

Católica Talks

Direito e Personalidade

Título Católica Talks: Direito e Personalidade
Coordenação Elsa Vaz de Sequeira
Coleção Investigação

© Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito,
Research Centre for the Future of Law
© Universidade Católica Editora

Revisão Editorial Patrícia Feio
Capa Ana Luísa Bolsa | 4 ELEMENTOS
Conceção Gráfica Magda Macieira Coelho
Impressão e acabamentos Papelmunde
Depósito Legal 0
Data maio 2023
Tiragem 300 exemplares

DOI <https://doi.org/10.34632/9789725409312>
ISBN 9789725409312
ISBN e-book 9789725409411

Universidade Católica Editora,
Sociedade Unipessoal, Lda.
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020
uceditora@ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt



CATÓLICA TALKS

Católica talks : direito e personalidade / coord. Elsa Vaz de Sequeira.
– Lisboa : Universidade Católica Editora, 2023. – 320 p. ; 23 cm. –
(Católica talks ; 4). – Tit. alternativo: Direito de personalidade. – ISBN
9789725409312. – ISBN 9789725409411 (Ebook)
I – SEQUEIRA, Elsa Vaz de, coord. II – Col.
CDU 34:316.37

Católica Talks

Direito e Personalidade

COORDENAÇÃO
Elsa Vaz de Sequeira

UCP 
EDITORA

Índice

- 7 Prefácio
- 9 ARMANDO ROCHA
A personalidade jurídica em direito internacional
- 29 DIOGO COSTA GONÇALVES
Desafiando os clássicos: personalidade e capacidade no direito civil do século XXI
- 45 EVARISTO MENDES
Sociedades civis e sociedades irregulares
- 113 JOÃO CARLOS LOUREIRO
Personalidade jurídica do nascituro: alguns tópicos
- 161 MAFALDA MIRANDA BARBOSA
Algoritmo Pessoa: realidade, distopia ou utopia?
- 187 MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO
Desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais e tutela de credores
- 221 MIGUEL CORREIA
A personalidade tributária passiva e a configuração do facto jurídico-tributário: algumas reflexões
- 261 PEDRO GARCIA MARQUES
Comando e liberdade – ou da *legalização* da eutanásia aos crimes contra as pessoas, em busca dos novos desafios que os interpelam

Prefácio

Pelo quarto ano consecutivo, leva-se à estampa as *Católica Talks*, do Católica Research Centre for the Future of Law, espaço de discussão aberta e informal sobre problemas jurídicos objeto de investigação do orador convidado.

Este ano, as *Talks* foram dedicadas ao tema «Direito e Personalidade». O objetivo foi não só discutir o conceito de personalidade jurídica, mas também analisar as repercussões que a evolução da ciência e da tecnologia, próprias do século XXI, têm na determinação do respetivo conteúdo e regime, não descurando naturalmente a tutela concedida aos bens eminentemente pessoais. Uma vez mais, como é característico deste fórum de debate científico, a abordagem do tema foi interdisciplinar, convocando diferentes áreas do saber, como o Direito constitucional, o Direito civil, o Direito internacional, o Direito societário, o Direito fiscal ou o Direito penal.

O livro que agora se publica compila a generalidade das comunicações efetuadas. A todos os autores que tão generosamente aceitaram o nosso desafio, um grande bem-haja!

Este passo só foi possível graças ao generoso apoio concedido pelas sociedades Rogério Alves & Associados e Carlos Aguiar, Ferreira de Lima & Associados, que desde o início têm patrocinado este projeto e a quem manifestamos publicamente o nosso reconhecimento.

Um agradecimento especial é ainda devido ao Prof. Doutor Tito Rendas e à Mestre Marta Martins da Costa, pela dedicação e empenho que colocaram na coordenação executiva das *Talks*.

A personalidade jurídica em direito internacional¹

ARMANDO ROCHA*

I. Introdução

1. O objeto deste artigo é a personalidade jurídica *em* direito internacional, e não *de* direito internacional. A diferença entre as preposições «de» e «em» parece apenas semântica, mas encerra em si uma opção verdadeiramente estrutural. É sobre esta opção e o seu impacto na ordem jurídica internacional que o presente artigo incide. Para o efeito, os particulares são assumidos como um caso de estudo para melhor compreensão do que verdadeiramente significa ser-se pessoa jurídica *em* direito internacional.

2. Antes disso, porém, uma nota sobre algumas assunções erróneas que prejudicam a compreensão do tópico. Uma primeira assunção errónea é a de que personalidade jurídica é um conceito *estabelecido* em direito internacional, ou que as divergências na doutrina ou na jurisprudência são marginais. Porém, com exceção do entusiasmo limitado que existiu após a II Guerra Mundial, nunca houve um esforço em estruturar uma definição que seja *one-size-fits-all* e que descreva a posição dos Estados, das organizações internacionais, dos particulares e outros eventuais sujeitos. No máximo, assume-se que os Estados são os sujeitos *naturais*, *normais*, *plenos* ou *completos* de direito internacional, seguindo-se algum esforço em justificar em que situações *excepcionais* os particulares e as

* Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola de Lisboa, Católica Research Centre for the Future of Law, <https://orcid.org/0000-0002-8181-1512>

¹ O presente artigo é amplamente baseado na sessão das *Católica Talks* que teve lugar a 26 de outubro de 2021, organizada pelo Católica Research Centre for the Future of Law e com comentário da Prof.^a Doutora Benedita Queiroz, bem como no Capítulo II da nossa obra *Private Actors as Participants in International Law – A Critical Analysis of Membership under the Law of the Sea* (Hart, 2021). Por essa razão, há um tom coloquial que foi mantido propositadamente.

organizações internacionais *podem ser* sujeitos de direito internacional – quase sempre, curiosamente, após o beneplácito dos Estados, que são assim encarados como os *gatekeepers* da ordem jurídica internacional.

Por outro lado, qualquer manual de direito internacional dá por garantidas outras ideias errôneas: (i) primeiro, que *existem* pessoas jurídicas internacionais; (ii) segundo, que este conceito é *autônomo* em relação ao que é conhecido nos direitos internos; (iii) por fim, que os Estados são a *matriz* da personalidade jurídica *plena* ou *normal*, o que significa que *todos* os direitos subjetivos existentes na ordem jurídica internacional são atribuídos ou atribuíveis ao Estado (incluindo, *e. g.*, o direito à vida ou à integridade física), enquanto as demais pessoas jurídicas (como as organizações internacionais e os particulares) têm uma personalidade jurídica *limitada e recortada* a partir da personalidade jurídica dos Estados (isto *se chegarem* a qualificar-se como sujeitos de direito internacional). Para além disso, para se saber se uma organização internacional ou um particular pode ser uma pessoa jurídica internacional, segue-se *grosso modo* a fórmula do parecer *Reparation for Injuries*, adotado em 1949 pelo Tribunal Internacional de Justiça², segundo a qual, no que ora interessa, a nova entidade «*criada*» pelos Estados tem de agir com autonomia em relação aos Estados³ e ser titular de direitos e/ou estar adstrita a deveres decorrentes de norma jurídica internacional, *desde que* estes direitos e/ou deveres possam ser executados perante um tribunal ou outro órgão internacional⁴.

Este é, salvo o excessivo simplismo, o *statu quo* atual. Como se percebe, esta é uma narrativa circular e muito pouco esclarecedora – e que falha na sua missão de descrever o que são pessoas jurídicas *internacionais*, com ênfase nesta dimensão de *internacionalidade*. Este fracasso numa definição que nunca foi verdadeiramente testada, aprofundada ou objeto de qualquer projeto dogmático explica-se, a meu ver, com o facto de a própria existência de uma personalidade jurídica *de* direito internacional ser tudo menos evidente.

² Doravante denominado abreviadamente por «TIJ».

³ *Reparation for Injuries* [1949] 179; *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* [Advisory Opinion, 8 July 1996] ICJ Rep 66, 75.

⁴ *Reparation for Injuries* [1949] 178; *Western Sahara* [Advisory Opinion, 16 October 1975] ICJ Rep 12, § 148.

3. Antes disso, veremos, em primeiro lugar, qual a relevância jurídica e epistemológica da personalidade jurídica (internacional) (§ II). Depois, explicaremos por que razão o estudo da personalidade jurídica em direito internacional pressupõe um reenvio para a teoria geral do direito (§ III). Com este quadro estabelecido, veremos depois como a redundância histórica entre os conceitos de Estado e personalidade jurídica está na origem da qualificação desta última como sendo «internacional» – operação que é dogmaticamente inútil e incorreta, mas que ainda é prevalecente na doutrina e jurisprudência jus-internacionais (§ IV). De seguida, veremos que leituras são permitidas pela fórmula estabelecida pelo TIJ no parecer *Reparation for Injuries* (§ V). Por fim, tendo por base o equívoco comumente veiculado na doutrina jus-internacional entre personalidade jurídica e capacidade jurídica, faremos algumas considerações finais sobre a personalidade jurídica una em face do sistema jurídico, bem como sobre a relevância internacional que é conferida pela atribuição de direitos e/ou deveres ao abrigo de norma jurídica internacional.

II. A função epistemológica da personalidade jurídica

4. Em termos muito simplistas, a personalidade jurídica fornece um *código binário* de relevância jurídica: define quem é relevante perante o sistema jurídico (e, desta forma, pode ser titular de direitos e/ou estar adstrito a deveres) e quem não é juridicamente relevante⁵. Por isso, a sua função sistémica é puramente epistemológica: a personalidade jurídica *não é* um fim em si mesmo, nem tem um *conteúdo* ou uma *alma* predefinida; pelo contrário, a personalidade jurídica limita-se a conferir uma métrica objetiva de medição de relevância jurídica.

Esta ideia foi amplamente contestada pela New Haven School, para a qual a relevância da personalidade jurídica internacional é apenas aparente e, assim, prefere focar-se num conceito de «participantes na ordem jurídica internacional», o qual abrange qualquer entidade que de facto tenha alguma atuação nos processos próprios de direito internacional, seja esta atuação formal ou informal⁶. Para o efeito, os autores da New Haven School adotam uma lente de observação sociológica e procuram analisar que condutas (e não que sujeitos) são reguladas por normas

⁵ E. g. HAFNER (2011), p. 282; KJELDGAARD-PEDERSEN (2018), p. 1; NIJMAN (2004), p. 3; PETERS (2016), p. 41; PORTMANN (2010), pp. 1 e 5; SHAW (2017), p. 155.

⁶ E. g., HIGGINS (1995), pp. 39-55.

internacionais⁷ – o que lhes permite concluir, com acerto, que a ordem jurídica internacional se rege por uma regra de «acesso democrático»⁸ e que entidades como as organizações internacionais ou os particulares são efetivamente participantes nesta ordem jurídica⁹. O seu objetivo, claro está, não é retirar nenhuma entidade da categoria de pessoa jurídica internacional, mas apenas salientar a inutilidade jurídica e sociológica desta qualificação¹⁰.

Se é verdade que esta abordagem permite retirar algumas entidades da penumbra do direito internacional e provar a sua presença regular no direito internacional, ainda assim não permite identificar com rigor qual a sua exata medida de relevância, ao passo que o conceito de personalidade jurídica confere clareza e certeza ao sistema jurídico¹¹ e estabelece com precisão qual o núcleo de potenciais destinatários das normas jurídicas internacionais¹². Por essa razão, o conceito de personalidade jurídica é metodologicamente relevante na ordem jurídica internacional, ainda que a sua função epistemológica seja relativamente formal e se reduza à definição do círculo de entidades que, em abstrato, podem ser destinatárias de uma norma jurídica internacional e, por extensão, podem ser titulares de direitos e/ou estar adstritas a deveres decorrentes desta norma jurídica internacional. Por isso, adiante veremos que a medida de relevância na ordem jurídica internacional é a capacidade jurídica, a qual opera por referência a este instrumento de personalidade jurídica.

Porém, há um ensinamento que se deve retirar dos estudos desenvolvidos pela New Haven School: a personalidade jurídica não é um conceito do qual se possa deduzir cognitivamente e operativamente um número limitado de sujeitos em direito internacional. Pelo contrário, é apenas uma ferramenta para alocar direitos e/ou deveres àqueles que efetivamente interagem na ordem jurídica internacional. Por essa razão, a doutrina deve evitar o recurso a conceitos e a concepções de personalidade jurídica com uma semântica moldada com o intuito de incluir e/ou excluir o acesso a algum sujeito em concreto.

⁷ CHEN (2015), pp. 94-95; HIGGINS (1995), pp. 160-162.

⁸ *E. g.*, MCDUGAL e LASSWELL (1959), p. 18.

⁹ HIGGINS (1995), p. 50.

¹⁰ HIGGINS (1995), p. 50.

¹¹ PETERS (2009), p. 156.

¹² NIJMAN (2004), p. 27; PETERS (2009), p. 155.

III. O recurso à teoria geral do direito

5. Ao usarmos a expressão «aptidão abstrata de se ser destinatário de norma jurídica e, por extensão, de se ser titular de direitos e/ou estar-se adstrito a deveres», estamos claramente a recorrer a um conceito que já foi desenvolvido no âmbito dos direitos internos como sendo o(s) de personalidade ou de subjetividade jurídica, mas sem nos atrevermos a discutir este(s) conceito(s) com os cultores da teoria geral do direito ou ignorarmos as questões dogmáticas em torno dos conceitos de personalidade, subjetividade e capacidade jurídica.

Porém, este reenvio para a teoria geral do direito tem uma explicação histórica, dado que o direito internacional foi incubado originalmente num sistema verdadeiramente monista; e, mesmo depois da sua autonomização enquanto ordem jurídica, continuou a aproveitar-se dos conceitos e institutos criados pelos direitos internos. Por outro lado, a sociologia da educação jurídica explica por que razão, tendo sido instruídos num dado Direito interno, tendemos a universalizar a nossa formação jurídica e a transportar para o direito internacional os conceitos e concepções nacionais em que fomos instruídos. Para além disso, o reenvio para o direito interno é útil, porque não existe em direito internacional nenhum conceito positivo de pessoa jurídica, nenhuma lista de pessoas da qual se possa inferir algum conceito, nem tampouco um direito geral das pessoas¹³. A única regra aparente é a presunção em benefício da subjetividade jurídica internacional dos Estados. Por fim, a utilidade deste reenvio para os ensinamentos desenvolvidos ao abrigo dos direitos internos também se justifica pelo facto de a definição de quem seja pessoa jurídica ser uma tarefa amputada a uma ordem jurídica em concreto, por se tratar de uma noção meta-jurídica e, por isso, de uma operação pré-sistémica e atribuída à teoria geral do direito¹⁴.

