIA, Miguel J.A. Pupo,.

- *Sobre a responsabilidade por dívidas sociais dos membros dos órgãos da sociedade*, ROA, 2001.
- *Direito Comercial. Direito da Empresa*, 10.ª ed. Edinforum, Lisboa, 2007

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. “Empresas unipessoais”. In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Económico e Financeiro*, v. 51, 1983.

COSTA, Philomeno Joaquim da. “Comentário a acórdão”. In: Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 53, 1984.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009.

COSTA, R., Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”, In I Congresso Direito das Sociedades em Revista, pp. 157-187, Coimbra: Almedina, 2011

COSTA, R., Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule, Reforma do Código das Sociedades, In Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho, Colóquios, n.º 3, pp. 49-86. 2007

COSTA, Ricardo, Alberto dos Santos :

- *As Sociedades Unipessoais*, in Problemas do Direito das Sociedades, AA.VV., IDET, Almedina, Coimbra, 2002, 25-63.

- *A sociedade por quotas unipessoal no direito português/Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, Almedina, Coimbra, 2003.

- *Desafios interpretativos do art. 270º-G do CSC*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, AA.VV., I, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

- *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, AA.VV., (coord. de Jorge Coutinho de Abreu), I, 2010, II, 2011, IV, 2012.

- Unipessoalidade societária, Misc., nº 1, Almedina, 2003, 41-142.

- *A propósito do regime jurídico da sociedade unipessoal por quotas*, Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa, Universidade Católica Editora, 2002.

- “Responsabilidade dos gerentes de sociedades por quotas perante credores e desconsideração da personalidade jurídica”, in Cadernos de Direito Privado, nº 32,

Outubro/Dezembro 2010. – *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 29.11.2007, Proc. 0735578, CDP, 32, 2010.*

COULOMBEL, Pierre. *Le particularisme de la contition juridique des personnes morales de droit privé*, Nancy, 1950, p. 62-3.

COZIAN, Maurice/ VIANDIER, Alain/ DEBOISSY, Florence,

- Droit des sociétés, 13.^a ed., Paris, Litec, 2000.

- Droits des sociétés. 18^a ed. Paris: Litec, 2005.

CRISTIANO, Romano.

- A empresa individual e a personalidade jurídica. São Paulo: RT, 1977.

- A subsidiária integral no Brasil. São Paulo: RT, 1986.

CRUZ BLANCO, António Pérez de La, Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, dirigido por R. URÍA/ A. MENÉNDEZ/ M. OLIVENCIA, Tomo III, vol. 3, La reducción del capital, Madrid, Editorial Civitas, 1995.

CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las. *Derecho societario: parte general - la personalidad jurídica societaria*. Buenos Aires: Heliasta S. R. L, 1994.

CUNHA, Carolina:

– Partilha do activo restante. In ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, dir. – Código das Sociedades Comerciais em Comentário – Volume II. Coimbra: Almedina, 2010. Pp. 669 – 973.

- CSC em Comentário, Vol. II, Almedina, 2011.

CUNHA, PAULO, “Capital E Património Sociais, Lucros E Reservas”, Estudos de Direito das Sociedades”, (Estudos elaborados por Pedro Maia, Maria Elizabete Ramos. Alexandre Soveral Martins. Paulo De Tarso Domingues. J. M. Coutinho De Abreu Coordenação), 9ª Edição. Almedina, 2008

CUNHA, Paulo Olavo:

-“A redução do capital social nas sociedades anónimas”, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, vol. IV, Coimbra, Almedina, 2003, pp.659 ss.

-“O novo regime da redução do capital social e o artigo 35.º do CSC”, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 anos, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 1023 ss.

- Direito das Sociedades Comerciais, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010.

- Aspectos Críticos da Aplicação Prática do Regime das Acções sem Valor Nominal, In Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal, pp. 131-152, Coimbra: Almedina.2011

- Direito Empresarial para Economistas e Gestores, Coimbra: Almedina.2014

CUNHA, Paulo de Pitta/SANTOS, Jorge Costa, Responsabilidade Tributária dos Administradores ou Gerentes, Lex, Lisboa, 1999.

CUNHA, Tânia Meireles da

- Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais, A culpa nas responsabilidades civil e tributária, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009;

-O Momento da Reversão da Execução Fiscal Contra Responsáveis Subsidiários, in Ciência e Técnica Fiscal, 416, Julho/Dezembro, 2005, pp. 129-162.

DAIGRE, Jean-Jacques. “La société unipersonnelle”. In: Revue internationale de droit compare, v. 42, n. 2. Société de Législation Comparée: Paris, 1990.

DANA-DÉMARET, Sabine, Le capital social, Paris, Litec, 1989.

DAVIES, Paul L., Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law, seventh edition, Sweet & Maxwell, London, 2003.

DÉMARET, Sabine – Le Capital Social. Paris: Litec, 1989

DIAS, G., Fiscalização de sociedades e Responsabilidade Civil, Coimbra: Almedina, 2006

DIAS, Jorge de Figueiredo

-Breves Considerações sobre o Fundamento, o sentimento e a aplicação das penas em Direito Penal Económico, in Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico, CEJ, Coimbra, 1985;

-Direito Penal Português, parte Geral, As consequências jurídicas do crime, Notícias Editorial, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, Tomo I, Coimbra Editora, 2ª Edição, Janeiro de 2011.

DIAS, Rui, “A Reforma de 2008 do Direito das GmbH (Desenvolvimentos recentes do Direito das Sociedades na Alemanha)”, Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 1 (2009)

DÍAZ GÓMEZ, M.^a Angustias – Las aportaciones no dinerarias en la Sociedade Anonima: contenido, valoración y desembolso. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

DINIZ, Gustavo Saad. Responsabilidade dos administradores por dívidas das sociedades limitadas. Porto Alegre: Síntese, 2003.

Direção geral das contribuições e impostos, Ofício Circulado 30.143, de 13-03-2013, Direção de Serviços do IVA.

Direção geral das contribuições e impostos, Ofício Circulado 60.058, de 17-04-2008, Direção de Serviços de Justiça Tributária.

Direção Geral das Contribuições e Impostos, Ofício Circulado 60.064, de 23.10.2008, Direção de Serviços de Justiça Tributária, <http://www.portaldasfinancas.gov.pt> .

DJANKOV, Simeon; MACLIESH, Caralee; SCHLEIFER, Andrei – Private credit in 129 countries. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=652366>.

DOMINGUES, Paulo de Tarso:

-“Garantias de Consistência do Património Social”, Problemas do Direito das Sociedades, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 496 ss.

-“Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções”, BFDUC, Studia Iuridica, 33, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

- *A vinculação da sociedade por quotas no Código das Sociedades Comerciais*, in RFDUP, 2004, 277-307.

- *Variações sobre o capital social*, Coimbra, Almedina, 2009.

- “Capital e património sociais, lucros e reservas”, Estudos de Direito das Sociedades, coord. J. M. COUTINHO DE ABREU, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2010.

- O Capital Social (ou a falta dele) nos Estados Unidos da América, In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, (VI pp. 471-510), Coimbra Editora., 2009

- Tempo das entradas. In ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, dir. – Código das Sociedades Comerciais em Comentário – Volume II. Coimbra: Almedina, 2010. Pp. 441 – 447.

- É justificável a proibição de entradas em indústria nas sociedades de capitais. In TEIXEIRA, Glória; CARVALHO, Ana Sofia, dir., – Os 10 Anos de Investigação do CIJE”, Coimbra: Almedina, 2010. Pp. 819 – 832.

- O Novo Regime do Capital Social nas Sociedades por Quotas: in P. PAIS DE VASCONCELOS, J. COUTINHO DE ABREU e R. PINTO DUARTE, Direito das Sociedades em Revista, Ano 3, Vol. 6, Coimbra, Out. 2011, 97-123, 98-99.

DONO, J., Algumas questões em torno do capital social, In Direito e Cidadania, Ano VI, N.º 19, janeiro a abril, Gráfica do Mindelo.2004

DOURADO, Ana Paula,

- A Responsabilidade Tributária dos Gerentes: Pressupostos, Fisco, nº 57, 1993.

- Substituição e Responsabilidade Tributária, in Ciência e Técnica Fiscal, n.º 391, Julho/Setembro 1998.

DOZ, Yves L. e HAMEL, Gary, Alliance Advantage: The Art of Creating Value through Partnering, Harvad Business School Press, Boston, 1998

DUARTE, Diogo Pereira, Aspetos do Levantamento da personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio : contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária, Coimbra, 2007

DUARTE, RUI PINTO

- *Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor*, Themis, RFDUNL, Almedina, 2005.

- II Congresso DSR, 2012.

- “A Subcapitalização das Sociedades no Direito Comercial”, In Fisco, nº 76/77, Ano VIII, Lex, Março/Abril, 1996

EASTERBROOK, Frank H. & Daniel R. Fischel (1985), “Limited Liability and the Corporation”, The University of Chicago Law Review, Vol. 52, n.º 1, 89-117

EASTBROOK, Frank / Fischel, Daniel, The Economic Structure of Corporate Law, Harvard University Press, 1996.

ECHEGARAY, José Díaz, La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima, 2ª edição, Editorial Montecorvo, Madrid, 1995.

EDWARDS, Vanessa, EC Company Law, Oxford: Oxford University Press, 1999.

EIDENMÜLLER, Horst; GRUNEWALD, Barbara; NOACK, Ulrich – Minimum capital in the system of legal capital. In LUTTER, Marcus, dir., - Legal Capital in Europe, ECFR, Volume Especial 1 (2006). Pp. 17 – 41.

EINSENBERG, M., The Nature of Common Law, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.1998

EIZAGUIRRE, J.M.de, *Derecho de Sociedades*, Madrid, 2001

EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO

- *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, 5ª ed., 2013.
- *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente e outras Pessoas*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Coimbra Editora, 2009.
- *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente no novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Direito e Justiça, Vol. XIX, Tomo II, 2005.