Curiosamente, porém, a discussão em direito internacional não é – nem foi – se as pessoas coletivas ou morais podem ser sujeitos de direito: a evolução do direito internacional fê-lo uma ordem entre pessoas *fictícias* (*i. e.*, os Estados); o *anormal* é a personalidade jurídica dos indivíduos e de sujeitos como as pessoas coletivas de direito interno ou as organizações internacionais. Uma das razões para esta *anormalidade* reside no facto de, por vezes, se assumir (erradamente) que a personalidade jurídica

¹³ KLABBERS (2021), p. 74; PETERS (2016), p. 35; PORTMANN (2010), p. 5.

¹⁴ PORTMANN (2010), p. 10.

internacional é um conceito material e, por isso, tem uma alma própria e um conjunto de direitos e deveres associados que lhe estão associados por defeito. Entre eles, encontrar-se-ia a capacidade jurídica para celebrar tratados ou criar costumes internacionais¹⁵. Esta nota é relevante, porquanto um argumento por vezes usado para recusar a qualificação dos particulares e outras entidades como sujeitos de direito internacional reside no facto de estes não poderem celebrar tratados nem criar costumes internacionais – o que, no caso dos particulares, mostraria que são meros visitantes ou turistas ocasionais do direito internacional.

Porém, sendo a personalidade jurídica (internacional) um conceito puramente formal, ela não depende da posse de uma capacidade jurídica em concreto. Assim sendo, se um particular não possui a capacidade de criar o direito internacional, tal só significa que não tem *esta* capacidade jurídica¹⁶ – não significa que não seja uma pessoa jurídica internacional¹⁷. Aliás, também nos direitos internos os particulares não criam o direito e nem por isso perdem a sua subjetividade¹⁸. Como se aludiu, o conceito de pessoa jurídica (internacional) é útil para identificar que entidades são relevantes no seio da ordem jurídica – mas é estéril em identificar a posse de capacidades jurídicas em concreto (seja a capacidade de feitura do direito ou outra qualquer¹⁹).

IV. A personalidade jurídica dos Estados como redundância

6. Se, nas ordens jurídicas internas, a condição humana foi, historicamente, o requisito para o reconhecimento da personalidade jurídica, no direito internacional esse requisito foi, durante muito tempo, a soberania estadual. Neste quadro, os particulares foram encarados como «juridicamente incapazes» e carentes de um «representante legal» dos seus interesses no direito internacional – pese embora estes interesses fossem qualificados como interesses do Estado após um processo jurídico de «novação»²⁰. Tal significava que, na ordem jurídica internacional, apenas os Estados eram reconhecidos como pessoas jurídicas, ao mesmo tempo

¹⁵ E. g. see CARREAU e MARRELLA (2012), pp. 368 ss.; ORAKHELASHVILI (2001), p. 256; WEIL (1992), pp. 118 ss.

¹⁶ PETERS (2016), p. 38; PORTMANN (2010), pp. 173 e 274.

¹⁷ PETERS (2016), p. 41; SHAW (2017), p. 208.

¹⁸ TRINDADE (2003), pp. 247 e 284, e (2010), p. 221.

¹⁹ O'CONNELL (1965), p. 89.

²⁰ ROUCOUNAS (2002), p. 113.

em que, nas ordens jurídicas internas, a constituição da personalidade jurídica do Estado ainda era bastante limitada, pelo que era legítimo afirmar-se que os sujeitos que interagiam nos direitos internos e no direito internacional eram diferentes. É por essa razão que Leibniz e Wolff, os primeiros autores a referirem-se ao Estado como pessoa jurídica, o qualificaram como *persona iure gentium* não para criar um novo tipo de pessoa jurídica, mas porque se tratava de uma pessoa jurídica com estas duas particularidades: o Estado só agia no direito internacional e nunca no direito interno (aí, a sua atuação era atribuída ao monarca ou à Coroa); e mais ninguém agia no direito internacional. Assim, adjetivá-lo de «internacional» não era uma forma de criar um novo conceito de subjetividade jurídica, mas antes (e apenas) de apontar para o elemento diferenciador entre o Estado e as demais pessoas jurídicas.

Porém, se a sua intenção não era excluir outros sujeitos na ordem jurídica internacional, essa exclusão dogmática viria a ser feita pela mão de Vattel, para quem o Estado era a única pessoa juridicamente relevante em direito internacional²¹. Como consequência direta, o direito internacional passou a ser uma ordem jurídica epónima e a ser definido como um direito exclusivamente entre Estados soberanos. Assim, com uma só frase no preâmbulo do seu tratado sobre o direito das nações, os particulares (os *fundadores* do direito internacional e *criadores* dos Estados) perderam o seu acesso ao direito internacional, ao passo que o Estado passou num ápice de *criatura* e poder *constituído* a *criador* e poder *constituente* em direito internacional. A partir de então, o pensamento jurídico internacional (centrado nesta premissa vatteliana) passou a assumir a redundância entre Estado e pessoa jurídica internacional, como se o Estado fosse o *arché* do direito internacional.

Ao fazê-lo, a percepção generalizada passou a ser a de que apenas os Estados podiam ser sujeitos de direito internacional, levando a doutrina e a jurisprudência a partilhar um conceito e uma conceção de personalidade jurídica internacional moldados intencionalmente de forma a incluir os Estados e a excluir as demais entidades, em conformidade com esta conceção apriorística do que é (ou do que deve ser) o direito internacional.

Todavia, importa salientar que a ideia de personalidade jurídica internacional exclusiva do Estado é apenas uma fórmula de contingência tardia do direito internacional e que o qualificativo *internacional* é redundante e dogmaticamente inútil: como veremos adiante, *não existem* pessoas

²¹ VATTEL (2008), p. 67.

jurídicas «*de*» direito internacional, mas apenas pessoas jurídicas *tout court*, com ou sem capacidade jurídica internacional. Em todo o caso, antes de explicarmos melhor este ponto, importa recuperar a fórmula desenvolvida pelo TIJ para qualificar uma entidade como pessoa jurídica internacional.

V. A personalidade jurídica dos particulares à luz do critério do TIJ

7. De acordo com o critério enunciado pelo TIJ (ainda que numa questão referente a uma organização internacional), uma pessoa jurídica internacional é-o, por um lado, sempre que os Estados tenham tido em mente a criação de uma entidade autónoma e sempre que essa entidade seja efetivamente capaz de agir com autonomia funcional e operativa em relação aos Estados²² (elementos que se compreendem apenas quando referidos a uma organização internacional); por outro lado, é-o se for titular de direitos e/ou se se encontrar adstrita a deveres decorrentes de norma jurídica internacional, desde que esses direitos e/ou deveres sejam executados perante por um tribunal ou outra instância internacional²³. Esta não é uma formulação particularmente feliz, mas a verdade é que nunca foi aprimorada pelo TIJ.

Uma leitura possível desta fórmula é a designada conceção *compósita*, segundo a qual só existe personalidade jurídica internacional nas situações em que aqueles dois elementos (um primário e substantivo; outro secundário e processual) estiverem reunidos em simultâneo. Ou seja, perante a referência do TIJ à necessidade de haver uma garantia de *enforcement* daquele direito e/ou dever na ordem jurídica internacional, então a ausência dessa garantia na ordem jurídica internacional significaria forçosamente a ausência de subjetividade internacional²⁴ – sem prejuízo, claro está, da possibilidade de atribuição desse direito e/ou dever ao abrigo do direito interno.

Porém, facilmente se compreende que metodologicamente é incorreto inferir-se a ausência de um direito subjetivo e/ou de um dever jurídico

²² *Reparation for Injuries* [1949] 179; *Legality of the Use of Nuclear Weapons* [1996] 75.

²³ *Reparation for Injuries* [1949] 178; *Western Sahara* [1975] § 148.

²⁴ Cf., *inter alia*, BROWNLIE e CRAWFORD (2019), p. 111; DAILLIER, FORTEAU, PELLET e DINH (2009), pp. 716 ss.; DUPUY e KERBRAT (2016), pp. 26 e 237; HAFNER (2011), pp. 321-322; MOSLER (1964), pp. 244-245; NØRGAARD (1962), pp. 26 ss.; ORAKHELASHVILI (2001), p. 256; ROUCOUNAS (2002), p. 41; TOMUSCHAT (1999), pp. 150-151; VERZIJL (1969), pp. 3-4.

(e, a montante, de personalidade jurídica) a partir da ausência de uma garantia da norma jurídica²⁵, porquanto as normas jurídicas secundárias não podem ser usadas para qualificar as normas jurídicas primárias²⁶. É verdade que, num sentido quantitativo, *normalmente* a ordem jurídica confere uma garantia em relação a um direito e/ou dever, mas a existência dessa garantia não é um pressuposto ou requisito prévio existencial daquele direito e/ou dever²⁷: no limite, podemos estar perante uma designada *lex imperfecta*²⁸. Esta nota é especialmente relevante no direito internacional, pois neste domínio as garantias são tradicionalmente atribuídas aos Estados ao abrigo do instituto da proteção diplomática (ou de instituto afim, como a proteção pelo Estado de pavilhão), mas não afastam a titularidade de um direito e/ou dever pelo particular ao abrigo das normas jurídicas primárias – e muito menos afastam a qualificação de uma entidade como pessoa jurídica. Por outro lado, as garantias ao dispor dos particulares no direito internacional são escassas e resultam de um acordo de pura conveniência política entre as partes num tratado, não refletindo necessariamente a substância dos direitos e deveres acordados entre as partes²⁹. Nestas situações, a conceção compósita de personalidade jurídica internacional desvaloriza o papel dos órgãos internos na garantia do direito internacional³⁰, apesar de a regra por defeito da norma jurídica internacional – expressa em alguns domínios como os direitos humanos³¹ – ser a do esgotamento dos meios internos³², regra que pressupõe a intervenção primária dos tribunais nacionais. Aliás, se pode haver um direito e/ou dever sem uma garantia associada, então por maioria de razão também pode existir um direito e/ou dever com fonte em direito *internacional* e com uma garantia em direito *interno*. O que é

²⁵ FOURLANOS (1984), p. 21.

²⁶ PETERS (2009), p. 162 e (2016), p. 47.

²⁷ BROWNLIE e CRAWFORD (2019), p. 105; CLAPHAM (2006), p. 74; FOURLANOS (1984), p. 19; LAUTERPACHT (1950), pp. 27, 48, 61 e 159-60; O'CONNELL (1965), p. 109; PETERS (2016), pp. 45 ss.; TOMUSCHAT (1999), p. 150.

²⁸ FOURLANOS (1984), p. 21; HIGGINS (1995), p. 99, em relação aos direitos sociais, económicos e culturais.

²⁹ LAUTERPACHT (1970b), p. 287.

³⁰ ROUCOUNAS (2002), p. 49.

³¹ Cf., *inter alia*, artigo 13.º e o n.º 1 do artigo 35.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como o artigo 25.º e a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 46.º da Convenção Inter-Americana dos Direitos Humanos.

³² PETERS (2009), p. 162, e (2016), p. 49.

importante não perder de vista é que, na ausência de uma garantia de um direito ou dever, uma pessoa jurídica continua a ser *uma pessoa jurídica*³³.

Ademais, seguir esta concepção compósita de personalidade jurídica internacional é ignorar uma trave-mestra do direito internacional: no plano de relações jurídicas primárias, o titular do direito ou dever é um particular, o qual, no plano de relações jurídicas secundárias, é substituído processualmente pelo Estado através de mecanismos de proteção diplomática e afins. Simplesmente, a proteção diplomática é uma forma de compensação pela exclusão dos particulares das instâncias internacionais, mas não do direito internacional³⁴. Basta pensar, por exemplo, nos casos *LaGrand*³⁵ e *Avena*³⁶, em que o TIJ reconheceu a existência de direitos subjetivos de particulares ao abrigo de uma norma de direito internacional, mas aceitando que a sua garantia se encontrava no direito interno. Com efeito, o modelo de dupla titularidade da pretensão jurídica que ainda hoje se encontra vigente em direito internacional³⁷ não tem em vista estabelecer uma regra de *apartheid* em prejuízo dos particulares, mas acautelar a sua posição jurídica em face, por um lado, da sua potencial maior vulnerabilidade em relações jurídicas verticais contra um Estado que não o de sua nacionalidade e, por outro lado, da exiguidade dos meios internacionais de garantia da norma jurídica. No máximo, por isso, a existência de uma garantia colocada na ordem jurídica internacional permite confirmar a existência de um direito e/ou dever na titularidade daquele particular.

Em todo o caso, o que esta concepção compósita demonstra é que o direito internacional se *privou intencionalmente* de um quadro metodológico de análise da subjetividade e capacidade jurídica, porque com

³³ LAUTERPACHT (1970b), pp. 286-287.

³⁴ Cf., *inter alia*, HAFNER (2011), p. 374. Conforme referido no caso *Eritrea v. Yemen*, «[t]hat legal fiction served the purpose of allowing diplomatic representation (where the representing State so chose) in a world in which individuals had no opportunities to advance their own rights» in *In the Matter of an Arbitration pursuant to an Agreement to Arbitrate Dated 3 October 1996, between Eritrea and Yemen (Maritime Delimitation) (Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage of the Proceedings)* [Award, 17 December 1999] PCA Case no. 1996-04, § 101.

³⁵ *LaGrand (Germany v. United States of America)* [Judgment, 27 June 2001], ICJ Rep 466, § 77.

³⁶ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* [Judgment, 31 March 2004], ICJ Rep 12, § 40.

³⁷ PETERS (2016), pp. 171-172. Cf., também, CRAWFORD (2013), p. 77; ROUCOUNAS (2002), pp. 347-348.

isto consegue *negar acesso* à ordem jurídica internacional a sujeitos não-estaduais. O que devia interessar (como prova de uma preexistência de uma personalidade jurídica) é saber quem é o destinatário da norma jurídica internacional – com ou sem garantias nessa ordem jurídica. A devolução feita para os direitos internos em relação à garantia e execução da norma só demonstra a *complementaridade* natural entre o direito interno e o direito internacional.

8. Em nosso entender, uma melhor perspectiva sobre a personalidade e a capacidade jurídica internacional (dos particulares e de qualquer outra entidade) é a veiculada pela conceção formal de personalidade jurídica. Com efeito, se à luz da teoria geral do direito o único requisito para a existência de uma pessoa jurídica é a aptidão abstrata de titularidade de direitos e/ou deveres ao abrigo de uma norma jurídica, então o único elemento relevante para se identificar quem pode ser uma pessoa jurídica em direito internacional é a aptidão abstrata para se ser titular de direitos e/ou deveres ao abrigo de uma norma jurídica internacional³⁸. Claro está que esta conceção acaba por esbater a fronteira entre as relações jurídicas de direito interno e de direito internacional – mas a verdade é que essa fronteira é bem mais artificial do que real.

VI. A origem do equívoco: personalidade e capacidade jurídica

9. Aqui chegados, importa fazer um ponto de ordem e explicar um *equívoco*: por mais que hoje a diferença entre personalidade e capacidade jurídica esteja em crise na teoria geral do direito, a autonomia entre os dois conceitos tem uma utilidade pedagógica de arrumação de ideias. Se a sofisticação do direito interno não exige mais essa cindibilidade conceptual, a sua fusão num sistema jurídico pouco sofisticado como o direito internacional também explica o erro inicial na análise da personalidade jurídica internacional. Aliás, mais do que uma fusão, o que se fez foi substituir o conceito de personalidade pelo conceito de capacidade, ainda que mantendo a designação personalidade³⁹.

³⁸ Cf., *inter alia*, ACCIOLY (1933), p. 71; BRIERLY (1936), p. 44; CLAPHAM (2006), p. 74; HIGGINS (1995), p. 47; LAUTERPACHT (1950), pp. 4-5, e (1970a), pp. 136 e 144-145; MCCORQUODALE (2018), pp. 259, 267-268; PETERS (2016), p. 37, e (2009), p. 161; SHAW (2017), p. 208; TRINDADE (2003), pp. 252-253, e (2010), p. 222; WALTER (2007), §§ 1 e 29.

³⁹ Por vezes, um conceito é usado precisamente com o intuito de definir o outro: *e. g.*, CARREAU e MARRELLA (2012), p. 367.

É neste quadro que se compreende porque referimos que, em direito internacional, só há um tipo de pessoa jurídica. Claro está que todos compreendemos que a posição dos Estados é muito diferente da dos particulares ou das organizações internacionais, mas não há nenhum elemento que permita afirmar a existência de dois, três ou mais tipos de pessoas jurídicas: o que existem são pessoas jurídicas com capacidade jurídica *diferenciada* em função da sua natureza *específica* – querendo com isto dizer *apenas* que um sujeito de direito só pode ser titular dos direitos e/ou estar adstrito aos deveres que sejam compatíveis com a sua natureza. Neste sentido, *toda* a personalidade jurídica (internacional) seria *limitada*⁴⁰: da mesma forma que *só* o Estado dispõe do direito de envio e receção de embaixada, também *só* o indivíduo dispõe do direito à vida ou à integridade física⁴¹. Porém, verdadeiramente, um particular (tal-qualmente qualquer outro sujeito) nunca é uma pessoa jurídica limitada – é, isso sim, uma pessoa jurídica plena, mas com uma capacidade jurídica limitada.

Ademais, ao fundir-se os conceitos de personalidade e capacidade jurídica em direito internacional, criou-se o espaço para um outro equívoco: o de que a personalidade jurídica dos particulares e das organizações internacionais é *fragmentada*. Isto é, em vez de ser pessoa jurídica internacional, um particular é visto como uma pessoa jurídica no microcosmos dos direitos humanos, do direito do investimento ou do direito internacional criminal, mas *não* necessariamente em direito internacional do ambiente ou do uso da força, ou sequer no direito internacional geral⁴². Ou seja, criou-se uma espécie de paradoxo do gato de Schrödinger: dependendo do tratado em questão e de quem o ratificou, os particulares e as organizações internacionais *são* e *não são* pessoas jurídicas ao *mesmo* tempo.

Ora, ambos os equívocos (personalidade jurídica *limitada* e *fragmentada*) na realidade são instrumentos que permitem afastar os particulares da ordem jurídica internacional, pois, ao salientarem a excecionalidade dos direitos e deveres de que são titulares e/ou a que estão adstritos, sugerem que os particulares são meros visitantes ou turistas ocasionais perante a ordem jurídica internacional.

⁴⁰ CLAPHAM (2006), p. 68; JESSUP (1947), p. 393, e (1950), p. 16; O'CONNELL (1965), p. 91; PETERS (2016), p. 43.

⁴¹ SCELLE (1933), pp. 363-364. Mais recentemente, cf. PETERS (2016), pp. 42-43.

⁴² Cf., *inter alia*, BIANCHI (2011), p. 39.

10. Porém, o principal equívoco reside na ideia de personalidade jurídica *múltipla*⁴³, como se um indivíduo com capacidade para agir ao abrigo do(s) direito(s) interno(s) e do direito internacional possuísse não uma, mas várias personalidades jurídicas cumulativas – tantas quantas as ordens jurídicas com as quais tenha alguma conexão. Ademais, para alguma doutrina, não apenas os conceitos são diferentes, como a posse de uma não implica *ipso jure* a posse da outra. Por isso, um particular poderia ser sujeito de direito interno sem ser sujeito de direito internacional, tal como uma organização internacional poderia ser uma pessoa jurídica internacional sem o ser em (algum) direito interno. Todavia, não só o conceito de personalidade jurídica usado no direito interno e no direito internacional é o mesmo, como a pessoa jurídica em si mesma considerada é a mesma, porque não existe uma entidade morfológicamente diferente quando se atravessa a fronteira entre o direito interno e o direito internacional: qualquer indivíduo, atuando no(s) direito(s) interno(s) e no direito internacional, é sempre o *mesmo* indivíduo. A porosidade entre ordens jurídicas só demonstra que uma ordem jurídica pode regular ordens sociais diferentes; e que os sujeitos de direito podem ser (e são!) simultaneamente regulados por ordens jurídicas diferentes⁴⁴. Porém, o facto de o estatuto jurídico de uma pessoa jurídica ser afetado por normas provenientes de várias ordens jurídicas não significa que a sua personalidade jurídica se fragmente ou multiplique. Em certa medida, é a esta ideia que o TIJ se referia no acórdão *Barcelona Traction*, quando declarou que «*international law is called upon to recognize institutions of municipal law that have an important and extensive role in the international field. This does not imply drawing any analogy between its own institutions and those of municipal law, nor does it amount to making rules of international law dependent upon categories of municipal law. All it means is that international law has to recognize the corporate entity as an institution created by States in a domain essentially within their domestic jurisdiction*»⁴⁵. Assim sendo, a personalidade jurídica é um estatuto que virtualmente conecta uma entidade com todas as ordens jurídicas, sendo a sua relevância perante uma ordem jurídica concreta

⁴³ Cf., e. g., COMBACAU e SUR (2016), p. 316.

⁴⁴ JOUANNET (2014), pp. 32-33.

⁴⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)* (2nd Phase) [Judgment, 5 February 1970] ICJ Rep 3, § 38.

medida pela atribuição de direitos e/ou deveres ao abrigo das normas dessa ordem jurídica.

Nesta medida, importa concluir que os Estados, as organizações internacionais e os particulares não são pessoas jurídicas internacionais, porquanto este conceito não existe – são, isso sim, pessoas jurídicas *tout court*, com uma capacidade jurídica eventualmente alargada em virtude de uma norma jurídica internacional. Esta parece uma conclusão menor, mas tem um impacto que pode ser relevante: desde logo, o acesso dos particulares à ordem jurídica internacional não é visto como uma *conquista*, mas antes como algo *implícito* à sua personalidade jurídica; por outro lado, significa ainda que a ordem jurídica internacional é *inclusiva*, porque *aberta* à participação de *qualquer* sujeito de direito.

11. Em certa medida, o equívoco da visão tradicional da doutrina jus-internacional prende-se com o entendimento de que a personalidade jurídica é uma relação entre uma entidade e uma ordem jurídica concreta⁴⁶. Todavia, e em nosso entender, a personalidade jurídica é um estatuto anterior a um sistema jurídico concreto⁴⁷, o que implica, naturalmente, que a personalidade jurídica não decorre de, nem é criada por essa ordem jurídica concreta⁴⁸. Pelo contrário, as normas jurídicas (incluindo as de direito internacional) apenas identificam quem é relevante perante as suas normas e, por essa razão, quem pode ser destinatário das suas normas e ser titular de direitos e/ou estar adstrito a deveres decorrentes dessas normas. Porém, quando uma norma jurídica internacional atribui um direito e/ou dever a um particular ou a outra entidade, não está a criar um novo sujeito de direito, mas antes a reconhecer-lhe relevância e a atribuir-lhe uma capacidade jurídica internacional específica. Aliás, no caso do direito internacional, seria um bizantinismo circular que os Estados, sendo uma criação dos indivíduos, fossem simultaneamente criadores desses mesmos indivíduos.

Por essa razão, quando nos referimos à personalidade jurídica como um centro funcional de alocação de direitos e deveres, é mister ter presente que esse centro é anterior a um sistema jurídico concreto e é pressuposto pela norma jurídica internacional no momento de atribuição

⁴⁶ Cf., e. g., ANZILOTTI (1955), p. 112; COMBACAU e SUR (2016), p. 314.

⁴⁷ QUADRI (1964), p. 376, e (1966), p. 391.

⁴⁸ KOLB (1997), p. 115.

de direitos e/ou deveres⁴⁹ – o que implica, necessariamente, que a noção e a lista de pessoas jurídicas seja unitária⁵⁰ e partilhada entre o direito internacional e os direitos internos. Para além disso, daqui decorre ainda que a autonomia do direito internacional não reside na possibilidade de criar novas pessoas jurídicas, mas antes na decisão de atribuir direitos e/ou deveres jurídicos às *mesmas* pessoas jurídicas. Por isso, se antes referimos provisoriamente que a personalidade jurídica é o instrumento de relevância perante o direito internacional, importa agora salientar que a medida dessa relevância é conferida pelo conceito de capacidade jurídica (essa sim internacional).

12. Noutro plano, do que vai dito decorre que o conceito e a conceção de personalidade jurídica em direito internacional que partilhamos é privada de um conteúdo substantivo e operativo predeterminado⁵¹, como já aflorámos antes. Sendo uma conceção formal e que se reduz à aptidão abstrata de titularidade de direitos e/ou adstrição a deveres ao abrigo de norma jurídica internacional, então dizer-se que alguém é uma pessoa jurídica internacional diz muito pouco sobre o que significa ser-se pessoa jurídica com capacidade jurídica internacional⁵², desde logo porque o normal é que os sujeitos jurídicos com relevância internacional possuam uma capacidade jurídica morfológicamente diferente⁵³. Este esvaziar da noção de personalidade jurídica em direito internacional não é surpreendente, pois é o resultado natural do alargamento da relevância jurídica internacional a sujeitos não-estaduais, os quais não possuem um denominador sociológico comum, ou sequer uma capacidade jurídica mínima partilhada entre todos⁵⁴.

VII. Conclusão

13. Em face do exposto, há uma conclusão que importa destacar: ao contrário do que é referido nos manuais de direito internacional público, não existe uma personalidade jurídica internacional – mas uma

⁴⁹ KOLB (1997), p. 116.

⁵⁰ KOLB (1997), p. 115; QUADRI (1964), p. 424.

⁵¹ Cf., *inter alia*, PARLETT (2011), p. 38; O'CONNELL (1965), p. 80.

⁵² Cf. *inter alia*, CLAPHAM (2006), p. 71; FOURLANOS (1984), p. 18.

⁵³ BARBERIS (1983), pp. 169-170; MOSLER (1964), p. 240, mas referindo-se à capacidade jurídica como sinónimo de personalidade jurídica.

⁵⁴ MOSLER (1964), p. 241.

personalidade jurídica *tout court*, una e partilhada com os direitos internos. Essa qualificação («internacional») reporta-se à sua capacidade jurídica, medida em função dos direitos e/ou deveres que sejam atribuídos a uma pessoa jurídica por operação de uma norma jurídica internacional: é este o código binário que permite medir a sua relevância jurídica internacional.

Neste quadro, a relevância jurídica internacional de um Estado, de uma organização internacional ou de um particular deve decorrer apenas do facto de estas entidades serem destinatárias de normas jurídicas internacionais, o que, a montante, deve ser o produto simples de uma operação interpretativa da norma jurídica internacional, libertada de qualquer comprometimento ideológico em favor ou contra a participação de qualquer entidade.

Quaisquer outras conceções (incluindo a visão de que existe uma personalidade jurídica *internacional* que opera de forma autónoma, fragmentada, limitada e complementar) não descrevem a realidade sociológica do direito internacional e são, no final, instrumentos que têm em vista uma recusa ideologicamente fundada de relevância jurídico-internacional de sujeitos não-estaduais.

Bibliografia

- ACCIOLY, Hildebrando, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. 1, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1933.
- ANZILOTTI, Dionisio, *Corso de diritto internazionale*, vol. 1, *Introduzione – Teorie Generali*, Cedam, Pádua, 1955.
- BARBERIS, Julio, «Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 179, 1983, pp. 145-285.
- BIANCHI, Andrea, «The Fight for Inclusion: Non-State Actors and International Law», in Ulrich Fastenrath, Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Andreas Paulus, Sabine von Schorlemer e Christoph Vedder (coord.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 39-57.
- BRIERLY, James, «Règles générales du droit de la paix», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 58, 1936, pp. 5-237.
- BROWNLIE, Ian, e CRAWFORD, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2019.
- CARREAU, Dominique, e MARRELLA, Fabrizio, *Droit international*, 11.^a ed., Éditions A. Pedone, Paris, 2012.