ESCRIBANO GÁMIR, Rosário Cristina:

- La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- “La Directiva 2006/68/CEE, de 6 de septiembre, en materia de tutela de los derechos de crédito de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social. Apuntes de una reforma anunciada”, Revista de derecho de sociedades, n.º 28, 2007-1, pp. 161 ss.

ESPÍRITO SANTO, JOÃO , *Sociedade unipessoal por quotas*, Almedina, 2013.

ESTACA, JOSÉ MARQUES ,

- *Código das Sociedades Comerciais anotado (anot. aos arts. 270º-A a 270º-G (774-778), AA.VV.*, Almedina, Coimbra, 2011.
- *O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*, Almedina, Coimbra, 2003

ESTEVES, MARIA JOSÉ/SANDRA ALVES AMORIM/PAULO VALÉRIO, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*, Anotado, Vida económica, 2012

EWANG, F., An Analysis and Critique of the EU's Minimum Capitalisation Requirement, Disponível em: www.ssrn.com/abstract=1015708. Consultado a 12/05/2015.

FAIRFAX, L. M., Spare the Rod, Spoil the Director? Revitalizing Director's Fiduciary Duty Through Legal Liability.2005, Disponível em: www.ssrn.com/abstract=899212. Consultado a 08/03/2017.

FAMA, Eugene,

- "Agency Problems and the Theory of the Firm", Journal of Political Economy, Chicago: The University of Chicago Press, 88 (1988).

- Jenson, Michael, "Separation of Ownership and Control", Journal of Law and Economics, Corporations and Private Property: A Conference Sponsored by the Hoover Institution, June, 26/2 (1993).

FARIA, C. P. (2014), A subcapitalização das sociedades comerciais, Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas, Escola de Ciências Sociais e Humanas, Departamento de Economia Polícia, Instituto Universitário de Lisboa

FARIA, J. RIBEIRO DE, Direito das Obrigações, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1990

FARRAR, John H., Frankenstein incorporated os Fools`Parliament? Revisiting the concept os the Corporation in Corporate Governance, Bond Law Review, Vol.10 Iss 2, Article 2, 1998. Disponível em <http://epublications.bond.edu.au.dlr/vol19/iss2/2>

FAZZIO JUNIOR, Waldo, Sociedades Limitadas: de acordo com op Código Civil de 2001, São Paulo, Atlas, 2003

FEIO, Diogo, *A Substituição Fiscal e a Retenção na Fonte: O Caso Especifico dos Impostos Sobre o Rendimento*, Coimbra Editora, 2001.

FÉRES, Marcelo Andrade. “A depuração da sociedade em comum: primeiras considerações sobre o regime jurídico das sociedades contratuais em formação”. In: *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 19, v. 3, 2004.

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 5ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de Sociedades*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Inés – *Aportaciones No Dinerarias en la Sociedad Anónima*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

FERRAN, Eilís – The place for creditor protection on the agenda for modernisation of company law in the European Union. In *ECFR*, 3:2 (2006). Pp. 178 –221.

FERRAN, Eilís, *Principles of Corporate Finance Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008

FERRARA, Francesco.

- *Le persone giuridiche*. (Trattato di diritto civile italiano, dir. Filippo Vassali, 2). 2º ed. (con note di Francesco Ferrara Junior). Torino: Utet, 1958.

- . *Teoria delle persone giuridiche*. 2ª ed. riveduta. Torino: UTET, 1923.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, MARIA PRAZERES, *Responsabilidade Ilimitada do Sócio Único em Caso de Falência da Sociedade Unipessoal por Quotas*, Jornal APOTEC, 1999.

FERREIRA, Waldemar.

- Instituições de direito comercial. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. v. 1.

- Tratado de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1960.

FERRER CORREIA, António de Arruda:

- Sociedades fictícias e unipessoais. Coimbra: Atlântida, 1948.

- Lições de direito comercial, Sociedades comerciais. Doutrina geral, vol. II, Coimbra, 1968

FERRO-LUZZI, Paolo. I contratti associativi. Milano: Giuffré, 2001.

FIGUERIA, ELISEU, “Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades de Capitais”, in Tribuna da Justiça, Director: Concelheiro Ricardo Velha, 4-5, 4-5, Junho-Setembro, 1990, M.P. Fernandes Rei, Edições

FIGUEIREDO, J.A. Seabra de, A responsabilidade dos Gerentes ou Administradores na Lei Fiscal, Vida Económica, Lisboa, 1996/97.

FIGUEIREDO, M. (2011), A “Business Judgement Rule” e a sua Harmonização com o Direito Português, Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios, Universidade Católica Portuguesa.

FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA ,

- *A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência*, ROA, Ano 66, II, Setembro 2006.

- “Acordos Parassociais “Omnilaterais”, Um novo caso de “desconsideração” da personalidade jurídica?”, in *Direito das Sociedades em Revista*, 2009

- *Teoria da Confiança E Responsabilidade Civil*, Almedina, 2004

FRAMINÁN SANTAS,F.J., *La exclusion del socio en la sociedad de responsabilidade limitada*, Comares, Granada, 2005

FRANÇA, MARIA AUGUSTA, *A estrutura das sociedades Anónimas em Relação de Grupo*,AAF DL, Lisboa, 1990

FRANCO, Vera Helena de Mello.

- “O triste fim das sociedades limitadas no novo Código Civil”. In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 123, 2001.

- *Direito empresarial. O empresário e seus auxiliares. O estabelecimento empresarial. As sociedades*. 3ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009. v. 1.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Direito empresarial. Sociedade anônima. Mercado de valores mobiliários*. 2ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.v. 2.

FRAZÃO, Ana , “Desconsideração da Personalidade 1416 | RIDB, Ano 2 (2013), nº 2 ,2012

FREITAS, J. M. D. , *O enquadramento jurídico do risco da empresa societária no DL n.º 33/2011, de 7 de março, e na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, - a incoerência do*

ordenamento jurídico português, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto.2012

FREITAS, JOSÉ LEBRE, “Pressupostos objetivos e subjectivos da insolvência”, Themis-Edição especial da revista Themis Novo Direito da Insolvência, 2005

FRONTINI, Paulo Salvador. “Pessoas jurídicas no código civil de 2002 - elenco, remissão histórica e disposições gerais”. In: Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 137, 2005.

FURTADO, Jorge Henrique da Cruz,

- *Curso de Direito das Sociedades*, 5ª ed., (colab. de Néelson Rocha), Almedina, Coimbra, 2004.

- *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Artigos 1º a 19º. Âmbito de aplicação. Personalidade e Capacidade. Celebração do contrato e registo*, Almedina, 2009.

GAINO, Itamar, *Responsabilidade dos socios na Sociedade Limitada*. São

Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIARDO, M. , *Sociedades Anónimas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.1998

GALGANO, FRANCESCO

- *Diritto Civile e Commerciale*. Vol. III. L’impresa e le società. Tomo II. Le società di capitale e le cooperative, 4ª Ed., Cedam, 2004.

- *Diritto commerciale: le società*. 15ª ed. Bologna: Zanichelli, 2005.

- *Diritto commerciale. Le società. Contratto di società. Società di persone. Società per azioni. Altre società di capitali. Società cooperative*, Zanichelli, 2013

GARRETT, JOÃO ANTÓNIO BAHIA DE ALMEIDA

- *A empresa individual no direito da lusofonia*, RED, Outubro, 2013, nº 2.

GARCIA, A. H., *A Redução do Capital Social (em companhias abertas e fechadas)*, *Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.2009*

GARIN, M. C., *Balance Sheet Test ou Solvency Test? A Crise do Capital Social no Regime de Distribuição de Bens aos Sócios*, *Dissertação de Mestrado em Direito e Gestão, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa.2014*

GIARETA, Gerci,

- "Teoria da despersonalização da pessoa jurídica ('Disregard Doctrine')". *Revista de Direito Civil*, v. 48, abr./jun. 1989.

- "O Código de Defesa do Consumidor e a invocação impropria da teoria da desconsideração da pessoa jurídica". *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)*, Porto Alegre, v. 55, jul. 1992.

GIERKE, OTTO VON, *Deutsches Privatrecht*, Vol. I – Allgemeiner Teil und Personenrecht, 1895

GIORGI, Giorge. *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morale*. 3º ed. Florença: Casa Ed. Lib. Fratelli Cammelli, 1913. V. I.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do código civil*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2008.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARIA BELÉN

- *La sociedad unipersonal en el derecho español*, La Ley, 2004.

GORÉ, F., La notion de capital social, In *Études offertes à René Rodière*, pp. 85-98, Editions Dalloz.1981

GOWER, L., “The English Private Company”, in *Law and Contemporary Problems*, Duke University of Law: The Close Corporation, 18/4 (1953)

GUEDES, AGOSTINHO CARDOSO

- *A limitação dos poderes dos administradores das sociedades anónimas operada pelo objecto social no novo Código das Sociedades Comerciais*, RDE, nº 13, 1987.

GUERREIRO, António Lima, *Lei Geral Tributária*, Rei dos Livros, Lisboa, 2001. *Reversão Fiscal – A responsabilidade subsidiária dos gerentes ou administradores por dívidas, multas e coimas*

GUIMARÃES, MÁRCIO SOUSA, *Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*”, (<http://jus.uol.com.br/revista/texto3996>), 2001

HAAR, B., *Piercing the Corporate Veil and Shareholder’s Product and Environmental Liability in American Law as Remedies for Capital Market Failures – New Developments and Implications for European and German Law after “Centros”*, 2000. Disponível em: www.ssrn.com/abstract=272325. Consultado a 16/05/2016.

HAMEL, J., *La personnalité morale et ses limites*, Paris, 1949

HANSMANN, Henry e KRAAKMAN, Reinier – The End Of History For Corporate Law, Harvard Law School Cambridge, 2000, 10 Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center

HAURIUO, Maurice. “La théorie de l’institution et de la fondation: essay de vitalisme social”. In: La cité moderne et les transformations du droit, Cahiers de la nouvelle journée n. 4. Paris: Bloud et Gay, 1925.