- CHENG, Bin, «Introduction to Subjects of International Law», in Mohammed Bedjaoui (coord.), *International Law: Achievements and Prospects*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, pp. 23-40.
- CHEN, Lung-chu, *An Introduction to Contemporary International Law – A Policy-Oriented Perspective*, 3.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2015.
- CLAPHAM, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- COMBACAU, Jean, e SUR, Serge, *Droit international public*, 12.^a ed., LGDJ, Paris, 2016.
- CRAWFORD, James, *State Responsibility – The General Part*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- DAILLIER, Patrick, FORTEAU, Mathias, PELLET, Alain, e DINH, Ngyuen Quoc, *Droit international public*, 8.^a ed., LGDJ, Paris, 2009.
- DUPUY, Pierre-Marie, e KERBRAT, Yann, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2016.
- FOURLANOS, Gerasimos, «Subjectivity in International Law and the Position of the Individual», *Nordisk Tidsskrift for International Ret.*, vol. 53, 1984, pp. 9-25.
- HAFNER, Gerhard, «The Emancipation of the Individual from the State under International Law», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 358, 2011, pp. 263-453.
- HIGGINS, Rosalyn, *Problems and Process – International Law and How We Use It*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- JESSUP, Philip, «The Subjects of a Modern Law of Nations», *Michigan Law Review*, vol. 45, 1947, pp. 383-408.
- JESSUP, Philip, *A Modern Law of Nations – An Introduction*, The MacMillan Company, Nova Iorque, 1950.
- JOUANNET, Emmanuelle, *A Short Introduction to International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- KJELDGAARD-PEDERSEN, Astrid, *The International Legal Personality of the Individual*, 1.^a edição, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- KLABBERS, Jan, *International Law*, 3.^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- KOLB, Robert, «Une observation sur la détermination de la subjectivité internationale», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 52, 1997, pp. 115-125.
- LAUTERPACHT, Hersch, *International Law and Human Rights*, Stevens & Sons Ltd., Londres, 1950.
- LAUTERPACHT, Hersch, «The Subjects of International Law», in Elihu Lauterpacht (coord.), *International Law – Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge, 1970a, pp. 136-150.
- LAUTERPACHT, Hersch, «The Subjects of International Law», in Elihu Lauterpacht (coord.), *International Law – Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge, 1970b, pp. 279-307.
- LOBEL, Jules, «Courts as Forums for Protest», *UCLA Law Review*, vol. 52, 2004, pp. 477-561.

- McCORQUODALE, Robert, «The Individual and the International Legal System», in Malcolm Evans (coord.), *International Law*, 5.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2018.
- MCDUGAL, Myres, e LASSWELL, Harold, «The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order», *American Journal of International Law*, vol. 53, 1959, pp. 1-29.
- MOSLER, Hermann, «Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public», in *Mélanges offerts à Henri Rolin – Problèmes du droit des gens*, Éditions A. Pedone, Paris, 1964, pp. 228-251.
- NIJMAN, Janne, *The Concept of International Legal Personality*, T.M.C. Asser Press, A Haia, 2004.
- NØRGAARD, Carl, *The Position of the Individual in International Law*, Bjnar Munksgaard, Copenhagen, 1962.
- O'CONNELL, D.P., *International Law*, vol. 1, Stevens & Sons Ltd., Londres, 1965.
- ORAKHELASHVILI, Alexander, «The Position of the Individual in International Law», *California Western International Law Journal*, vol. 31, 2001, pp. 241-276.
- PARLETT, Kate, *The Individual in the International Legal System – Continuity and Change in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- PETERS, Anne, «Membership in the Global Constitutional Community», in Jan Klabbers, Anne Peters e Geir Ulfstein (coord.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 153-262.
- PETERS, Anne, *Beyond Human Rights – The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- PORTMANN, Roland, *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- QUADRI, Rolando, «Cours général de droit international public», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 113, 1964, pp. 237-483.
- QUADRI, Rolando, *Corso di diritto internazionale pubblico*, Libreria Scientifica, Nápoles, 1966.
- ROUCOUNAS, Emmanuel, «Facteurs privés et droit international public», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 299, 2002, pp. 9-420.
- SCELLE, Georges, «Règles générales du droit de la paix», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 46, 1933, pp. 331-697.
- SHAW, Malcolm, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- TOMUSCHAT, Christian, «International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century – General Course on Public International Law», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 281, 1999, pp. 9-438.
- TRINDADE, Antônio Cançado, «A consolidação da personalidade e da capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional», *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 16, 2003, pp. 237-288.
- TRINDADE, Antônio Cançado, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.

- TULLY, Stephen, *Corporations and International Lawmaking*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.
- VATTEL, Emer de, *The Law of Nations*, Liberty Fund, Indianápolis, 2008.
- VERZIJL, J.H.W., *International Law in Historical Perspective*, vol. II, *International Persons*, Sijthoff, Leiden, 1969.
- WALTER, Christian, «Subjects of International Law», in *Max Planck Encyclopedias of Public International Law*, 2007.
- WEIL, Prosper, «Le droit international en quête de son identité. Cours générale de droit international public», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 237, 1992, pp. 9-370.

Desafiando os clássicos: Personalidade e capacidade no direito civil do século XXI¹

DIOGO COSTA GONÇALVES*

Agradeço à Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, na pessoa da Senhora Professora Doutora Elsa Vaz de Sequeira, o amável convite para participar nesta *Católica Talk* e a possibilidade de refletir convosco sobre um tema que me vem inquietando, desde há uns anos.

Agradeço também a presença da Senhora Professora Judith Martins-Costa – nome incontornável da cultura jurídica brasileira e que muito admiro – a honra de comentar a minha exposição, permitindo assim que este diálogo científico transpusesse oceanos e nos reunisse, de novo, na mesma pátria da língua portuguesa, tratando sobre um tema tão pertinente no Brasil, quanto em Portugal.

Desafiando os clássicos... que ousadia! Os clássicos são-no, justamente, por resistirem ao desafio da crítica e ao galopar da história. Permanecem como critério seguro de conhecimento, sobrevivem ao contexto que os gerou e reinventam-se em cada geração, sem perderem a sua identidade.

Mas, como dizia o poeta, «favorece a fortuna a ousadia»²... ousemos, pois, desafiar o consenso generalizado em torno da distinção entre personalidade e capacidade jurídica e vejamos em que medida um outro paradigma dogmático lograria uma melhor capacidade explicativa e heurística do direito vigente.

* Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola de Lisboa, Católica Research Centre for the Future of Law, <https://orcid.org/0000-0002-8181-1512>

¹ O presente artigo é amplamente baseado na sessão das *Católica Talks* que teve lugar a 26 de outubro de 2021, organizada pelo Católica Research Centre for the Future of Law e com comentário da Prof.^a Doutora Benedita Queiroz, bem como no Capítulo II da nossa obra *Private Actors as Participants in International Law – A Critical Analysis of Membership under the Law of the Sea* (Hart, 2021). Por essa razão, há um tom coloquial que foi mantido propositadamente.

² LUÍS VAZ DE CAMÕES, *Nunca em amor damnou o atrevimento* (soneto).

Não trago a esta nossa conversa nada de novo. O que venho sustentando encontra-se, no essencial, já vertido em obra escrita³. Os anos que foram passando e as incursões em outros lugares do sistema foram, no entanto, confirmando a intuição inicial: a necessidade de regressarmos ao *monismo conceptual*, deslocando definitivamente a noção de personalidade jurídica para o âmbito da tutela da personalidade.

1. Enquadramento

A distinção entre capacidade e personalidade jurídica é bastante recente na cultura jurídica europeia. Em pleno século da codificação, os conceitos eram usados como sinónimos (como vemos suceder no art. 1.º do Código SEABRA), quando não desconhecida a sua distinção⁴.

Este cenário alterou-se ao longo do século XX. A denominada *justificação tradicional da capacidade jurídica (traditionelle Begründung der Rechtsfähigkeit)*⁵ viu na capacidade a possibilidade de ser titular de direitos subjetivos os quais, na orientação também ela tradicional, eram entendidos como um poder da vontade.

O reconhecimento de uma vontade juridicamente relevante exigia, como condição prévia, a identificação do sujeito a quem tal vontade se pudesse imputar. No espaço germânico, o conceito de *Rechtspersönlichkeit* realizou, justamente, esse desiderato.

«O conceito de direito (subjetivo) reconhecido pelo ordenamento como um poder relevante dirigido à satisfação de interesses humanos, requer um sujeito a quem o poder é conferido, um sujeito jurídico ou, como igualmente se diz no discurso jurídico, uma pessoa. A personalidade não é um direito subjetivo mas sim uma qualidade jurídica, pressuposto de todos os direitos e obrigações, da capacidade jurídica.»⁶

³ GONÇALVES (2015); GONÇALVES (2015a); GONÇALVES (2019); GONÇALVES (2020) e, mais recentemente, GONÇALVES (2022), pp. 99 e ss.

⁴ Com referências, veja-se GONÇALVES (2015a), pp. 212-150.

⁵ Por exemplo, MESCHKOWSKI (2006), p. 34.

⁶ ENNECCERUS/KIPP/WOLFF (1926), § 76.º, p. 185.

A personalidade jurídica surge, assim, como um conceito qualitativo: a qualidade jurídica (*rechtliche Eigenschaft*) em virtude da qual se é pessoa, em direito. Expressa, assim, o denominador comum a todos os sujeitos jurídicos. É-se pessoa (seja qual for a natureza) porque se possuiu a qualidade da *Rechtspersönlichkeit*. A capacidade jurídica, não podendo existir separadamente daquela, surge conceptualmente distinta.

Ainda no espaço germânico, foi-se sedimentando a distinção de SAVIGNY entre *Rechtsfähigkeit* e *Handlungsfähigkeit*⁷. O leque conceptual alargou-se significativamente: termos como *Geschäfts-*, *Handlungs-* e *Deliktsfähigkeit* passaram a coabitar com a utilização dos conceitos *Rechtspersönlichkeit* e *Rechtsfähigkeit*⁸.

O legislador jogou ainda um papel decisivo. Na AktG 1937, a sociedade anónima surgiu definida no § 1.º como uma sociedade «*mit eigener Rechtspersönlichkeit*»⁹. A este contributo, some-se o que já dispunha o § 124 HGB acerca da capacidade das oHG e KG. Também no § 11.º InsO, o legislador construiu a disposição normativa mediante o recurso conceptual aos conceitos *juristische Person*, *Rechtspersönlichkeit* e *Rechtsfähigkeit*.

À medida que a ciência jurídica alemã ganhava protagonismo, a distinção entre capacidade e personalidade jurídica foi-se comunicando a outras ordens jurídicas¹⁰.

Entre nós, os elementos essenciais da distinção surgem cinzelados logo nos primeiros lustros do século XX. Para GUILHERME MOREIRA, por exemplo, a *personalidade* correspondia à qualidade jurídica de ser pessoa (tal como referia o art. 1.º do Código SEABRA)¹¹; já *capacidade* era entendida como a «*medida do poder jurídico*» ou a «*susceptibilidade do exercício pessoal dos poderes que por lei são atribuídos a uma pessoa*»¹².

⁷ SAVIGNY (1840), § 60.

⁸ Veja-se uma proposta de distinção dos conceitos *in* FABRICIUS (1963), pp. 31 e ss.

⁹ Com referências, cfr. SCHMIDT (2009), pp. 211-233.

¹⁰ Com referências sumárias, veja-se GONÇALVES (2015a).

¹¹ MOREIRA (1907), p. 153.

¹² MOREIRA (1907), pp. 170 e 171. O autor acusa a receção da distinção entre capacidade de gozo e de exercício, sem que no entanto lhe dedique maior atenção.

Aprofundada e divulgada por autores de nomeada – CABRAL MONCADA¹³, CUNHA GONÇALVES¹⁴, JOSÉ TAVARES¹⁵, MANUEL DE ANDRADE¹⁶ *et alia* –, a distinção entre os conceitos torna-se *communio opinio* na primeira metade do século XX e transita, sem especiais críticas, para a segunda codificação portuguesa.

2. Revisão crítica

Se consolidada, a distinção em causa não é isenta de críticas. A primeira dificuldade está associada a uma sobreposição conceptual e linguística entre personalidade jurídica e capacidade de gozo.

Para este facto chamava a atenção, desde logo, MANUEL DE ANDRADE:

«A capacidade jurídica, enquanto capacidade de gozo de direitos, ou simplesmente de direitos (*Rechtsfähigkeit*), como hoje costuma dizer-se lá fora, é inerente à personalidade jurídica. São mesmo conceitos idênticos (art. 1.º do Cód. Civ.).

Não se pode ter personalidade e ser-se inteiramente desprovido de capacidade. Nem o contrário. O que pode é ser mais ou menos circunscrita a capacidade jurídica de uma pessoa; e quando se alude à possibilidade deste fenómeno e aos termos em que ele se verifica, usa falar-se antes de capacidade que de personalidade.»¹⁷

O que afirma o autor merece ser ponderado com cuidado.

O conceito de *capacidade*, enquanto medida concreta de uma suscetibilidade abstrata (de uma qualidade jurídica), não é inteligível no discurso jurídico se, no ato comunicativo em causa, não se pressupuser a existência dessa mesma suscetibilidade. É uma exigência *lógico-jurídica*:

¹³ MONCADA (1954), p. 263.

¹⁴ GONÇALVES (1929), pp. 168-170.

¹⁵ TAVARES (1928), p. 5.

¹⁶ ANDRADE (1960), pp. 30 e ss.

¹⁷ ANDRADE (1960), pp. 30-31.

certo sujeito só é capaz de um direito ou obrigação se, em abstrato, for suscetível de direitos e obrigações.

É mister, portanto, concluir que se há capacidade jurídica é porque existe personalidade jurídica.

Se o que fica dito não oferece especiais dúvidas, já a afirmação de MANUEL DE ANDRADE segundo a qual «*não se pode ter personalidade e ser-se inteiramente desprovido de capacidade*» levanta maiores dificuldades. Isto porque, no plano estritamente conceptual, é possível ao jurista conceber a personalidade jurídica, com um conteúdo útil, sem que o mesmo conceito exija a determinação concreta dos direitos e obrigações em causa (*i. e.*: a capacidade).

A afirmação é, contudo, verdadeira se atendermos no facto de que o que se está a afirmar é a impossibilidade de certo sujeito *ter* personalidade sem capacidade, e não a impossibilidade de *conceber* a personalidade sem capacidade.

No plano puramente abstrato, é possível conceber os dois conceitos separadamente. Porém, na concretização do processo aplicativo do direito, *a capacidade consome a personalidade*.

Por outras palavras: ser suscetível de direitos e obrigações é sempre ser suscetível de *certos* direitos e obrigações. A atribuição a determinado sujeito de personalidade jurídica é esvaziada de sentido se não for acompanhada de uma concretização dos direitos e obrigações que, *in casu*, tal sujeito pode titular. É que *direitos e obrigações* não existem em estado puro. Não são enteléquias no ordenamento. Poderão ser tomados como conceitos técnico-jurídicos de natureza abstrata, mas são principalmente realidades socioculturais que convocam a aplicação de regimes normativos concretos, com uma função juseconómica e uma concreta dimensão valorativa.

Quando se afirma que alguém é suscetível de direitos e obrigações, não se está a querer dizer que é suscetível de uma abstração técnico-jurídica, mas sim que lhe pode ser aplicado certo regime normativo.

Podemos ir mais longe: a personalidade jurídica, enquanto suscetibilidade abstrata e conceito estritamente qualitativo, apenas «*existe*», por si e desligada da capacidade, quando independente de um sujeito. No momento em que a personalidade *inere* a um concreto sujeito (por reconhecimento ou atribuição normativa), ela confunde-se com a noção de capacidade de gozo e perde autonomia.

O que fica dito não é tudo se ignorarmos a acentuada dimensão valorativa subjacente à distinção entre personalidade e capacidade jurídica.

Ela justifica, em última instância, o sucesso consagrado de uma distinção conceptual quase exclusivamente baseada na *insustentável leveza* de um critério qualitativo *vs.* quantitativo.

A técnica jurídica da *personificação* surge associada, por via de regra, à atribuição da personalidade jurídica que, deste modo, aparece como a qualidade de ser pessoa, em direito.

Ora, o conhecimento de experiências histórico-jurídicas que negaram ao Homem a qualidade de pessoa, bem como a existência de *incapacidades*, eivaram o discurso de uma dimensão valorativa a que deveria ser alheia a crescente tecnicização dos conceitos. Sentiu-se a necessidade, no fundo, de enfatizar a qualidade jurídica de pessoa – a mesma para todos –, ainda que *in casu* se estivesse a lidar com situações de incapacidade¹⁸.

Deste modo, o conceito técnico de personalidade jurídica sofreu uma *contaminação valorativa* do universo significativo-ideológico associado à própria noção de pessoa. Os ventos do *personalismo jurídico*, largamente difundidos no século XX, favoreceram, aliás, tal contaminação.

Este facto, porém, evidencia as limitações associadas à aplicação do conceito personalidade jurídica a entes inumanos. É que estes não carecem de uma ponderação valorativa semelhante à que se faz quanto à pessoa física.

Se do ponto de vista axiológico é reconhecido sentido na afirmação que a pessoa humana goza sempre de personalidade jurídica enquanto expressão da sua própria qualidade ontológica, quanto à pessoa coletiva tal não acontece: a personificação só se justifica em razão de uma medida concreta de capacidade.

Não há substrato ôntico que suporte, portanto, a dimensão valorativa associada ao conceito.

3. O problema da relatividade dos conceitos

Esta última observação conduz-nos pela mão a uma outra dificuldade associada à distinção entre personalidade e capacidade jurídica: a questão da *relatividade* dos conceitos, em particular da personalidade jurídica.

¹⁸ CORDEIRO (2019), p. 359.

O entendimento da *capacidade jurídica* como um conceito relativo foi especialmente divulgado por FABRICIUS, a quem se atribui a paternidade da *Theorie der relativen Rechtsfähigkeit*¹⁹.

Segundo o autor, a capacidade não deveria ser entendida como abstração conceptual axiologicamente determinada (em especial pelo princípio da igualdade) mas antes conhecida a partir de um concreto regime normativo²⁰ e tendo em conta as naturais diferenças no plano da atuação dos diversos sujeitos de direito individualmente considerados²¹.

Daqui resultava que a atribuição de capacidade jurídica nunca seria absoluta (mesmo para as pessoas físicas), estando sempre sujeita a *certa medida*. Dever-se-ia, portanto, falar em capacidade jurídica parcial (*Teilrechtsfähigkeit*) ou relativa (*relative Rechtsfähigkeit*).

A ordem jurídica – a manter-se a identificação entre *Rechtsfähigkeit* e *Person* – poderia operar assim personificações mitigadas, ou limitadas a certo âmbito de atividade jurígena, dando origem a uma graduação do conceito de pessoa (*Gradualisierung des Personkonzepts*)²² e à criação de pessoas jurídicas parciais (*juristische Teil-Personen*).

A *Theorie der relativen Rechtsfähigkeit* esteve longe de conhecer uma receção entusiasta no espaço germânico, mas regressou à boca de cena, no dobrar no século XXI, com a decisão BGH de 29/01/2001 e com os ricos desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais que se lhe seguiram²³.

Em Portugal, o problema da relativização dos conceitos é conhecido, mas tratado com um enquadramento distinto, determinado por dois fatores:

(i) mercê do dualismo conceptual dominante, ao conceito de *capacidade* preside já uma ideia de quantidade ou medida, de onde a relatividade da capacidade jurídica é de fácil aceitação sem que os autores tenham porque alterar os padrões dogmáticos gerais em que vêm argumentando;

(ii) ao passo que no § 1.º BGB permanece a atribuição da *capacidade* com o nascimento, a opção do legislador português de 1966 foi (conceptualmente) distinta: com nascimento completo e

¹⁹ FABRICIUS (1963).

²⁰ FABRICIUS (1963), p. 235 e *passim*.

²¹ FABRICIUS (1963), p. 55, superando a mera distinção entre pessoas físicas e jurídicas.

²² Com desenvolvimento, cfr. DAMM (2002), pp. 866 e ss.

²³ Com referências, cfr. GONÇALVES (2015), pp. 566 e ss.

com vida *acquire-se a personalidade jurídica*, que se extinguirá com a morte natural (arts. 66.º e 68.º CC).

Daqui decorre que os núcleos problemáticos subjacentes à *Theorie der relativen Rechtsfähigkeit*, com base nos quais FABRICIUS procede à sustentação juspositiva da sua tese, viriam a ser equacionados, em Portugal, sob a égide da personalidade jurídica.

Assim, o problema da situação jurídica do nascituro foi entre nós reconduzido à questão de saber se a pessoa concebida e não nascida goza de personalidade jurídica (não obstante o regime disposto no art. 66.º CC)²⁴. Do mesmo modo, a atribuição normativa de capacidade (mormente capacidade judiciária) a realidades não personalizadas colocou a questão de saber se, afinal, a atribuição da personalidade jurídica não podia ser gradual ou relativa, conduzindo ao reconhecimento de *juristische Teil-Personen* ou, na terminologia de PAULO CUNHA, *pessoas coletivas rudimentares*.

Com efeito, à semelhança da doutrina tradicional alemã, também em Portugal domina a construção segundo a qual, para haver capacidade jurídica, basta a suscetibilidade da titularidade concreta de um único direito ou obrigação. Se a certa realidade se reconhece a titularidade de um único direito ou obrigação que seja, então tal significa que estamos perante um caso de capacidade jurídica e, logo, de personalidade jurídica (caso contrário não haveria capacidade), de onde se deve afirmar que tal realidade se encontra juridicamente personificada.

O problema coloca-se quando a atribuição de capacidade é feita quanto a realidades que *resistem* à personificação, quer por razões histórico-dogmáticas, quer porque o âmbito concreto da suscetibilidade de direitos e obrigações é tão circunscrito e instrumental que desdiz da dimensão significativo-ideológica da personificação e da sua real utilidade heurística.

Um exemplo paradigmático desta hipótese é o condomínio, ao qual a lei, não reconhecendo personalidade jurídica, atribui capacidade de representação [art. 1436.º*i*], capacidade judiciária [arts. 1433.º/6 e 1437.º CC e art. 12.º *e*] CPC] e uma estrutura organizativa.

²⁴ Para um enquadramento geral, ASCENSÃO (2000), pp. 50 ss.; CAMPOS/ BARBAS (2001); CHORÃO (1991); CORDEIRO (2019), pp. 364-365; e GONÇALVES (2000). Veja-se, também, GONÇALVES (2022), pp. 246 e ss.

Para estes casos, há duas hipóteses: ou (i) não se retiram todas as consequências da atribuição de capacidade em nome de outras dimensões axiológicas e dogmáticas convocadas no processo aplicativo do direito (como sejam, no caso do condomínio, a sua ligação congénita a formas jurídicas de propriedade²⁵); ou (ii) se obedece à estrita lógica jurídica e reconhece que, havendo capacidade, há personalidade jurídica.

Nesta última hipótese, a noção de personalidade parcial ou rudimentar ajudará a explicar que a ordem jurídica pode reconhecer uma suscetibilidade de direitos e obrigações circunscrita a certo universo de titularidade²⁶, mas tal construção não deixa de colocar sérias dificuldades à distinção e articulação entre os conceitos personalidade e capacidade.

Se personalidade coletiva é personalidade jurídica, então as pessoas coletivas rudimentares são uma quantificação de um conceito qualitativo (que, enquanto expressão da qualidade de pessoa, é inquantificável) e a manutenção da distinção entre capacidade e personalidade torna-se cada vez mais insustentável: na medida em que a personalidade é quantificada, confunde-se com a própria noção de capacidade (também ela de suscetibilidade abstrata).

Do mesmo modo, uma *personificação relativa* de realidades supraindividuais, em oposição ao carácter absoluto da personalidade das pessoas físicas, parece comprometer a unicidade conceptual em que nos movemos.

Poder-se-á falar ainda em personalidade jurídica como conceito universal no discurso jurídico?

4. Retorno ao *monismo conceptual*

Chegamos, assim, ao âmago da nossa reflexão.

A distinção entre personalidade e capacidade jurídica integra o património comum da cultura jurídica europeia... é um *clássico*, portanto! Ainda assim, tenho ousado desafiá-la, partindo das insuficiências já apontadas e que são, em síntese, as seguintes:

²⁵ É, no fundo, o denominador comum das diversas orientações dogmáticas que veem na propriedade horizontal uma forma de propriedade ou, pelo menos, um direito real. Com desenvolvimento e referências, cfr., por exemplo, ASCENSÃO (1993), pp. 463 e ss.; CORDEIRO (1993), pp. 639 e ss.; FERNANDES (2009), pp. 399 e ss.; JUSTO (2012), pp. 329 e ss.; LEITÃO (2012), pp. 312 e ss.; e VIEIRA (2008), pp. 738 e ss.

²⁶ É a posição de RUI PINTO DUARTE quanto ao condomínio, vendo nele uma pessoa coletiva rudimentar. Cfr. DUARTE, (2007), p. 125.

(i) A distinção entre a natureza *qualitativa* do conceito personalidade, por oposição à natureza *quantitativa* da capacidade, não conhece relevância no plano da resolução de casos concretos e apenas se justifica pela dimensão valorativa que lhe subjaz.

Não fora em causa estar a qualidade de pessoa – e o universo significativo que a mesma convoca –, a conceptualização de uma suscetibilidade qualitativa de direitos e obrigações não teria sido possível ou, pelo menos, sustentável.

(ii) A distinção entre personalidade e capacidade apenas é concebível no puro plano abstrato. A personalidade jurídica, enquanto suscetibilidade abstrata e conceito estritamente qualitativo, apenas «*existe*» por si e desligada da capacidade quando pensada independentemente de um sujeito. No momento em que, no discurso jurídico, a personalidade é predicada quanto a um concreto titular – *i. e.*: quando o conceito é utilizado no processo aplicativo do direito –, ela confunde-se com a noção de capacidade e perde autonomia.

(iii) Por fim, a relativização da personalidade jurídica na dogmática portuguesa (*maxime* na doutrina das pessoas rudimentares) traz duas grandes dificuldades de sustentabilidade do tradicional quadro conceptual.

Em primeiro lugar, conduz à quantificação de um conceito qualitativo. Se a distinção entre personalidade e capacidade é feita exclusivamente a partir da afirmação qualitativa da primeira e quantitativa da segunda, tratar a personalidade com certa medida é quantificar um conceito qualitativo e comprometer a própria possibilidade de distinção: se, afinal, o conceito de personalidade é quantitativo (podendo-se ser mais ou menos pessoa), nada o distingue da capacidade.

Em segundo lugar, na medida em que a relativização da personalidade jurídica apenas se coloca quanto às pessoas coletivas (a pessoa singular nunca é *Teil-Personen*), fica comprometida a unicidade e universalidade dos conceitos.

Das insuficiências apontadas cumpre retirar consequências.

A distinção entre personalidade e capacidade jurídica não deve estar condicionada pela dimensão axiológico-valorativa a que já fizemos referência. Esta surge como um *corpo estranho* na distinção. Um *corpo*

cuja presença se compreende pelos circunstancialismos históricos já conhecidos, mas ainda assim *estranho* e cuja presença está na origem de muitas das tensões assinaladas.

Procuremos, portanto, delinear uma distinção entre capacidade e personalidade jurídica a que seja alheia a dimensão valorativa reconhecida a este último conceito... Tal distinção, porém, não se afigura possível. Se se excluir a dimensão valorativa, a distinção entre uma suscetibilidade qualitativa de direitos e obrigações, enquanto conceito destinado a indicar a qualidade de ser pessoa, e uma medida concreta de suscetibilidade torna-se tautológica.

O conceito-medida de capacidade comporta, por si, a suscetibilidade abstrata, suscetibilidade essa que, como vimos, sem dimensão valorativa, não existe em estado puro no processo aplicativo do direito.

Temos, portanto, que os conceitos de personalidade e capacidade jurídica obtêm *in solidum* a mesma eficácia dogmática: falta a possibilidade de distinção.

Basta-nos, assim, um único conceito para operar o processo aplicativo do direito: o conceito de *capacidade jurídica*.

A capacidade consiste na suscetibilidade da titularidade de direitos e obrigações. É um conceito *qualitativo* (como sublinhava BEUTHIEN²⁷) na medida em que expressa uma aptidão ou faculdade, inerente a certo sujeito.

Mas é igualmente um conceito *quantitativo*, já que qualidade e quantidade não se excluem: a qualidade da capacidade jurídica é atribuída ao sujeito em certa medida de direitos e obrigações (capacidade de gozo)²⁸.

O retorno a um *monismo conceptual* não é uma opção isolada na dogmática continental; antes segue acompanhada, em especial na Alemanha, por autores como RITTNER²⁹, SCHMIDT³⁰ e WOLFF³¹, por exemplo³².