HOPT, K. J. ,

- Comparative Company Law, In The Oxford Handbook of Comparative Law, pp. 1161-1191.2006

- Modern Company Law Problems: A European Perspective Keynote Speech.2000, Disponível em: www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/1857275.pdf. Consultado a 16/05/2016.

HÖRSTER, HEINRICH EWALD, A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, 2007

JAEGER, Pier Giusto.

- L’interesse sociale. Milano: Giuffré, 1964.

- “L’interesse sociale rivisitato (quarant’anni dopo)”. In: Giurisprudenza Commerciale, Milano: Giuffré, 2000.

JHERING, RUDOLF VON, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen stufen seiner Entwicklung, 3º Vol., 1887

JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO

- *Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada, Comentario al Regimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo XIC, Vol. 5º, dirigido por Rodrigo Úria/Aurelio Menéndez/Manuel Olivencia, Editorial Civitas, Madrid, 1998. 48

- *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, 2ª Ed. Civitas, 2001.

JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Santa Fe de Bogota: Editorial Temis, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societaria no Direito brasileiro*. Sao Paulo: Revista dos Tribunals, 1987.

JUSTO, A. SANTOS,

- *Introdução ao Estudo do Direito, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2003*

- *Direito Privado Romano – I, parte Geral (Introdução Relação jurídica Defesa dos Direitos), 2ª edição, Coimbra Editora, 2003*

KALANSKY, Daniel. “*A sociedade em comum: um novo tipo societário?*”. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (org.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad.: Joao Baptista Machado. 6ª ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

KERSTING, Christian / Schindler, Clemens Philipp, “The ECJS’s Inspire Art Decision of 30th September 2003 and its Effects on Practice”, *German Law Journal*, 4/12 (2003).

KÖBLER, Gerhard, *Juristisches Wörterbuch für Studium und Ausbildung*. 14, Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2007

KÜBLER, F., A Comparative Approach to Capital Maintenance: Germany, In *European Business Law Review*, Volume 14, Issue 5, pp. 1031-1035, Editorial Advisory Board.2004

LEDESMA, C. A., Algunas Reflexiones sobre la Función (la utilidad) del Capital Social como Técnica de Protección de los acreedores, In Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael Garcia Villaverde, Tomo I, Marcial Pons, pp. 127-157, Madrid/Barcelona/Buenos Aires.2007

LEITÃO, Hélder Martins, Lei Geral Tributária anotada e comentada, Almeida & Leitão Lda., Coleção Nova Fiscus, 5ª edição, 2011.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes,

-Direito das Obrigações, 8.ª ed., vol. II, Coimbra, Almedina, 2011.

- *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, 7ª Ed., 2013.

LEITE, H. P., Capital Social Livre: Incentivo à Iniciativa Privada e Novos Rumos para a Proteção de Credores Sociais, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa.2012

LENZANO, Rafael/ BONARDELL, Trejo/ RICARDO CABANAS, La reducción del capital social en la sociedad de responsabilidad limitada, Valencia, Tirant to Blanch, 2009.

LEPARGNEUR, Hubert. Les sociétés commerciales aux États-Unis d'Amérique, Paris, Dalloz.

LIM, Youngdeok, (2011). Tax Avoidance, cost of debt and shareholder activism: Evidence from Korea. *Journal of Banking & Finance*, 456-470.

LIMA, Pires de Lima/ VARELA, Antunes, Código Civil Anotado, volume I, reimpressão da 4.^a edição, 2010.

LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE/ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, Coimbra Editora, Vol. I, 1967/1998

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Instituições de direito civil. 4^a ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

LOPES, Joao Batista. "Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil". *Revista dos Tribunals*, Sao Paulo, ano 92, v. 818, dez. 2003.

LOPEZ SANCHEZ, Manuel-Angel, "Reducción del capital y protección de los acreedores sociales", Derecho de Sociedades Anónimas, tomo III. Modificación de Estatutos. Aumento y Reducción del Capital. Obligaciones, vol. 2.º; Estudios coordinados por A. ALONSO UREBA, A., J. DUQUE DOMÍNGUEZ, G. ESTEBAN VELASCO, R. GARCÍA VILLAVERDE, F. SÁNCHEZ CALERO, Madrid, Editorial Civitas, 1994.

LOUSA, MARIA DOS PRAZERES, "Comunicação: Novo regime Fiscal Da Subcapitalização De Empresas", In Fisco, nº 76/77, Ano VIII, Lex, Março/Abril, 1996

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas.* , 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LUNDGREN, K. T., Liability of a Creditor in a Control Relationship with its Debtor, In MLR 523, pp. 523-556.1984

LUTTER, Marcus, “Legal Capital of Public Companies in Europe”, in *Legal Capital in Europe*, De Gruyter, 2006.

LYNCH, Maria Antonieta. “O patrimônio de afetação e as empresas individuais de responsabilidade limitada”. In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 148, 2007.

MACEY, Jonathan R. / Enriques, Luca, “Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules”, *Cornell Law Review*, 86 (2000-2001).

MACHADO, Francisco Soares – Effective creditor protection in private companies: mandatory minimum capital rules or ex post mechanisms? In *RDS*, II:3-4 (2010). Pp. 681 – 718. Coimbra: Almedina

MACHADO, Jónatas E. M., e COSTA, Paulo Nogueira da, *Curso de Direito Tributário*, Coimbra Editora, 2009.

MACHADO, Jónatas E. M., e RAPOSO, Vera C., *Fiscalidade*, Edição do Instituto Superior Gestão, Abril – Junho de 2007.

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Porto, Almedina, 19.^a reimpressão, 2011.

MACHADO PLAZAS, J., *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Ed. Civitas, Madrid, 1997

MACKIE-MASON, J.K. (1990). Do taxes affect corporate financing decisions? *Journal of Finance*, 1471-1493.

MAGALHÃES, BARBOSA DE, *As sociedades unipessoais em face da legislação portuguesa*, *Revista da Faculdade de Direito* (Universidade de São Paulo), XLII, 1948.

MAMEDE, Gladston [et. al.]. *Comentários ao estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte: lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006*. São Paulo: Atlas, 2007.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*.

3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1.

MANES, PAOLA, *II Superamento della personalità giurica, L'esperienza inglese*, CEDAM, 1999

MANNE, Henry G. (1967), "Our Tow Corporation Systems: Law and Economics", *Virginia Law Review*, 53

Manning, B. & Hanks, Jr., *Legal Capital*, 4.ª Ed., Foundation Pr. 2002

MARÇALO, A., *Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica de Sociedades de Responsabilidade Limitada: Contributos da Análise Económica do Direito*, In *RIBD*, pp. 1391-1416. 2013

MARCELO, PAULO LOPES, *A Blindagem da Empresa Plurissocietária*, Almedina, 2002

MARCONDES MACHADO, Sylvio.

- Ensaio sobre a sociedade de responsabilidade limitada. São Paulo: RT, 1940.
- Limitação de responsabilidade de comerciante individual. São Paulo: Max Limonad, 1956.
- Problemas de direito mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1970.
- “Exposição de motivos complementar”. In: Código civil: anteprojetos. Senado Federal, 1973. v. 5, t. 2.
- Questões de direito mercantil. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARÍN HITTA, Luis , – La Limitación de Responsabilidad del Empresario Individual. La Sociedad Unipersonal., Colección Tesis Doctorales, Ediciones Laborum, 2011

MARINONI, Luiz Guilherme; LIMA JUNIOR, Marcos Aurelio. "Fraude - Configurajao - Prova - Desconsiderajao da Personalidade Juridica". *Revista dos Tribunals*, n. 783, jan. 2001.

MARQUES, ELDA , *CSC em Comentário, Vol. II*, Almedina, 2011

MARTINEZ, J.M.^a Roca, “Arbitraje e instituciones arbitrales”, Barcelona, Bosch, 1992.

MARTÍNEZ, Soares , “ Direito Fiscal”, 10^a Edição, Reimpressão, Almedina, 2003.

MARTÍNEZ SANZ, F., La separati3n del socio en la sociedad de responsabilidade limitada, McGraw-Hil, Madrid, 1997

MARTINHO, E., Princ3pio da Intangibilidade do Capital Social, In Revisores e Auditores – Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, N^o 41 abril/junho, (s.n).2008

MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL :

- *Código das Sociedades Comerciais – Alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 257/96, de 31 de Dezembro*, Revista Jurídica da Universidade Moderna, Ano I, 1998.
- *Da personalidade e capacidade jurídica das sociedades comerciais*, Estudos de Direito das Sociedades, 10ª Ed., Almedina, 2008.
- *CSC em Comentário, Vol. I*, Almedina, 2010.
- *Capacidade e representação das sociedades comerciais*, Problemas do Direito das Sociedades, Almedina, 2002.

MARTINS, António Carvalho, Responsabilidade dos Administradores ou Gerentes por Dívidas de Impostos, Coimbra Editora, 1994, p.57.

MARTINS, Elisabete Louro, O Ónus da Prova no Direito Fiscal, Coimbra Editora, 1ª Edição, Julho de 2010.

MARTINS, Fran.

- “Sociedade por quotas unipessoal”. In: *Novos estudos de direito societário*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, Jesuíno Alcântara (2007). *Manual de Execuções Fiscais*. Ministério das Finanças e da Administração Pública, Direção-Geral dos Impostos e Centro de Formação.

MARTINS, JOSÉ PEDRO FAZENDA, Os efeitos do registo e das publicações obrigatórias na constituição das sociedades comerciais, Lex, Lisboa, 1994

MASNATTA, Hector, *El abuso de derecho a traves de la persona colectiva (Teoria de la penetracion)*. Rosario: Orbir, 1967

MASSART, Thibaut – La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus. In BJS, n.º 7 (2008). Pp. 632 – 640.