²⁷ BEUTHIEN (2003), p. 718 (35): «O conceito de *Rechtsfähigkeit* deve ser entendido como qualitativo e não quantitativo». Esta nota surge na exposição do autor como uma justificação da rejeição da *Teilrechtsfähigkeit*.

²⁸ Neste sentido, poder-se-á entender a capacidade como um *Ordnungsbegriff* e, como tal, suscetível de gradação. Cfr. HEMPEL/OPPENHEIM (1936), pp. 21 e ss.

²⁹ RITTNER (1973), p. 251.

³⁰ SCHMIDT (2009), p. 10.

³¹ WOLFF (1933), p. 128.

³² Porque ilustrativa, retenha-se a lição de LEHMANN: «*Rechtspersönlichkeit* e *Rechtsfähigkeit* não são mais idênticas nos termos da lei. Isto deve ser lamentado, por várias razões. Por um lado, a identificação do conceito de *Rechtsperson* com o de *Rechtsfähigkeit* tem longa tradição[...] Pese embora um termo linguístico não ser para

A argumentação em sistema monista evita muitos dos óbices apontados à distinção dos conceitos. Nos últimos anos, venho chamando a atenção para três exemplos que julgo serem paradigmáticos:

(i) Em sede de sociedades comerciais, o sistema monista lança luz sobre o alcance normativo do art. 5.º do CSC: em causa não está o momento atributivo de personalidade mas sim o início do privilégio da responsabilidade limitada, associada ao efeito liberatório do registo³³. A capacidade, essa, existe em momento anterior.

(ii) No caso das fundações, o reconhecimento não tem efeito constitutivo (art. 158.º/2 do CC e art. 6.º/1 da Lei-Quadro das Fundações). Tal daria lugar, aliás, a uma *personificação intermitente*, dada a possibilidade de suspensão do reconhecimento (prevista no art. 7.º/5 da Lei-Quadro das Fundações). O verdadeiro efeito do reconhecimento é, também nesta sede, a limitação da responsabilidade. A capacidade jurídica das fundações existe em momento anterior ao reconhecimento³⁴.

(iii) Mais significativamente: o nascimento completo e com vida não atribui personalidade jurídica; o nascituro é capaz desde a concepção. O que ocorre, com o nascimento, é a expansão da capacidade de gozo (que se torna tendencialmente ilimitada)³⁵.

sempre imutável, devem considerar-se pelo menos as raízes histórico-espirituais das tradições, com as quais se quebra.

Por outro lado, a diferença entre personalidade jurídica e capacidade jurídica é contrária à terminologia estrangeira. Em outros Estados, ambas são, simplesmente, equiparadas. Assim, o conceito alemão de personalidade jurídica é usado pelos nossos vizinhos suíços, tal como antes, no sentido de capacidade jurídica. Em Inglaterra e França designa-se com os conceitos “*legal personality*” ou “*personnalité juridique*” a característica de poder ter direitos e obrigações, ou seja, a capacidade jurídica no sentido alemão. Esta utilização linguística internacional tem, de facto, consequências para o nosso discurso jurídico. Escreve-se, por exemplo, na literatura jurídica alemã acerca da personalidade jurídica da União Europeia, quando se está a referir a sua capacidade jurídica. A nova distinção entre personalidade e capacidade jurídica introduzida no Direito das sociedades terá dificuldade em impor-se face à terminologia internacional utilizada. Existe aqui, de facto, uma nova confusão conceptual [por referência a BEUTHIEN]. Isto é nomeadamente lamentável no contexto da unificação dos ordenamentos jurídicos europeus.» Cfr. LEHMANN (2007), pp. 241-242.

³³ GONÇALVES (2015), pp. 594 e ss.

³⁴ GONÇALVES (2020).

³⁵ GONÇALVES (2022), pp. 258 e ss.

Alguma doutrina mais recente vai dando nota desta proposta científica, embora sem acolhimento³⁶.

5. A personalidade jurídica como bem de personalidade

Que fazer, então, do conceito de personalidade jurídica?

As preocupações axiológico-valorativas associadas à distinção dos conceitos personalidade e capacidade são nevrálgicas para o sistema. A afirmação de uma mesma qualidade jurídica de pessoa, reconhecida pelo ordenamento a todos, mesmo diante das situações de variação ou mitigação da concreta capacidade de direitos e obrigações, é uma ponderação jurídica nuclear que não pode ser desprezada.

Ora, é justamente esta função axiológico-valorativa que é servida pelo conceito de personalidade jurídica. Recorde-se o que ensina CARLOS MOTA PINTO:

«São pessoas para o direito todos os homens ou só alguns? E quais?

A estas perguntas dá o nosso atual direito a resposta contida no princípio humanista que, com vários fundamentos filosóficos (racionalistas, religiosos, etc.), corresponde ao ideal de justiça (a um princípio de direito natural «*hoc sensu*») vigente no espaço cultural onde nos situamos e no tempo em que vivemos. Reconhece-se personalidade jurídica a todo o ser humano a partir do nascimento completo e com vida (art. 66.º/1).

Dá-se, assim, expressão a uma exigência da natureza e da dignidade do homem que, de vários quadrantes, se afirma dever ser reconhecida pelo direito objetivo.»³⁷

Tal dimensão jusvalorativa, como sublinhei, é exclusiva da personalidade singular. Mas é também própria da *tutela da personalidade*, onde a tradução para o plano jurídico da concreta dimensão da realidade pessoal se torna o exercício central dessa disciplina.

O conceito *personalidade jurídica* pode e deve, portanto, manter-se; mas a sua elaboração dogmática desloca-se agora para o universo

³⁶ ALBUQUERQUE (2017), pp. 815 e ss.; CORDEIRO (2019), p. 672; e CUNHA (2017), p. 62.

³⁷ PINTO (2005), p. 99.

normativo do art. 70.º CC e para os padrões juscientíficos da tutela geral da personalidade.

A deslocação dogmática da personalidade jurídica para a tutela geral da personalidade permite identificar no conceito um *bem de personalidade* e, consequentemente, um direito de personalidade: o *direito à personalidade jurídica*.

Recorde-se, aliás, que o art. 26.º/1 da CRP refere expressamente um «*direito à capacidade civil*», a par de outros direitos de personalidade. Em causa está, fundamentalmente, o que identificamos como *direito à personalidade jurídica*.

Em que consiste, porém, tal bem de personalidade? Que conteúdo útil lhe podemos reservar?

Em causa está a tutela da *realidade potencial da personalidade*. A capacidade de ser mais, inscrita na estrutura ontológica da pessoa, atualiza-se mediante *exercício pessoal da liberdade* (sempre axiologicamente orientada)³⁸. Entre as diversas formas de atuação possíveis, no processo de desenvolvimento da personalidade está a possibilidade de assumir vínculos jurídicos. Tais vínculos ou situações jurídicas são mais do que a concretização de previsões normativas; correspondem à expressão jurídica da própria realidade pessoal.

O ordenamento não pode, portanto, deixar de reconhecer a juridicidade daqueles atos através dos quais se desenvolve e realiza a personalidade humana.

Um exemplo, para mim, paradigmático do que acabo de dizer: negar em absoluto a juridicidade do casamento – transformando-o em pura realidade *de facto* – corresponderia a uma violação dos direitos de personalidade dos cônjuges os quais, mais do que a coabitar maritalmente, têm direito efetivamente a casar-se e a ver reconhecida, na juridicidade do casamento (*matrimonium ipsum*), uma manifestação do desenvolvimento da sua personalidade.

O *vinculum* matrimonial – antes de ser uma realidade institucional – é uma manifestação (jurídica) da realização da personalidade.

Julgo até que esta dimensão da tutela da personalidade é, no contexto atual, especialmente premente. Com efeito, há, na pós-modernidade, uma tendência acentuada para neototalitarismos, ainda que de índole democrática, que a pretexto de uma ideia difusa de igualdade e tolerância, acabam por subtrair a *libertas privata* dos sujeitos.

³⁸ GONÇALVES (2022), pp. 20-21 e *passim*.

Um direito à juridicidade da realidade pessoal torna-se assim um meio expedito de tutela da própria liberdade individual: para isso serve o conceito de personalidade jurídica.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Pedro de, *A Vinculação das Sociedades Comerciais Anónimas e por Quotas*, I, By the Book, Lisboa, 2017.
- ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1960.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil. Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 5.^a ed., 1993.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2.^a ed., 2000.
- BEUTHIEN, Volker, «Zur Begriffsverwirrung im deutschen Gesellschaftsrecht», *JZ* (2003) 14, pp.715-722.
- CAMPOS, Diogo Leite de/ BARBAS, Stela, «O início da pessoa humana e da pessoa jurídica», *ROA* 61, 2001, III, pp. 1257-1268.
- CHORÃO, Mário Bigotte, «O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito», *O Direito* 123, 1991, IV, pp. 571-598.
- CORDEIRO, António Menezes, *Direitos Reais*, Almedina, Coimbra, 1979.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, IV, Almedina, Coimbra, 5.^a ed., 2019.
- CUNHA, Paulo Olavo, «Notas sobre a vinculação das sociedades comerciais», in *Congresso comemorativo dos 30 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Paulo de Tarso Domingues (coord.), Almedina, Coimbra, 2017, pp. 59-80.
- DAMM, Reinhard, «Personenrecht – Klassik und Moderne der Rechtsperson», *AcP* 202, 2002, pp. 481-877.
- DUARTE, Rui Pinto, *Curso de Direitos Reais*, Princípia, Cascais, 2.^a ed., 2007.
- ENNECCERUS, Ludwig/KIPP, Theodor/WOLFF, Martin, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, R. G. Elwertsche, Marburg, 1926, § 76.º, p. 185.
- FABRICIUS, Fritz, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, Beck, Munique, 1963.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *Lições de Direitos Reais*, UCE, Lisboa, 6.^a ed., 2009.
- GONÇALVES, Diogo Costa, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2015.
- GONÇALVES, Diogo Costa, «Personalidade vs. capacidade jurídica – um regresso ao monismo conceptual?», *ROA* 75, 2015a, I/II, pp. 121-150.
- GONÇALVES, Diogo Costa, «O início da personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial (*Teilrechtsfähigkeit*)», in *Código Civil – Livro do Cinquentenário*, António Menezes Cordeiro (coord.), I, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 369-40.

- GONÇALVES, Diogo Costa, «O reconhecimento das fundações privadas: personificação ou limitação da responsabilidade?», in *Direito das Fundações em Debate*, Diogo Costa Gonçalves/Rui Soares Pereira (coord.), Príncipeia, Cascais, 2020, pp. 87-122.
- GONÇALVES, Diogo Costa, *Lições de Direitos de Personalidade*, Príncipeia, Cascais, 2022.
- GONÇALVES, Gabriel Órfão, «Da personalidade jurídica do nascituro», *FDUL XLI*, 2000, I, pp. 525-539.
- GONÇALVES, José Cunha, *Tratado de Direito Civil*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1929.
- HEMPEL/OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, A. W. Sijthoff, Leiden, 1936.
- JUSTO, A. Santos, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.^a ed., 2012.
- LEHMANN, Mathias, «Der Begriff der Rechtsfähigkeit», *AcP* 207, 2007, pp. 225-255.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Direitos Reais*, Almedina, Coimbra, 3.^a ed., 2012.
- MESCHKOWSKI, Alexander, *Zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft – Die Verpflichtungs- und Vermögensfähigkeit*, Peter Lang, Berna, 2006.
- MONCADA, Luís Cabral de, *Lições de Direito Civil (Parte Geral)*, Atlântida, Coimbra, 2.^a ed., 1954.
- MOREIRA, Guilherme, *Instituições do Direito Civil Português*, I, Coimbra, 1907.
- PINTO, Carlos Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.^a ed., 2005.
- RITTNER, Fritz, *Die werdende juristische Person*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1973.
- SAVIGNY, Friederich Karl von, *System des heutigen römischen Rechts*, II, Veit, Berlim, 1840.
- SCHMIDT, Karsten, «Grundlagenungewissheit der Gesetzgebung oder der Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrechts? – Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit als Beispiele», in *Von der Sache zum Recht (FS Volker Beuthien 75. Geburtstag)*, Beck, Munique, 2009, pp. 211-233.
- TAVARES, José, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1928.
- VIEIRA, José Alberto, *Direitos Reais*, Almedina, Coimbra, 2008.
- WOLFF, Hans J., *Organschaft und juristische Person*, I, Carl Heymanns Verlag, Berlim, 1933.

Sociedades civis e sociedades irregulares

EVARISTO MENDES*

Introdução

No final de 2021, o sector produtivo privado nacional tinha as seguintes entidades inscritas no ficheiro central das pessoas coletivas¹: i) comerciantes singulares – 14 194; outros agentes económicos singulares, ditos empresários individuais – 11 444; ii) estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada (EIRL) – 825; iii) *sociedades civis* – 157; *sociedades civis com personalidade jurídica* – 2127; *sociedades irregulares* – 33 290; iv) sociedades unipessoais – 224 978; v) sociedades por quotas (SpQ) – 415 964; vi) sociedades anónimas (SA) – 31 886; SAD – 85; *societas europaea* (SE ou SAE) – 3; vii) sociedades em nome coletivo (SNC) – 1192; viii) sociedades em comandita (SC) – 73; ix) agrupamentos complementares de empresas (ACE) – 772; agrupamentos europeus de interesse económico (AEIE) – 24; x) cooperativas – 4991 + 88 de 2.º grau; xi) representações permanentes – 4561; sucursais financeiras exteriores – 22; xii) *trusts* – 54.

Decorre daqui a existência de um número reduzido de *sociedades civis gerais* ou simples – regidas pelos arts. 980.º a 1021.º do CC – registadas como tais no Registo Nacional das Pessoas Coletivas (RNPC); e o número tem-se mantido estável ao longo dos anos². Mas já é significativo e tem vindo a aumentar o número das sociedades civis formalmente dotadas de personalidade jurídica. Embora não se esclareça que sociedades são estas, pelo menos uma parte significativa será plausivelmente constituída pelas sociedades profissionais, de responsabilidade limitada ou ilimitada,

* Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola de Lisboa, <https://orcid.org/0000-0002-8462-0578>

¹ Dados disponíveis em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Entidades_inscritas_FCPC.aspx. Os dados não são muito diferentes dos de 2016. Salvo se outra coisa resultar do contexto, os artigos citados em indicação do correspondente diploma legal são do Código das Sociedades Comerciais (CSC). Para dados de 2004 e uma evolução das formas societárias em Portugal, cfr. DUARTE (2008), pp. 479 e ss., 495 e ss.

² Cfr. COSTA (2020), p. 398.

reguladas pela Lei n.º 53/2015³, cujos sócios não hajam optado por uma sociedade de direito comercial⁴, mormente SpQ ou SA (cfr. o art. 4.º desta Lei), ou a quem não foi dada esta opção.

Quanto ao tema que nos ocupa, o realce vai, no entanto, para as chamadas *sociedades irregulares*, dado o seu número surpreendentemente alto. Também quanto a elas se desconhece com precisão que sociedades se encontram abrangidas. Em tese geral, poderão estar em causa: *i*) sociedades com *objeto comercial* ativas (presentemente, ativas ou não) que não respeitaram integralmente o princípio da tipicidade e/ou o processo constitutivo das sociedades de direito mercantil previstos no CSC (e no CRCom) e em eventual legislação sectorial, mormente financeira e seguradora, nem se constituíram segundo os procedimentos especiais simplificados de constituição de SpQ e SA regidos pelo DL n.º 111/2005 e pelo DL n.º 125/2006⁵; *ii*) sociedades com objeto civil que, apesar de constituídas *sob forma mercantil (maxime, SpQ ou SA)*, não foram registadas no registo comercial; e, porventura; *iii*) sociedades com *objeto civil* cujos interessados não requereram a sua inscrição no RNPC.

No primeiro caso, ou seja, tratando-se do exercício de uma atividade mercantil, estaremos perante sociedades (comerciais) irregulares em sentido lato, com adicional invalidade ou não do respetivo título constitutivo. Mais rigorosamente, compreendem-se aqui: *i*) simples sociedades *preliminares*, a que a lei manda aplicar o regime da sociedade geral do CC (art. 36.º, n.º 2, do CSC); *ii*) sociedades de certo tipo *em formação*, via de regra SpQ ou SA em formação, devidamente formalizadas, mas não registadas, que se acham diretamente reguladas nos arts. 37.º a 40.º e, indiretamente, também no art. 19.º do CSC; e *iii*) sociedades *irregulares em sentido estrito*, com ou sem título constitutivo válido, cujo conceito e cujo regime importa determinar, dado o carácter lacunoso deste Código na matéria.

³ Adiante designada Lei das Sociedades Profissionais ou LSP.

⁴ Utilizamos a expressão *sociedade de direito comercial* para aludir às sociedades, voluntária ou legalmente, sujeitas ao disposto no CSC. Cabem nela as sociedades comerciais *stricto sensu* ou sociedades comerciais puras (*i. e.*, com objeto mercantil) e as sociedades que, tendo objeto civil, revestem uma forma societária mercantil, tradicionalmente apelidadas sociedades civis sob forma comercial.

⁵ Acerca dos procedimentos constitutivos das sociedades de direito comercial, geral e especiais, cfr., por ex., CUNHA (2019), pp. 215 e ss., e ABREU (2021), pp. 95 e ss., e, enquadrando a matéria na liberdade de iniciativa económica privada (e na liberdade de estabelecimento da União), RAMOS (2016), pp. 107 e ss., 122 e ss., 129 e ss.

No segundo caso, *i. e.*, se o objeto da sociedade for exclusivamente civil, para além das sociedades sob forma mercantil ativadas mas não registadas (via de regra SpQ ou SA em formação ou que se tornaram irregulares), cabe também fazer ulteriores diferenciações. Assim, importa distinguir os casos em que o registo está em falta apesar de imposto por lei especial – como sucede com as profissões liberais reguladas (cfr. o art. 4.º da Lei n.º 53/2015) – daqueles em que tal imposição não existe. Na primeira hipótese, tal como se viu para as sociedades com objeto comercial, concebe-se, igualmente, a existência – num conceito lato de sociedades irregulares – de sociedades meramente preliminares, de sociedades em formação e de sociedades irregulares *stricto sensu*. Não existindo lei especial a impor o registo, haveria que apurar se a sujeição a este (ou o dever de registar) decorre do Regime do RNPC (DL n.º 129/98); e, sendo este o caso, que consequências tem a sua falta. A análise deste tópico requer, no entanto, desenvolvimentos que não cabem nos limites deste estudo, pelo que apenas se lhe faz uma breve referência.

As sociedades que nos propomos analisar – civis e irregulares em sentido lato, pelo menos em princípio também aquelas que se encontram reguladas nos assinalados arts. 980.º a 1021.º do CC e constam das estatísticas⁶ – são as chamadas sociedades externas. Nestas, a sociedade constitui, formal e/ou materialmente, um centro de atividade produtiva (CAP) tendencialmente estável, dotado de identidade própria, geográfica e/ou virtualmente localizado ou referenciado, legalmente publicitado e/ou surgindo como tal no tráfico jurídico (logo, envolvendo uma correspondente publicidade de facto). Nele pode surpreender-se, tipicamente, por um lado, uma *superestrutura social* ou corporativa, integrada pelos sócios – a título individual e na qualidade de titulares do órgão de base da sociedade, a coletividade social – ou, nas sociedades unipessoais, pelo sócio único, e uma maior ou menor diferenciação orgânica; por outro lado, uma *infraestrutura produtiva* (empresarial ou profissional) –, encabeçada por um órgão de administração, que faz a ponte entre as duas dimensões –, via de regra autonomizável pelo menos quando reveste carácter empresarial⁷.

Contudo, na prática, a par destas sociedades externas ou manifestas, existem sociedades meramente *internas*, circunscritas às relações entre os sócios, que não intervêm como tais no mercado. E há naturais zonas

⁶ Mas cfr. a nota 8.

⁷ Cfr. MENDES (2022), pp. 159, 164, 167, 171, 180 e s., e, sobretudo, 189 e ss., 199 e ss.

de penumbra; podendo, ainda, porventura, dentro das sociedades internas em sentido lato, autonomizar-se uma categoria especial de sociedades qualificáveis como sociedades *ocultas*. Não raro, tais sociedades internas – que a lei não regula diretamente, dado que, na linha do CC italiano de 1942, o regime societário geral do CC está concebido para a sociedade ator produtivo, centro coletivo de interação comunicativa de mercado, e as sociedades de direito comercial, sujeitas ao CSC, são também sociedades externas – surgem reconduzidas à figura da associação em participação, regulada pelo DL n.º 231/81, mas, embora esta possa ser vista como uma modalidade de sociedade interna, o conceito não se esgota nela⁸.

Esta observação é importante, porque, frequentemente, os nossos tribunais qualificam como sociedades (comerciais) *irregulares* e consideram nulo o respetivo título constitutivo, por falta de forma (e/ou por violação do princípio da tipicidade), sociedades com objeto comercial que, na realidade, são simples sociedades internas⁹. Ora, sendo este o caso, mostra-se pelo menos discutível a sua qualificação como sociedades irregulares e a sujeição do respetivo contrato de sociedade às exigências de forma e de tipicidade do CSC. O problema requer, no entanto, uma análise mais fina, que aqui não pode ser feita¹⁰.

O presente texto insere-se num conjunto de *talks* relativas à personalidade jurídica, singular e coletiva. Interessa, portanto, fazer pelo menos uma referência a este tópico; ou seja, aludir ao problema da natureza

⁸ Cfr., por ex., LÓPEZ SÁNCHEZ (2013), p. 42. Acerca da associação em participação, no direito nacional, cfr., por ex., DUARTE (2010), pp. 144 e ss., com referências na nota 20, e, aprofundando o seu confronto com a sociedade, (2022), pp. 661 e ss., com ulteriores indicações, doutrinárias e jurisprudenciais. No direito francês, acerca da *société en participation*, cfr. os arts. 1871 e ss. do CC; no CC brasileiro, arts. 991 e ss.; na Itália, por ex., GALGANO (2003), pp. 21 e ss.

⁹ Cfr., por ex., os acórdãos do STJ de 7.10.1999, 15.05.2003, 8.11.2005, 31.05.2007 e 7.04.2016, o acórdão do TRP de 21.04.2016 e o do TRC de 9.01.2012. Qualificando como associação em participação uma situação suscetível de ser vista como uma sociedade interna (com participação igualitária não apenas nos resultados da atividade operacional, mas no próprio estabelecimento – ou pelo menos no respetivo valor – criado com contribuições de ambos os intervenientes), cfr. o acórdão do TRL de 18.09.2008; e observação análoga pode fazer-se para o acórdão do STJ de 24.01.2019. Ambos os arestos são referidos por DUARTE (2022), pp. 673 e ss.

¹⁰ Os limites do presente trabalho não nos permitem tratar nele diversos outros problemas, como o dos elementos do próprio conceito de sociedade e o das sociedades com forma comercial – sempre, ou quase sempre, SpQ ou SA – que não exercem uma verdadeira atividade produtiva, em que se salientam as sociedades de «simples administração de bens» a que alude o art. 6.º, n.º 4, al. b), do CIRC.

jurídica das sociedades civis, das sociedades preliminares, das sociedades em formação e das sociedades irregulares *stricto sensu*.

O plano do artigo é o seguinte: começa-se por um enquadramento legal geral do tema (I); segue-se uma breve análise de alguns aspetos do regime das sociedades civis e das sociedades irregulares (II); e termina-se com a questão da subjetividade jurídica destas (III). Quanto às sociedades irregulares, porém, para manter o texto dentro de limites razoáveis, pouco se vai além do respetivo enquadramento geral.

I – Enquadramento legal geral

Sociedades preliminares e sociedades em formação

1. Constituição económica e Código Comercial

O art. 46.º da CRP dispõe que os cidadãos «têm o direito de, livremente e sem dependência de qualquer autorização, constituir associações» (n.º 1), decorrendo deste direito, na sua vertente individual, que «ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação nem coagido por qualquer meio a permanecer nela» (n.º 3). No art. 47.º, consagra-se a liberdade profissional, incluindo a liberdade de escolha e exercício de uma profissão autónoma, de carácter manual ou intelectual; e, no art. 61.º, n.º 1, garante-se a liberdade de empresa enquanto liberdade fundamental de natureza económica, nos seguintes termos: «A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos *quadros definidos* pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.»

Tanto a liberdade profissional como a liberdade de empresa têm implicada a liberdade de associação, mormente a liberdade de constituir sociedades e de permanecer ou não nas mesmas. Todavia, esta liberdade não surge aqui no seu estado *puro*, que se encontra naquele artigo 46.º Ela aparece-nos enquanto vertente ou componente dessas outras liberdades; o que, no caso da liberdade de empresa, significa que a liberdade de constituir e conformar sociedades para o exercício da mesma se dá nos quadros definidos pela Constituição e pela lei, isto é, no quadro de um sistema produtivo legalmente conformado com observância do prescrito na Constituição¹¹.

¹¹ Cfr. MENDES (2010), pp. 1181 e ss., 1211 e ss., 1221 e ss.

No atual direito, duas normas de ordenação económica e social sobressaem, a este respeito. *Primeira*: para o exercício das atividades mercantis, sob a forma de uma sociedade, é obrigatório constituir uma sociedade de direito comercial, legalmente típica e sujeita ao disposto no CSC e eventual legislação sectorial, designadamente quanto ao respetivo procedimento constitutivo (art. 1.º, n.ºs 1 a 3, do CSC). *Segunda*: para o exercício associado ou societário de uma profissão liberal regulada ou protegida, torna-se necessário constituir ou uma sociedade de direito comercial – a que se aplica o CSC, em articulação com as normas especiais da Lei n.º 53/2015 e do estatuto da profissão em causa – ou uma sociedade de direito civil, regida pelos arts. 980.º e ss. do CC, em conjugação com as regras especiais desta mesma lei e do estatuto profissional competente (cfr. o art. 4.º da Lei). Em qualquer caso, trata-se de sociedades formalmente instituídas e registadas, com controlo de legalidade dos respetivos requisitos constitutivos¹².

O disposto no art. 4.º da LSP – relativa às profissões liberais protegidas, ou seja, a certas atividades produtivas civis –, enquanto norma geral atinente a estas profissões (civis), apresenta carácter relativamente inovador. Na verdade, a regra respeitante às atividades produtivas civis é a de que os interessados podem *optar* por constituir uma sociedade de direito comercial, nos termos do CSC (art. 1.º, n.º 4, deste Código), ou uma sociedade geral, nos termos dos arts. 980.º a 1021.º do CC. Este art. 4.º da LSP reflete a evolução ocorrida nas últimas décadas no sector das profissões em causa, designadamente em Portugal e no espaço europeu, cujas organizações coletivas sofreram um processo de parcial empresarialização e passaram a ter uma relevante dimensão económica, do ponto de vista da instituição de um sistema socioeconómico ordenado e eficiente; ou seja, tal como sucede com as organizações empresariais, adquiriram uma clara relevância sistémica, distanciando-se do paradigma subjacente ao art. 47.º, n.º 1, da CRP, em que sobreleva a dimensão pessoal da liberdade.

¹² Cfr., em geral, os arts. 7.º, 9.º, 5.º e 18.º, 36.º e ss. e 172.º do CSC, os citados DL n.º 111/2005 e DL n.º 125/2006 (relativos à constituição simplificada de SpQ e SA) e os arts. 4.º, 5.º, 19.º, 21.º e 6.º, n.º 2, da LSP, bem como *infra*, n.ºs 2 e 3. Se a opção for por uma sociedade profissional de direito civil, pode discutir-se se a validade do contrato depende de forma escrita, quando não se aplique o disposto no art. 981.º do CC, mas não há dúvida de que, para completar o processo constitutivo legal, tal forma é necessária.