MASSART, Thibaut – Les apports de savoir-faire dans la SAS. In BJS, Supplément Thématique (2009). Pp. 1154 – 1162.

MASSART, Thibaut – Une grande réforme à petit budget: la SARL au capital de 1 Euro. In BJS, n.º12 (2002). Pp. 1361 – 1366.

MATOS, ALBINO, *Constituição de Sociedades. Teoria e Prática. Formulário*, 5ª Ed., Almedina, 2001.

MATOS, Pedro Vidal de, A reversão do processo de execução fiscal, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 68, Setembro/Dezembro 2008.

MELO, Cinira Gomes Lima. “A limitação de responsabilidade do empresário individual”. In: Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 137, 2005.

MENDES, JOÃO DE CASTRO, Direito Civil. Teoria Geral. Vol. I. Lições dadas ao 1º Ano Jurídico da Universidade Católica Portuguesa com a colaboração de Armindo Ribeiro Mendes, Lisboa, 1978

MERKT, H., Creditor Protection and Capital Maintenance from a German Perspective, In European Business Law Review, Volume 15, Issue 5, pp. 1045-1057.2004

MILLON, David (2006), Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability (paper)

MIOLA, Massimo – Capitale sociale e conferimenti nella «nuova» società a responsabilità limitata. In *RS*, 49: 4 (2004). Pp. 660 – 720.

MIOLA, Massimo –Legal capital and limited liability companies: the European perspective. In *ECFR*, 2:4 (2005). Pp. 413 – 486.

MIRANDA, João, A ordem de Reversão no processo de execução fiscal contra administradores e gerentes de sociedades: acto inserido em processo judicial ou em procedimento executivo administrativo, em anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 60/07, de 6 de Março de 2007, proferido no processo nº 390/06, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano II, Julho de 2009.

MOCK, Sebastian, “The Mini-GmbH (Unternehmergeellschaft haftungsbeschränkt [UG]) in Germany”, *I Modeli di Impresa Societaria fra Tradizione nel Contesto Europeo*, 2016, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=2887563>

MOEREMANS, Daniel E., Extension de la responsabilité de los socios em las sociedades de capital a traves del "Disregard of the legal entity". *Revista de Informacao Legislativa*, n. 104, out./dez. 1989.

MONTEIRO, PINTO/MAIA, PEDRO , *Sociedades Anónimas Unipessoais e a Reforma de 2006*, RLJ, Ano 139º, nº 3960, Coimbra Editora, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Luiza Rangel de. "Considerações sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na apuração de responsabilidades dos sócios e administradores de sociedades limitadas e anónimas". Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Sao Paulo, v. 25, jul./set. 2004.

MORAIS, Rui Duarte

-A Execução Fiscal, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2006;

-A Reversão das coimas: uma vexateia quaestio a que só o legislador pode dar resposta, em comentário ao Acórdão do Supremo tribunal Administrativo de 16-12-2009 – Processo 01074/09, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano III, Março 2010.

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

MOREIRA, Vital/CANOTILHO, Gomes, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4ª edição revista, Volume II, Coimbra Editora, Agosto de 2010, pág.814

MORGADO, Abílio, Responsabilidade Tributária: Ensaio sobre o Regime do art. 24º da Lei Geral Tributária, in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 415, Almedina, 2005.

MOYA JIMÉNEZ, A., La responsabilidade de los administradores de empresas insolventes, Ed. Bosch, Barcelona, 2011

MÜLBERT, Peter O., “A synthetic view of different concepts of creditor protection – or: A high-framework for corporate creditor protection”, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper, 60 (2006)

MÜLLER-FREINFELS, WOLFRAM, Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen im Privatrecht. In: Archiv für die civilistische Praxis (ACP), nº 156. Tübingen, Mohr (Siebeck), 1957

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa contemporânea e o direito societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. "Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedade". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 134, nova série, abr./jun. 2004.

NABAIS, José Casalta, Direito Fiscal, 5ª Edição, Almedina, Janeiro de 2009.

NABAIS, José Casalta, Direito Fiscal, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, Outubro 2010.

NEGRÃO, Ricardo. , *Manual de direito comercial e de empresa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1

NETO, ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES – *Direito de Empresa*, 3.ª ed, São Paulo, 2010, 325.

NETO, Serena Cabrita, Introdução ao Processo Tributário, Coimbra Editora, 2004.

NEWMAN, Peter (org.) (1998), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 3 vols., London, Macmillan

NICODÈME, Gaetan J.A. (2008). Corporate income tax and economic distortions. CESifo working paper, No. 2477.

NIETO CAROL, U., Derecho de Sociedades, Ed. Aranzadim 2ª.ed, Cizur Menor, 2011

NOACK, Ulrich; BERUSKENS, Michael – Modernising the german GmbH – mere window dressing or fundamental redesign? In EBOR, 9 :1 (2008). Pp. 97 – 124.

NOITES, Marina Brandão de Pinho, Ainda a problemática dos agentes das infracções tributárias: considerações sobre a aplicabilidade da reversão da execução como meio para efectivar a responsabilidade dos administradores e representantes das sociedades, in Revista Fiscal, Dezembro de 2009.

NONES, Nelson.:

- “A empresa individual de responsabilidade limitada e o anteprojeto de lei das sociedades de responsabilidade limitada”. In: Novos estudos jurídicos, ano VI, nº 13, 2001.

- *A Sociedade Unipessoal: Uma Abordagem à Luz do Direito Italiano, Espanhol e Português*, 2001

NURIT-POINTIER, Laure,

- Repenser les apports en industrie. In LPA, n. ° 132 (2002). Pp. 4 e ss.

- La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences. In RD, n.º 24 (2003). Pp. 1612 – 1616.

OGANDO, JOSÉ JOÃO DE AVILEZ, A Responsabilidade Social da Empresa e o Papel do Advogado, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71, Vol.III, Lisboa, 2011

OLIVEIRA, Fernando de, “Sociedades Unipessoais”, *ROA*, 1954/1956,pág. 147

OLIVEIRA, Jose Lamartine Correa de. *A dupla crise da pessoa juridica*. Sao Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, Mário Esteves de/AMORIM, J. Pacheco de/GONÇALVES, Pedro, Código do Procedimento Administrativo comentado, Almedina, 8ª reimpressão da 2ª edição, Junho 2010.

OPPO, GIORGIO. *La nuova legislazione commerciale. Società, contrato, responsabilità (a propósito della nuova società a responsabilità limitata)*, RDC, XXXIX, 1993, II.

OSBORNE LOJENDIO, Ignacio - Art. 18 LSRL in URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ Aurelio e OLIVENCIA Manuel, dir. – Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles.Madrid: Civitas-Thomson, 2006. Pp. 517 – 539.

OTERO, PAULO, “O debate da justiça, Estudos sobre a crise da justiça em Portugal”, Organização de António Pedro Barbas Homem e Jorge Bacelar Gouveia, Vislis Editores,2001

OSÓRIO, JOSÉ DIOGO HORTA, Da Tomada do Controlo de Sociedades (Takeovers) por leveraged Buy-out e a sua Harmonização com o Direito Português, Almedina, Coimbra, 2001

OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, R., La responsabilidade de los socios por infracapitalización de su sociedad, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011

PACHECO, Jose da Silva. "Da teoria do abuso do direito no final do século XX". *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v.10, jul./dez. 1996.

PAIVA, Carlos, *O Processo de Execução Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2008. Reversão Fiscal – A responsabilidade subsidiária dos gerentes ou administradores por dívidas, multas e coimas

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. “As micro e pequenas empresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social – contribuição para o incremento das atividades econômicas no âmbito do MERCOSUL”. In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 124, 2001.

PANTOJA, Teresa Cristina. *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil - constitucional*. (Coord.: Tepedino, G.). Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2002.

PANZINA, Pedro, A Responsabilidade subsidiária tributária, in *Revista Fiscal*, Maio de 2007.

PASQUALOTTO, Adalberto. "Desvio da pessoa jurídica". *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)*, Porto Alegre, v. 47, nov. 1989.

PATRÍCIO, Miguel C. T., A Responsabilidade Fiscal Subsidiária – Reversão, in *Revista Fiscalidade - Edição do Instituto Superior de Gestão*, nº 28, trimestral, Outubro - Dezembro de 2006.

PAYNE, Jennifer, “Legal capital and Creditor Protection in UK Private Companies”, *European Company Law*, vol. 5, Wolters Kluwer Law & Business, CECL, 2008.

PAZ-ARES, C., Sobre la infracapitalización de las sociedades, In *Anuario de Derecho Civil*, pp. 1587-1639., 1983

PERALTA, ANA MARIA , *Sociedades Unipessoais*, Novas Perspectivas do Direito Comercial, Almedina, 1988.

PERDIGÃO, Miguel A., *Groups of companies in Portugal. A parent’s liability for debts of its subsidiaries*. “Fiso”, n.º. 78/79 (Set/Out-96), p.103 ss.

PEREIRA, A. S., A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais: Um estudo de Direito Comparado, Dissertação de Mestrado, Escola de Direito da Universidade do Minho.2011

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V. 1.

PEREIRA, J. A., O contrato de suprimento, Coimbra Editora, 2.^a Edição.2001

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, *Fiscalidade*, Almedina, reimpressão 3^a edição, 2010.

PEREIRA, Pedro Barbosa. *Curso de direito comercial – sociedades comerciais e títulos de crédito*. São Paulo: RT, 1969. v. 2.

PERELMEN, CHAÏM, *Ética E Direito*, Bruxelas, 1990, (Tradução de João C. S. Duarte, Stória Editores, Lda.)

PESTANA, M., & Gageiro, J. (2003). *Análise de dados para Ciências Sociais – A Complementaridade do SPSS (3ª ed.)*. Edições Sílabo.

PIERRI, Deborah. "Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil e o papel do Ministério Público". In: Reis, S. N. (coord.); Oliveira, R. A.; Franco, E. V. C. (org.). *Questões de Direito Civil e o Novo Código*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

PIDWELL, PEDRO , *A tutela dos credores da sociedade por quotas unipessoal e a responsabilidade do sócio único*, DSR, Março 2012, Ano 4, Vol. 7.

PINTO, Alexandre Mota:

- “O artigo 35.º do código das sociedades comerciais na versão mais recente”, *Temas societários*, IDET, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 107 ss.

- “Capital social e tutela dos credores para acabar de vez com o capital social mínimo nas sociedades por quotas”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

- *Do Contrato de Suprimento. O financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio*, 1.ª Edição, Coimbra: Almedina.2002

PINTO, António Augusto Tolda/BRAVO, José Manuel Almeida dos Reis, *o regime geral das infracções tributárias e regimes sancionatórios especiais*, Coimbra editora, 2002.

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

PITA, M. A., Apontamentos sobre capital social e património nas sociedades comerciais, In Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Vol. II, 1.^a Edição, Coimbra Editora.2011

PLANIOL, Marcel. *Traite elementaire de droit civil*. 2^a ed. Paris, 1902. V. II.

PONT, Manuel Broseta/ SANZ, Fernando Martinez, *Manual de Derecho Mercantil, Volumen I. Introducción y Estatuto del Empresario. Derecho de La Competencia y de la Propiedad Industrial. Derecho de Sociedades*, 13^a.ed., Tecnos, Madrid, 2006

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti.

- Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. I, v. 1.
- Tratado de direito privado. 3^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. V.
- Tratado de direito privado. 3^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. XLIX.

PORTA, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., Vishny, R. , Investor Protection: Origins, Consequences, Reform.1999, Disponível em: www.ssrn.com/abstract=227587. Consultado a 07/05/2016.

PORTALE, Giuseppe B.

– *Capitale sociale e società per azione sottocapitalizzata*. “Rivista Delle Società (fondata da Tullio Ascarelli)”; Milano, anno 36^o/1991, gennaio-febbraio 1991, fascicolo 1^o, Dott.A.Giuffrè Editore;

- Direito das Sociedades em Revista (Artigo traduzido por TARSO DOMINGUES) “Sociedade de responsabilidade limitada sem capital social e empresário em nome individual com “capital destinado” (capital social quo vadis)”, Vol. 6, Almedina, Outubro 2011, Ano 3

– I Conferimenti in Natura «Atipici» nella S.P.A. – Profili Critici. QGC, Milano: Giuffrè, 1974.

- Mancata attuazione del conferimento in natura e limiti del principio di effettività del capitale nella società per azioni. In RS, 44:1 ,1998. Pp. 1 – 102.

- Profili dei conferimenti in natura nel nuovo diritto italiano delle società di capitali”. In Festschrift für Erik Jayme, München: Sellier, European Law Publishers, 2004. Pp. 1559 – 1575.

POSNER, Richard A. (2003), *Economic Analysis of Law*, 6.^a ed., New York, Aspen

PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. “Notas sobre as sociedades fictícias, ou de favor”. In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v 134, 2004.

PRENDES CARRIL , *La sociedad de responsabilidad limitada. Compendio de Jurisprudencia Comentada*, Aranzadi, Navarra, 2002.

PROENÇA , José Marcelo Martins, e MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ – *As Sociedades limitadas no novo Código Civil – uma abordagem prática sobre as possibilidades de configuração do contrato social*, in: JOSÉ ROBERTO PINHEIRO FRANCO (Dir.), *Revista do Advogado*, Ano XXIII, n.º 71, São Paulo, 2003, 53-64, 52-55.

RAMALHETE, Clovis. "Sistema de Legalidade na 'desconsideração da personalidade jurídica'". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 82, v. 293, jan./fev. 1986.

RAFI, A. & Ruhs, A., *Grosses Wörterbuch Recht: Grundwissen von a-z*, München: Compact Verlag.2006

RAMOS, ELIZABETE, “Constituição Das Sociedades Comerciais” Estudos de Direito das Sociedades, (Estudos elaborados por Pedro Mais, Maia Elizabete Ramos. Alexandre Soveral Martins. Paulo De Tarso Domingues. J. M. Coutinho De Abreu, Coordenação), 9ª Edição, Almedina, 2008

RAMOS, Maria Elisabete Gomes Ramos, :

- “Capital social livre? Reflexões em torno das responsabilidades dos sócios e dos gerentes”, in O Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal, coord. P. TARSO DOMINGUES e M. MIGUEL CARVALHO, Coimbra, Almedina, 2011.

- *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, (coord. FÁBIO ULHOA COELHO E MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO), Almedina, 2012.

- Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas Perante os Credores Sociais, Coimbra Editora.2002

RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997. v. 2.

REALE, Miguel,

- *Anteprojeto de Código Civil*. Brasília: Imprensa Nacional, 1972.

- Lições preliminares de Direito. 22ª ed. Sao Paulo: Saraiva, 1995.

-O projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado federal.2ª ed. Sao Paulo: Saraiva, 1999.

REHBINDER, Eckard. Konzernauss enrechtundall gemeines Privat recht, Berlin e Zürich, Gehlen-BadHonburg.v.d.H., 1969, pág. 94-7.

REINHARDT, RUDOLF, Gesellschaftsrecht, Tübingen, Mohr (siebeck), 1973

RÉNARD, Georges. La théorie de l'institution, Paris, 1930, p. 244.

REQUIAO, Rubens.

- Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine), In Revista dos Tribunais, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais nº 410, pp. 12-24.1969
- Curso de Direito Comercial. 17^a ed. Sao Paulo: Saraiva,1986. V. 1.
- Curso de Direito Comercial. 25. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2003

RIBEIRO, Maria de Fátima,

- O Contrato de Franquia. Coimbra: Almedina, 2001.
- A tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”, Coimbra, Almedina, 2009.
- *O âmbito de aplicação do art. 270º-F, nº 4, do CSC e a responsabilidade “ilimitada” do sócio único*, DSR,Outubro de 2009, Ano 1, Vol. 2.
- “O capital social das sociedades por quotas e o problema da subcapitalização material” in *O Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, coord. P. TARSO DOMINGUES e M. MIGUEL CARVALHO, Coimbra, Almedina, 2011.
- A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial. 2010. Pp. 81 – 128.
- “Desconsideração da Personalidade Jurídica e Tutela de Credores” in Coelho, F.U. & M.deF. Ribeiro (coords.) 2012

RICARDO, Joaquim Fernando (2013). Direito Tributário, (15^a ed.). Vida Económica.

RICKFORD, Jonathan – Legal approaches to restricting distributions to shareholders: balance sheet tests and solvency tests. In EBOR, 7:1 (2006). Pp. 135 – 179.

RIPERT, G./ROBLOT, R. , *Traité de Droit Commercial*, 17^a ed., Tome I, 1998.

Rivista della Società – anno 33^o/1998, Giuffrè, Milano, La società Unipersonale a Responsabilità Limitata.

ROCH, M.^a Teresa Soler, “El arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, Madrid, 2005.

ROCHA, ANTÓNIO DA SILVA, *Ética, Deontologia e Responsabilidade Social, Vida Económica*. 2010

ROCHA, Joaquim Freitas da, *Lições de Processo e Procedimento Tributário*, 3^a Edição, Coimbra Editora, 2009.

ROCHA, Joaquim Freitas da, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 4^a Edição, Coimbra Editora, Março de 2011.

RODA, Carmen Boldo,

- La dottrina del Levantamiento del velo della personalità giuridica nel diritto privato spagnolo, in CI, 1998.

- Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español. 3^a ed. Navarra: Editora Aranzadi, 2000.

- Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español. 4^a ed. Navarra: Editora Aranzadi, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 34^a ed. Sao Paulo: Saraiva, 2002. V. 1.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquim. *Tratado de sociedades mercantiles*. 4^a ed. Mexico: Editorial Porrúa S.A., 1971. Tomo I.

ROMANO, Roberta,

- “*Competition for State Corporate Law*”, in Newman, P. (org.) 1998

- *The Genius of American Corporate Law*.

Disponível em www.aei.org/wp-content/uploads/2014/07/-the-genius-of-american-corporate-Law_162946985222.pdf. Consultado a 03/02/2017.

RONCERO, Francisco Capilla, *La Persona Juridica. Funciones y Disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984

ROSENGARTEN, Joachim / Burmeister, Frank / Klein, Martin, *The German Limited Liability Company*, English rev. ed., C.H. Beck, 2015.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituigdes de Direito Civil*. 1^a ed. (atualizada por Paulo Roberto Benasse). Campinas: Bookseller, 1999. V. 1.

SACCHI, R., “Capitale sociale e tutela dei fornitori di equity e di capitale di debito avversi al rischio dopo le opzioni del legislatore italiano nell’applicazione dei principi contabili internazionali, In *Le società per azioni oggi. Tradizione, attualità, prospettive*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 10-11 novembre 2006, pp. 151-162, Giuffrè Ediotore, Milano.2007

SABATO, Franco di – Ancora sul capitale nelle società di persone. In *RS*, 48:1 2003. Pp. 247 – 253.

SÁENZ, A. M., Maldonado, M. A., Reflexiones acerca de la Teoría del Levantamiento del Velo Societario: a propósito de su aplicación en nuestro sistema jurídico nacional.2013, Disponible em: www.derechocambiosocial.com/revista032/Teor%C3%ADa_del_levantamiento_del_velo_societario.pdf. Consultado a 16/05/2016.

SALOMAO FILHO, Calixto.

- *O novo direito societario*. Sao Paulo: Malheiros, 1998.
- *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- *O novo direito societário*. 2ª ed. reformulada. São Paulo: Malheiros, 2002.
- “Sociedade simulada”. In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 105, 1997.

SANCHES, J.L. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2007.

SÁNCHEZ, S. R., La subordinación de los créditos de los socios en las sociedades de capital, In *Tendencias actuales en la ordenación del control y el capital en las sociedades mercantiles*, pp. 75-134, Marcial Pons.2009

SÁNCHEZ CALERO, JUAN , *Instituciones de Derecho Mercantil*, Revisada com la colaboración de Juan Sánchez-Calero Guilarte, Vol. I, 25ª Ed., Mcgraw-Hill, Madrid.

SANCHEZ MIGUEL, María Candelas, “Reducción del capital social: modalidades”, *Derecho de sociedades anónimas III*, vol. 3, Madrid, Civitas, 1991.

SANTOS, FILIPE CASSIANO DOS,:

- *A Sociedade Unipessoal Por Quotas*, Coimbra Editora, 2009.

- *Sociedades Unipessoais por Quotas, exercício individual e reorganizações empresariais – reflexões a propósito do regime legal*, DSR, Ano 1, Março 2009, Vol. I.

SANTOS, Hermelino de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho: diretrizes a execução trabalhista: artigo 50 do Novo Código Civil e sua aplicação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2003.

SANTOS, Joana Patricia de Oliveira, Responsabilidade dos Corpos Sociais e Responsáveis Técnicos: Análise do Artigo 24.º da Lei Geral Tributária, in Estudos de Direito Fiscal: Teses Selecionadas do I Curso de Pós-Graduação em Direito Fiscal, CIJE – Centro de Investigação Jurídico-Económica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra, Almedina, 2006.

SANTUCCI, Gianni – *Il Socio d’Opera in Diritto Romano*. Trento: CEDAM, 1997.

SCHILLER, Sophie e Périn, PIERRE-LOUIS – *Les apports en industrie dans les SAS*. In *RevSoc*, 127:1 (2009). Pp. 59 – 142.

SCHMIDT, Jessica, “The New *Unternehmergesellschaft* (Entrepreneurial Company) and the Limited – A Comparison”, *German Law Review*, 9/9 (2008)

SCHÖN, Wolfgang,

– Balance sheet tests or solvency tests – or both?. In *EBOR*, 7:1, 2006. Pp. 357 – 408.

– The future of legal capital. In *EBOR*, 5:3, 2004. Pp. 429 – 448.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros*. São Paulo: Dialética, 1996.

SCOGNAMIGLIO, GIULIANA

- *La disciplina delle s.r.l. unipersonale: profili ricostitutivi*, GC, Ano XXI, 1994, I.

SEABRA, D. D., Formas de Tutela Alternativas dos Credores Sociais Perante o Desvalor do Capital Social: O Decreto – Lei 33/2011, Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito do Porto.2012

SERICK, Rolf. *Forma e realta dellapersona giuridica*. Milano: Dott A. Giuffre, 1966.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira, Notas sobre a sociedade anónima, BFDUC, Studia Iuridica, 14, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

SERICK, ROLF, Rechtsform und Realität juristischer Personen. Traduzido em espanhol por J. Puig Brutau, sob o titulo “Aparencia e Realidade en las sociedades Mercantiles”, Barcelona, 1958

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. I.

SERRA, CATARINA ,.

- As novas Sociedades Unipessoais por Quotas, Scientia Iuridica, T. XLVI, nºs 265/267, 1997.

- *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, 4ª Ed., Almedina, 2010.

- «Decotor ergo fraudator?» - *A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) – Anotação ao Acórdão do TRP de 7.1.2008*, CDP, 2008.

- Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões, DSR, Ano 4, Vol. 7, Março 2012.

- *Falências Derivadas e âmbito subjectivo da falência*, Studia Iuridica 37, Coimbra Editora, 1999.

SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ

- *Contrato consigo mesmo e negociação de directores ou gerentes de sociedades anónimas ou por quotas com as respectivas sociedades (algumas considerações)*, RLJ, ano 100º, 1967.

- Contrato consigo mesmo, RLJ, Ano 91º.

SFORZA, BARBARA DE DONNO., *Le Società Unipersonali Nell'Esperienza Francese e Comunitaria, Un'Analisi Comparatistica*, Guiffrè Editore, 2001.

SIEMS, M., Herzog, L., Rosenhäger, E., The Protection of Creditors of a European Private Company (SPE).2011, Disponível em: www.ssrn.com/abstract=1805230. Consultado a 05/02/2017.

SILVA, Alexandre Couto e,

- *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. Sao Paulo: LTr, 1999.

- "Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação". *Revista dos Tribunals*, n. 780, out. 2000.

SILVA, Américo Luís Martins da, *Sociedades empresariais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.1. p. 190-191.

SILVA, De Placido e. *Vocabulário jurídico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

SILVA, Germano Marques da,

- A Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e representantes, Verbo editora, 2009.

- A responsabilidade subsidiária dos gestores por coimas aplicadas a pessoas colectivas, in Revista Direito Fiscal e Finanças Públicas, Ano II, 10/2009.

SILVA, Isabel Marques da, Regime Geral das Infracções Tributárias, cadernos IDEFF, nº 5, 3ª edição, 2010.

SILVA, MANUEL NOGUEIRA LOBO DE ALARCÃO E, “Sociedades Unipessoais”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento XIII

SILVA, PAULA COSTA E/ RUI PINTO, *DLA, Código das Sociedades Comerciais anotado (coord. A. Menezes Cordeiro)*, Almedina, Coimbra, 2009.

SILVA, Pedro Sousa, A Responsabilidade Tributária dos Administradores e Gerentes na Lei Geral Tributária e no CPPT, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 60, Dezembro 2000.

SIMON, J., A Comparative Approach to Capital Maintenance: France, In European Business Law Review, Volume 15, Issue 5, pp. 1037-1044, Editorial Advisory Board.2004

SIMONETTO, Ernesto,

- Concetto e composizione del capitale sociale, In Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni, Anno LIV, gennaio-febbraio.1956

-“*La riduzione del capital esuberante*”, Rivista delle società, 1966, p. 453 ss.

- “*Azzeramento del capitale ed espulsione del socio. Anatomia di un delitto*”, Rivista delle Società, 1987.

SINGER, PETER, *Ética Prática*, (Tradução Álvaro Augusto Fernandes), Gradiva, 2002

SMERDON, Richard/ LEIGHTON, Suzanne/ MORSE, Geoffrey, *Palmer's Company Law Manual*, Sweet & Maxwell, London, 2000.

SOARES, Maria Ângela Coelho Bento, "Aumento de Capital", in *Problemas do Direito das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2002.

SOARES, Maria Duce, *A Responsabilidade dos Administradores e Gerentes pelas Dívidas Tributárias: a avaliação da culpa na insuficiência do património* (Anotação ao Acórdão do STA de 16 de Janeiro de 2002, rec. n.º 26.475), *Jurisprudência Fiscal Anotada*, Coimbra, Almedina, 2002. *Reversão Fiscal – A responsabilidade subsidiária dos gerentes ou administradores por dívidas, multas e coimas*.

SOTELO, Jose Calvo. "La doctrina del abuso del derecho como limitation del derecho subjetivo". Madrid: Libreria General de Victorio Suarez, 1917.

SOUSA, Jorge Lopes de,

- *Código de Procedimento e de Processo Tributário – Anotado e Comentado*, 5ª edição, Vol. I, Áreas Editora, 2006.

- *Código de Procedimento e de Processo Tributário – Anotado e Comentado*, Vol. II, Áreas Editora, 2007.

- *A Responsabilidade Subsidiária dos Gerentes ou Administradores na Lei Fiscal (As Novas Tendências no Direito Tributário)*, *Vida Económica*, 1996/1997

SOUSA, Jorge Lopes/ SANTOS, Manuel Simas, *Regime Geral das Infracções Tributárias anotado*, 4ª edição, Áreas Editora, Dezembro de 2010.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sergio A. de Moraes (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: RT, 2006.

SOUZA, Thelma de Mesquita Garcia e. “Sociedade unipessoal como solução organizativa da empresa”. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SPOLIDORO, Marco Saverio

- Il Capitale Sociale, In *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, a cura di P. Abbadessa e A. Rojo, Giuffrè, Milano.1993

– Sul capitale delle società di persone. In *RS*, 46:4 (2001). Pp. 791 – 854.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fe processual*. Sao Paulo: Revista dos Tribunals, 2002.

STRENGER, Irineu. *Reparação do dano em direito internacional privado*. Sao Paulo: Revista dos Tribunals, 1973.

SUBTIL, ANTÓNIO RAPOSO/ESTEVES, MARIA JOSÉ/ MARTINS, LUÍS M.

- *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, 2ª Ed., Vida Económica, 2006.

SWEENEY, Joseph M. *La personnalité émorale et ses limites*, Études de droit comparé de droit internationa lpublic, Paris, LGDJ, 1960, pág. 98.

SZTAJN, Rachel.

- "Desconsideração da pessoa jurídica". *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 2, mar. 1992.

- Contrato de sociedade e formas societárias. São Paulo: Saraiva, 1989.

- "Associações e sociedades". In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 128, 2002.

- "Terá a personificação das sociedades função econômica?". In: *Direito empresarial: aspectos atuais de direito empresarial brasileiro e comparado*. São Paulo: Método, 2005.

TADDEI, Marcelo Gazzi. *Codigos civis do Brasil: do Imperio a Republica*. CD-ROM fornecido pelo Senado Federal.

TASSINARI, Federico,:

-- La società a responsabilità limitata con un unico socio, GC, Ano XXI, 1994, II.

– Commento al. art. 2464 c.c.. In ALBERTI, Alberto Maffei – *Il Nuovo Diritto Delle Società* – Volume III. Trento, CEDAM, 2005. Pp. 1759 – 1793.

TAVARES BORBA, José Edwaldo. *Direito societário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

TEIXEIRA, António Braz, *Princípios de Direito Fiscal*, volume I, 3ª Edição, Almedina – Coimbra, 1995.

TEIXEIRA, Glória

-Estudos de Direito Fiscal – Teses seleccionadas do I curso de Pós-graduação em Direito Fiscal, FDUP, CIJE; Almedina, Coimbra; Julho de 2006;

-Manual de Direito Fiscal, Almedina, 2ª edição revista e ampliada, Março de 2010.

TELIES, INOCÊNCIO GALVÃO

- Contrato entre a sociedade anónima e o seu director, Dir., 1955.
- Introdução ao Estudo do Direito, Volume II, 10ª EDIÇÃO (Reimpressão), Coimbra Editora, 2001
- Parecer sobre a Venda a Descendentes e o Problema da Superação Da Personalidade Jurídica Das Sociedade, publicado na revista da Ordem dos Advogados, Ano 39, 1979

TEPEDINO, Gustavo, Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica, in : AAVV, A evolução do Direito no século XXI: Estudos em homenagem ao professor Arnold Wald, Coimbra, 2007

TOMAZETTE, Marlon. "A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 794, dez. 2001.

TONELLO, Matteo,

- "Persone giuridiche: la dottrina del piercing veil nel 'american corporate law". *Contratto e Impresa*, anno 14, 1998.
- "Società: gruppi di società, superamento della personalità giuridica, partecipazioni reciproche; Contratti: L'inefficacia del contratto, la nullità dell'atto notarile, il contratto usurario, la subfornitura; Cessione d'azienda; Responsabilità civile: Il danno risarcibile, la tutela aquiliana del possesso". *Contratto e Impresa*, anno 3, 1998.

TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 485

TORRES, Heleno Taveira. "Regime tributário da interposição de pessoas e da desconsideração da personalidade jurídica: os limites do art. 135, II e III, do CTN". In:

Torres, H. T.; Queiroz, M. E. (coord.). *Desconsideração da personalidade jurídica em materia tributaria*. Sao Paulo: Quartier Latin, 2005

TORRES, Manuel Anselmo, A Simulação na Lei Geral Tributária, in Revista Fiscalidade - Revista de Direito e Gestão Fiscal, nº 1, Edição do Instituto Superior de Gestão, Coimbra Editora, 2000.

TORRES ZAPATERA, Mariano, “Reducción de capital para compensar pérdidas”, Derecho de sociedades anónimas, Civitas, 1994, p. 884 e ss

TRIUNFANTE, Armando, Código das sociedades comerciais anotado, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

UNGER, Klaus. Die Inanspruchnahme des verdeckten Kapitalgebers, nKonkurs, Treuhand- und Schiedgerichtswesen, março, 1959.

ÚRIA, RODRIGO

- Derecho Mercantil, 27ª Ed. Revisada en colaboración com Maria Luis Aparicio, Marcial Pons, 2000.

ÚRIA, RODRIGO/MENÉNDEZ, AURELIO/ IGLESIAS PRADA, JUAN LUIS:

- Curso de Derecho Mercantil, 2ª Ed., Civitas, 2006.

- Curso de Derecho Mercantil, I. Empresario, Establecimiento Mercantil y Actividad Empresarial. Derecho de la Competencia e de la Propiedad Industrial e Intelectual. Derecho de Sociedades, coord. María Luisa Aparicio González, 2ª Ed., Civitas

VALENTIM, Carlos/CARDOSO, Paulo, Roteiro de Justiça Fiscal – os poderes da Administração Tributária versus as garantias dos contribuintes, Vida Económica, Abril de 2011.

VARELA, João de Matos Antunes, BEZERRA, J. Miguel, SAMPAIO, Nora, Manual de Processo Civil, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra editora, 1985.

VARELA, João de Matos Antunes, Das obrigações em geral, 10.^a ed., vol. II, Coimbra, Almedina, 2011.

VASCONCELOS, Joana, A cisão de sociedades, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2001.

VASCONCELOS, Paulo, “A perda grave do capital”, Revista de Ciências Jurídicas Empresariais, n.º 10, ISCAP, Porto, 2007, pp. 7 ss.

VASCONCELOS, Pedro Pais de,

- Direito Comercial, Vol.I, Coimbra, 2001

- A Participação Social nas Sociedades Comerciais, 2^aED., Almedina Coimbra, 2006

- Teoria Geral do Direito Civil, 7^aed, Coimbra, 2012

VASQUES, Sérgio, A Responsabilidade dos Gestores na Lei Geral Tributária,

Fiscalidade, in Revista de Direito e Gestão Fiscal, n.º 1, 2000.

VASQUEZ-RUIZ, Harold A New Approach to Estimate the Incidence of the Corporate Income Tax. Georgia State University, 2011

VEGA VEGA, José António, Sociedades de Capital, Colección manuales uex- 2^aedición, 2014

VEIL, Rudiger, “Capital maintenance - The regime of the Capital Directive versus Alternative Systems” in MARCUS LUTTER, Legal Capital in Europe, ECFR, 2006, special vol. 1, pp. 75 ss.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.

VENTORUZZO, M., “Cost-Based” and “Rule-Based” Regulatory Competition: Markets for Corporate Charters in the U.S. and in EU, In NYU Journal of Law and Business, Vol. 3, pp. 91-130.2006

VENTURA, Raúl,

- Apontamentos para a reforma das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. In VENTURA, Raúl; CORREIA, Luís de Brito – Apontamentos para a Reforma das Sociedades de Responsabilidade Limitada e Anteprojecto de Reforma da Lei das Sociedades por Quotas. A Harmonização das Leis sobre Sociedades de Responsabilidade Limitada no Âmbito do mercado Comum Europeu. Separata do BMJ, Lisboa, n.º 128, 1969. Pp. 5 – 176.

- Apontamentos para a Reforma da Sociedade Por Quotas de Responsabilidade Limitada, in BMJ, nº 182, 1969.

- Sociedades por Quotas – Volume I. Coimbra: Almedina, 1987.

- Dissolução e Liquidação de Sociedades. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, 1987.

- Novos Estudos Sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo, Coimbra: Almedina, 1999.

- “Alterações do contrato de sociedade”, Comentário ao código das sociedades comerciais, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

- “Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades”, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Coimbra, Almedina, 2006.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de direito comercial: teoria das sociedades, as sociedades em espécie do código civil. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2.

VERRUCOLI, Piero – *Il Superamento Della Personalità Giuridica Delle Società Di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*. “Saggi Di Diritto Commerciale” (Collana fondata da Tullio Ascarelli – Nuova serie a cura di Giuseppe Ferri-) Milano, Dott.A.Giuffrè Editore, 1963.

VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalita giuridica delle societa di capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano: Dott A. Giuffre, 1964.

VIANA, João Matos, A (in)constitucionalidade da responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes pelas coimas aplicadas à sociedade – comentário ao Acórdão do STA, de 4 de Fevereiro (Processo nº 0829/08) e ao Acórdão do tribunal Constitucional nº 129/2009, de 12 de Março, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano I, 06/2008.

VIÑUELAS SANZ, Margarita – El know-how como aportación al capital social. In *RDerS*, 31:2 (2008). Pp. 203 – 218.

VV.AA, Palmer’s Company Law. Anoted Guide to the Companies Act 2006, Thomson/Sweet & Maxwell, 2007.

WOLFF, Martin. “On the nature of legal persons”, in *The Law Quarterly Review*, 216:512, out. 1938.

WOODWARD, Susan (1983), *The Economics of Limited Liabilit (PAPER)*

WORLD BANK. World Development Report 2005: A Better Investment Climate For Everyone, 2005.

WORMSER, Maurice. "Piercing the veil of corporate entity". *Columbia Law Review*, n. 12, 1912.

. Disregard of corporate fiction and allied corporation problems. New York: Baker, Voorhis and Company, 1929.

XAVIER, Jose Tadeu Neves. "A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no Novo Código Civil". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 128, out./dez. 2002.

YAGÜEZ, Ricardo de Angel. *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*. 4ª ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. "A prescrição da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade e o Novo Código Civil brasileiro". *Revista LTr*, São Paulo, v. 67, n. 6, jun. 2003.

ZANITELLI, Leandro Martins. "Abuso da pessoa jurídica e desconsideração". In: Martins- Costa, J. (org.). *A reconstrução do Direito privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, V. 248.

ZANNONI, Eduardo,. *La normativa societaria ante los actos fraudulentos de la sociedad. Replanteo de la teoria del "Disregard"*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 9, jul./set. 1979

Legislação, Regulação e Jurisprudência

Centros Ltd v Erhvers – og Selskabsstyrelsen, Acórdão C – 212/97 de 9 de Março de 1999 (Tribunal de Justiça da União Europeia);

Código de Insolvência e de Recuperação da Empresas (Portugal);

Código das Sociedades Comerciais (Portugal);

Companies Act de 2006 (Reino Unido);

Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committees of the Regions, Think Small First, A Small Business Act for Europe, Bruxelas, 25 de Junho de 2008, COM(2008) 394 Final (Direito Comunitário);

Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committees of the Regions, Review of the Small Business Act for Europe, Bruxelas, 23 de Novembro de 2011, COM(2011)78 Final (Direito Comunitário);

Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro (Portugal);

Directiva 77/91/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976 (Direito Comunitário);

Directiva 2012/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012 (Direito Comunitário);

GmbHG (Alemanha);

Insolvenzordnung (Alemanha);

Kamar van Koophandel en Fabriken voor Amsterdam v Inspire Art, Ltd , Acórdão C – 167/2003 (Tribunal de Justiça da União Europeia);

Revised Model Business Corporation Act (Estados Unidos);

Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (Direito Comunitário);

Uberseering BV v Nordic Construction Company Banmanagement GmbH (NCC), Acórdão C – 208/00 de 5 de Novembro de 2002 (Tribunal de Justiça da União Europeia);

Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão do STA, de 18 de Janeiro de 1989, Proc. 005869

Acórdão do STA, de 28 de Novembro de 1990, Proc. 012016

Acórdão do STA, de 4 de Abril de 2001 Proc.025393

Acórdão do STA, de 6 de Fevereiro de 2002, Proc. 025037

Acórdão do STA, de 17 de Abril de 2002, Proc. 026544

Acórdão do STA, de 13 de Abril de 2005, Proc. 0100/05

Acórdão do STA, de 28 de Fevereiro de 2007, Proc. 01132/06

Acórdão do STA, de 24 de Setembro de 2008, Proc. 0312/08

Acórdão do STA, de 16 de Dezembro de 2009, Proc. 01074/09

Acórdão do STA de 16 de Dezembro de 2009 Proc 1147/09

Acórdão do STA de 24 de Março de 2010, Proc. 01216/09

Acórdão do STA de 14 de Abril de 2010, Proc. 064/10

Acórdão do STA de 19 de Maio de 2010, Proc. 055/10

Acórdão de STA de 14 de Maio de 2010, Proc. 057/10.

Acórdão de STA de 25 de Junho de 2008, Proc. 0123/08.

Acórdão de STA de 19 de Maio de 2010, processo nº 055/10.54

Acórdão de STA de 14 de Abril de 2010 processo nº 057/10.

Acórdão de STA de 02 de Março de 2011, processo nº 0944/10.

Acórdão de STA de 14 de Abril de 2010, processo nº 64/10.

Acórdão de STA de 11 de Março de 2005, processo nº 0709/08.

Acórdão de STA de 16 de Dezembro de 2009, processo nº 01074/09.

Acórdão de STA de 16 de Fevereiro de 2009, processo nº 1147709.

Tribunal Central Administrativo Norte

Acórdão do TCAN de 15 de Julho de 2004, Proc. 00087/04

Acórdão do TCAN, de 9 de Dezembro de 2004, Proc. 00028/04

Acórdão do TCAN, de 26 de Abril de 2006, Proc. 00081/03 – PORTO

Acórdão do TCAN, de 8 de Maio de 2008, Proc. 01376/04.6BEPRT

Acórdão do TCAN, de 27 de Março de 2008, Proc. 01884/04 – PORTO
Acórdão do TCAN, de 29 de Outubro de 2009, Proc. 00228/07.2BEBRG
Acórdão do TCAN de 14 de Janeiro de 2010, Proc.00787/06.7BERG
Acórdão do TCAN de 21 de Janeiro de 2010, Proc. 00139/07.1BERG
Acórdão do TCAN, de 18 de Fevereiro de 2010, Proc. 00381/06.2BECBR
Acórdão do TCAN, de 1 de Outubro de 2010, Proc. 00251/10.0BEPRT
Acórdão do TCAN, de 10 de Novembro de 2005, Proc. 00031/03
Acórdão do TCAN, de 31 de Março de 2005, Proc. 144/04

Tribunal Central Administrativo Sul

Acórdão do TCAS, de 9 de Fevereiro de 1999, Proc. 00227/97
Acórdão do TCAS, de 30 de Janeiro de 2001, Proc. 4352/00
Acórdão do TCAS, de 18 de Junho de 2002, Proc. 6083/01
Acórdão do TCAS, de 27 de Janeiro de 2004, Proc. 01168/03
Acórdão do TCAS, de 24 de Maio de 2005, Proc. 00561/05
Acórdão do TCAS, de 25 de Outubro de 2005, Proc.00583/05
Acórdão do TCAS, de 23 de Abril de 2008, Proc. 02334/08

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão nº 160/07, proc. 390/06, de 6 de Março 2007
Acórdão nº 129/2009, proc. 649/08, de 12 de Março de 2009
Acórdão nº 150/2009, proc. 878/08, de 25 de Março de 2009
Acórdão nº 234/2009, proc. 36/09 de 12 de Maio de 2009
Acórdão nº 481/2010, proc. 506/09, de 9 de Dezembro de 2010
Acórdão nº 24/2011, proc. 551/10, de 12 Janeiro de 2011
Acórdão nº 26/2011, proc. 207/10, de 12 de Janeiro de 2011
Acórdão nº 35/2011, proc. 206/2010, de 25 de Janeiro de 2011
Acórdão nº 85/2011, proc. 751/10, de 15 de Fevereiro de 2011
Acórdão nº 125/2011, proc. 814/10, de 3 de Março de 2011
Acórdão n.º 243/2011, proc. 814/11, de 11 de Maio de 2011

STA

Acórdão STJ de 21 de Fevereiro de 2006, Processo: n.º 3704/05, Relator Paulo Sá.
Disponível em: www.dgsi.pt

Acórdão STJ de 10 de janeiro de 2012, Processo: n.º434/1999.L1S1 Relator X.
Disponível em: www.dgsi.pt

Acórdão STJ de 19 de Fevereiro de 2013, Processo: n.º 73/08.8TTBGC.P1.S1, Relator
Pinto Espanhol. Disponível em: www.dgsi.pt

Acórdão do STJ do dia 03 de Fevereiro de 2009, Processo: n.º 08A33991, Relator:
Paulo Sá. Disponível em: www.dgsi.pt

Acórdão do STJ de 30 de Novembro de 2010, Processo n.º 1148/03.5TVLSB.S1,
Relator Fonseca Ramos. Disponível em: www.dgsi.pt

Acórdão do STJ de 28 de Novembro de 2012, Processo n.º 229/08.3TTBGC.P1.S1,
Relator Pinto Espanhol. Disponível em: www.dgsi.pt

ACÓRDÃOS TRL:

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03 de Março de 2005, Processo n.º
119/2005-6, Relator Gil Roque. Disponível em: www.dgsi.pt

ACÓRDÃOS TRP:

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29 de Novembro de 2007, Processo n.º
0735578. Disponível em: www.dgsi.pt

Supremo Tribunal de Justiça

Ac. STJ de 14/06/2011, P.2140/09.1TBCTB.C1.S1,R Fonseca Ramos.

Ac. STJ de 06/10/2011, P. 46/07.8TBSUC-0.C1.S1,R.Serra Batista.

Ac. STJ 06/Jan/76, BMJ 253 (1976). R. Oliveira Carvalho.

Ac. STJ, P.280/07.OTBGVA.C1.S1 de 12/05/2011, R. João Bernardo.

Ac. STJ de 10/01/2012, (434/1999.L1.S1), R. Salazar Casanova.

Ac. STJ de 09/09/09 (08S4021), R. Sousa Grandão.

Ac. STJ de 03/02/09 (08A3991), R. Paulo Sá.

Ac. STJ de 26/06/07 (07A1274), R. Afonso Correia.

Ac. STJ. 08S3259, de 19/03/2009, Relator Pinto H espanhol.

Relação de Lisboa

Ac. TRL. 16-05-2013, P. 2160/11.6TBOER.L1-2, R. Ezaguy Martins

Ac. TRL. 08-11-2012, P. 1988/11.1TVLSB-B.L1-2, R. Pedro Martins

Ac. TRL. 29-03-2012, P. 1751/10.7TVLSB.L1-2, R. Teresa Albuquerque

Ac. TRL. 16-03-2010, P. 1742/09.0TBBNV.L1-1, R. Manuel Marques.

Ac. TRL. 646/11.1TVLSB-B.L1-1 de 04/10/2011, R. Manuel Marques.

Ac. TRL. 5829/2008-4 de 09/12/2008, R. Maria João Romba.

Ac. TRL. 29-04-2008, P.10802/07, R. Tomé Gomes

Ac. TRL. 1119/2005/6 de 03/03/2005, R. Gil Roque.

Ac. TRL. 22/01/04 (9061/2003-2). R. Ezaguy Martins.

Ac. TRL.590/02, de 04/06/2002. R Helder Roque.

Ac. TRL. 2968/2006-1 de 27/06/2006. R. Maria José Simões.

Relação do Porto

Ac. TRP de 03-02-2014, P. 145/06.3TTMAI-F.P1, R. Paula Maria Roberto

Ac. TRP de 16-12-2009, P. 242/09.2TYVNG.P1, R. Abílio Costa.

Ac. TRP de 22-06-2010, P.242/09.3TJPRT-A.P1, R. José Carvalho.

Ac. TRP 13-Mai-93 CJ XVIII, 2. R. Fernandes Magalhães.

Ac. TRP de 25/03/10 (3980/07.1BPRD.P1), R. Teles de Menezes.

Webgrafia

www.boetticher.com/wp-content/uploads/2014/01/AssimSeFaz_DireitoSociet%C3%A1rio_2%C2%AAed.pdf.

www.netinternacional.org/web/LinkClick.aspx?fileticket=OA3q8b_23Q4%3D&tabid=70.

www.apce.com/pid589/sarl.html&pagination=1.

www.crear-empresas.com/sociedad-limitada-nueva-empresa-caracteristicas-tramites.

www.creatuempresa.org/es-ES/PasoApaso/Paginas/FormasJuridicas-Descripcion.aspx?cod=SLNE&#d2.

www.rmwc.eu/pt-br/areas-de-atuacao/cria%C3%A7%C3%A3o-de-empresa-na-alemanha.

www.papoli-barawati.com/br/alemanha/condicoes-juridicas-na-alemanha.html.

www.promocion.camaramadrid.es/Principal.aspx?idemenu=1&idsubmenu=3&idapartado=6.

www.portal.circe.es/es-ES/emprendedor/SLNE/Paginas/SociedadLtdaNuevaEmpresa.aspx.

www.exportribatejo.com/en/InternationalBussiness/Details/59.

www.enterpriseeuropenetwork.pt/destaque/Documents/Guia_Espanha.pdf.

www.atrium-offshore-incorporation.com/espanha%20criacao%20de%20sociedade%20limitada%20sl.html.

www.ccitalia.pt/data/pubs/9/filename/umolharsobreaitalia.pdf.

www.expresso.sapo.pt/iniciativaseprodutos/energia-de-portugal/energia-de-portugal-2014/20-paises-para-emprender-na-europa=f735503.

www.europaexpert.com/br/italia.

www.santandertrade.com/internacionalize-se/italia/operar-uma-empresa.

www.portugalglobal.pt/PT/Biblioteca/LivrariaDigital/EUA_EstabelecimentoEmpresas.pdf.

www.aei.org/wp-content/uploads/2014/07/-the-genius-of