Decorre do exposto a crucial necessidade de distinguir as atividades comerciais das atividades civis. Numa interpretação atualista do CCom, conforme à Constituição vigente, que, no âmbito das atividades económicas em sentido lato, distingue aquelas em que predomina a dimensão pessoal do agente – atividades profissionais autónomas, de carácter manual (designadamente, artesanal) e intelectual (incluindo profissões liberais protegidas) –, compreendidas no mencionado art. 47.º, n.º 1, daquelas em que a dimensão económica está em primeiro plano, assumindo uma pelo menos tendencial relevância sistémica, a que se refere o art. 61.º, n.º 1, e em sintonia com a ocorrida evolução da realidade económico-produtiva, são *atividades mercantis*: *i*) todas aquelas que correspondem a atos de comércio especialmente regulados no Código (compra e venda, operações de banca, seguros, etc.); *ii*) todas as atividades especificadas no art. 230.º do Código e, ainda, aquelas que legislação especial qualifica como mercantis, explícita ou implicitamente; *iii*) e, em geral, toda a atividade económico-produtiva que, sendo levada a cabo por uma empresa em sentido estrito – ou seja, por uma autónoma organização produtiva de mercado, que se interpõe entre um variável dono do negócio e o mercado, à qual é referida a oferta dos bens e/ou serviços em causa –, assume relevância sistémica, com exceção da atividade agrícola¹³. É *civil* a atividade profissional autónoma, levada a cabo de forma individual ou coletiva, e, em geral, toda a atividade exercida *diretamente* pelo agente, com ou sem utilização de uma acessória organização de meios (necessariamente rudimentar), por vezes apelidada de pequena empresa (cfr. o art. 230.º, § 1.º, do CCom), salvo tratando-se de atividade correspondente a atos objetivos de comércio¹⁴.

2. Regime societário geral e regimes especiais

Focando a análise na lei ordinária, importa apresentar, no presente número, um breve quadro do regime geral das sociedades, no essencial constante do CC e concebido para as sociedades com objeto civil. Ver-se-ão depois alguns regimes especiais, incluindo o da mencionada LSP. Deixa-se para o número seguinte o pertinente regime do CSC.

¹³ Para os devidos desenvolvimentos, veja-se MENDES (2012), pp. 167 e ss., 186 e ss., 245 e ss., com mais indicações.

¹⁴ Cfr. a nota anterior.

2.1 Código Civil e RRNPC

Principia-se pelo CC. Ver-se-ão depois outras disposições legais, mormente as constantes do Regime do Registo Nacional das Pessoas Coletivas (RRNPC).

2.1.1 Regime societário do Código Civil

À semelhança do que sucede no CC italiano, o CC, no art. 980.º, define o contrato de sociedade como «aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a [1] contribuir com bens ou serviços para o [2] exercício em comum de certa atividade económica, que não seja de mera fruição, [3] a fim de repartirem os lucros resultantes dessa atividade»¹⁵; e contém, a seguir, duas outras disposições legais relativas à forma e à alteração do mesmo¹⁶. Quanto à forma, prescreve-se no n.º 1 do art. 981.º que «o contrato de sociedade *não está sujeito a forma especial*, à exceção da que for exigida pela natureza dos bens com que os sócios entram para a sociedade»; e, no n.º 2, esclarece-se que «a inobservância da forma, quando esta for exigida, *só anula todo o negócio se este não puder converter-se segundo o disposto no artigo 293.º, de modo que à sociedade fique o simples uso e fruição dos bens cuja transferência determina a forma especial*, ou se o negócio não puder reduzir-se, nos termos do artigo 292.º, às demais participações»¹⁷.

O restante regime jurídico – que também segue de perto o correspondente regime da sociedade simples do CC italiano¹⁸ – versa, em primeiro lugar, sobre aquilo que a lei designa como relações entre sócios (arts. 983.º a 995.º), mas que, com mais propriedade, se reporta às *relações internas* da sociedade enquanto organização produtiva superiormente integrada por sócios (ou membros) – *i. e.*, com socialidade –, dotada de procedimentos adequados à prossecução do fim comum lucrativo e pelo menos tipicamente carecida e provida de um património afeto ao

¹⁵ Cfr. o correspondente art. 2247 do CCit, comum a todas as sociedades. No art. 2248, esclarece-se que a comunhão de mero gozo está fora do conceito, regendo-se por disposições distintas.

¹⁶ Arts. 981.º e 982.º, correspondentes aos arts. 2251 e 2251 do CCit, relativos à sociedade simples.

¹⁷ Acerca deste n.º 2, cfr., no entanto, as observações críticas de CORDEIRO (2018), p. 525.

¹⁸ Arts. 2253 a 2290.

exercício da atividade que constitui o seu objeto. Incluem-se aqui: *i*) a imposição de *obrigações contributivas* aos sócios, destinadas a dotá-la de pelo menos recursos mínimos capazes de, em maior ou menor medida, servir de suporte à atividade e que, tratando-se de entradas de capital, formam também um património (inicial) de garantia dos respetivos credores¹⁹; *ii*) regras relativas à *administração* da sociedade – *i. e.*, à gestão dinâmica, diligente e leal do seu património e do seu negócio²⁰ – e à respetiva *fiscalização* por cada um dos sócios, com associados direitos à informação e à prestação de contas²¹; *iii*) normas atinentes à distribuição de *lucros e perdas*, isto é, à partilha do valor gerado pelo exercício da atividade social (e resultante da eventual valorização de ativos) e do risco incorrido²²; *iv*) uma disposição respeitante ao *uso de bens sociais* por parte de um ou mais sócios, para fins estranhos ao negócio ou atividade da sociedade, ou seja, à utilização pelos sócios de elementos do património social em benefício próprio ou de terceiro²³; *v*) a *proibição do exercício de atividade concorrente* por parte dos sócios²⁴; e, ainda, *vi*) uma disposição sobre a *cessão da participação social* (quota), embora tal cessão não se mostre um fenómeno meramente interno quando o cessionário seja um terceiro²⁵.

¹⁹ Arts. 983.º e 984.º

²⁰ Arts. 985.º a 987.º

²¹ Art. 988.º Estes direitos são, em grande medida, instrumentais de outros direitos, como o da efetivação da responsabilidade dos administradores a que se refere o art. 987.º, n.º 2, do CC, e o direito ao lucro e à quota de liquidação. Acerca da prestação de contas, cfr. os arts. 941.º e ss. do CPC.

²² Arts. 991.º a 994.º Salientam-se duas regras: a da competência da coletividade dos sócios para a atribuição dos lucros aos sócios e a da proporcionalidade na partilha destes e do risco do negócio.

²³ Art. 989.º Dada a afetação dos bens à atividade de fim comum lucrativo, a lei parte do pressuposto de que a mesma é, em princípio, conflituante e, portanto, incompatível com possíveis utilizações pessoais desses bens. Mas tolera desvios, desde que unanimesmente consentidos. A regra respeitante à propriedade é, de certa forma, a inversa (art. 1406.º do CC).

²⁴ Art. 990.º Esta obrigação constitui a manifestação mais significativa de um princípio de separação da atividade social e da atividade individual, extrassocial, de cada sócio, que engloba também uma regra de não desvio e aproveitamento privado de oportunidades de negócio sociais. Não consta, porém, do regime da sociedade simples do CC italiano. A norma relaciona-se também com as «naturais» funções de administração dos sócios; devendo considerar-se aplicável aos administradores que não sejam sócios, como acontece nas próprias SpQ e SA.

²⁵ Art. 995.º Cfr. *infra*, n.º 4.2.

Em boa medida na mesma linha, a disciplina legal ocupa-se, ainda, das principais *vicissitudes relativas aos sócios* – morte, exoneração e exclusão (arts. 1001.º a 1006.º) –, regulando os respetivos termos, no pressuposto de que, em princípio, a sociedade perdurará com os restantes sócios (o que permite qualificá-la como uma organização de membros variáveis)²⁶. E trata também das regras respeitantes à conseqüente *liquidação de participações sociais* – isto é, ao apuramento e pagamento do valor destas, devido ao sócio que se exonera ou é excluído, aos seus sucessores e credores pessoais –, remetendo, em parte, para as regras de repartição entre os sócios do valor líquido da sociedade no âmbito da liquidação desta²⁷.

Em segundo lugar, o regime legal respeita às *relações externas*, ou relações da sociedade com terceiros (arts. 996.º a 1000.º), mormente à atuação desta no tráfico jurídico e às relações que, enquanto organização produtiva, estabelece com esses terceiros, designadamente outros participantes no mercado. O conceito de terceiros é, no entanto, mais abrangente. Estão em causa: (i) terceiros que contratam com a sociedade – regulando-se quer a *representação* «orgânica» desta²⁸, quer a *garantia* ou *responsabilidade* patrimonial da sociedade e, complementarmente, dos sócios, pelas obrigações assumidas²⁹; (ii) terceiros que são vítimas de comportamento ilícito danoso de representantes, agentes ou mandatários da sociedade – considerando-se ela *civilmente responsável* nos mesmos termos em que um comitente responde pelos atos e omissões dos comissários e considerando os sócios subsidiariamente corresponsáveis³⁰; (iii)

²⁶ Cfr. *infra*, n.º 4.2. A estas vicissitudes podem acrescentar-se a insolvência e a execução singular do sócio.

²⁷ Art. 1021.º Note-se, por um lado, que este artigo é aplicável não apenas aos casos de morte, exoneração e exclusão nele mencionados, mas, igualmente, quando a liquidação da quota é exigida por um credor do sócio titular, nos termos do art. 999.º; por outro lado, que a regulação dele constante pressupõe que a participação social tenha um valor positivo. Se apresentar um valor negativo, torna-se necessário integrar a lacuna, recorrendo às regras do art. 1016.º, n.º 2, e da participação nas perdas (cfr. os arts. 992.º e 1018.º, n.º 2).

²⁸ Art. 996.º Está em causa a representação relativa à superestrutura do CAP societário, não à representação institucional respeitante à infraestrutura produtiva (arts. 248.º e ss. do CCom e 115.º, n.º 3, do CTrab), nem à representação voluntária (arts. 258.º e ss. do CC). Cfr. *infra*, n.º 4.3.

²⁹ Art. 997.º Cfr. *infra*, n.º 4.4.

³⁰ Art. 998.º; veja-se, ainda, o art. 1020.º Criticando, com razão, a aplicação aqui (como nos arts. 165.º do CC e 6.º, n.º 5, do CSC) do regime de responsabilidade do

e, ainda, terceiros que são *titulares de créditos pessoais contra sócios*. Nesta última hipótese, por um lado, exclui-se, para a efetivação do crédito, a execução do património social³¹, mas admite-se um subsidiário direito, contra a sociedade, ao valor da participação social do sócio devedor³²; por outro lado, exclui-se também, quando o titular do crédito sobre um sócio seja devedor da sociedade, que ele possa extinguir, por compensação, a sua dívida perante esta com o crédito que tem contra o sócio³³. Do mesmo modo, afasta-se, ainda, a compensação quando um sócio seja titular de um crédito sobre terceiro e este terceiro seja titular de um crédito contra a sociedade³⁴.

Em terceiro lugar, a regulação legal incide sobre a *dissolução* da sociedade (arts. 1007.º a 1009.º), voluntária ou forçada, incluindo a dissolução por declaração judicial da sua insolvência – e consequente liquidação em benefício dos credores (matéria, atualmente, regulada no CIRE) – e por desaparecimento da pluralidade de sócios, mas só passados seis meses, se a pluralidade não for reconstituída. E versa também sobre a *liquidação* da sociedade dissolvida, envolvendo a satisfação do passivo – se necessário, efetivando a responsabilidade dos sócios pelo mesmo – e a ulterior partilha do ativo que restar entre sócios (arts. 1010.º a 1020.º).

2.1.2 Outras disposições legais. RRNPC

Apesar de, em sintonia com a noção de sociedade que se extrai do referido art. 980.º, estar aqui em causa a regulação da sociedade enquanto *organização produtiva coletiva*³⁵ – não apenas na sua dimensão interna (relações entre sócios e, sobretudo, entre cada um deles e a sociedade), mas também na sua dimensão externa, em que sobressaem a respetiva atuação no tráfico jurídico (através de «representantes»), a garantia dos

comitente, uma vez que a sociedade deve responder mesmo que não haja um agente obrigado a indemnizar, cfr. CORDEIRO (2018), p. 544, (2020), pp. 345 e ss. Na verdade, na própria responsabilidade penal é assim (art. 11.º, n.º 7, do CPen).

³¹ Art. 999.º, n.º 1, semelhante ao art. 183.º, n.º 1, do CSC, relativo às SNC.

³² Art. 999.º, n.º 2. Tal como está redigido, o preceito presta-se a críticas. Cfr. o paralelo art. 183.º do CSC.

³³ Art. 1000.º, 1.ª parte. Cfr. o art. 847.º, de cuja interpretação já poderia retirar-se solução igual à presente.

³⁴ Art. 1000.º, 2.ª parte. Cfr. a nota anterior.

³⁵ Como decorre dos arts. 980.º a 982.º, trata-se também de uma organização de base contratual, fundada num contrato, embora de membros variáveis (arts. 995.º e 1001.º a 1003.º) e podendo subsistir temporariamente com um único sócio [art. 1007.º, al. d)].

credores sociais e, dentro desta, a responsabilidade pessoal dos sócios, complementar da da sociedade –, à semelhança do que acontece no CC italiano, faltam no código normas sobre a identificação (firma) e a localização geográfica (sede) da mesma, bem como sobre o seu objeto [*i. e.*, a atividade ou atividades a desenvolver, a que se alude nos arts. 990.º e 1007.º, al. *c*)]³⁶. Além disso, a regulação em apreço consta do livro dedicado ao direito das obrigações, inserida nos contratos em especial – mantendo-se o enquadramento que já constava do CC de 1867³⁷ –, conquanto, além da noção, apenas dois artigos respeitarem ao contrato de sociedade, sendo os restantes relativos à mesma enquanto organização produtiva de índole associativa e de fim lucrativo^{38/39}.

A este respeito, há que ter em conta, no entanto, outros preceitos legais, do CC e não só. Na verdade, ainda dentro deste Código, dispõe o art. 157.º que o regime das pessoas coletivas, constante dos arts. 158.º e ss., se aplica às sociedades, quando a analogia das situações o justifique. Daqui pode retirar-se, designadamente, o seguinte: *i*) pelo menos se a sociedade cumprir regras de procedimento análogas às da constituição das associações, deve ser-lhe reconhecida *personalidade jurídica*⁴⁰; *ii*) a

³⁶ No CSC, cfr. os arts. 9.º e ss. e, a respeito das SNC, os arts. 177.º, 180.º e 192.º, n.º 2.

³⁷ Arts. 1240.º a 1297.º

³⁸ Cfr. *supra* e, por ex., COSTA (2020), pp. 395 e ss., e CORDEIRO (2020), pp. 308 e ss.

³⁹ Neste ponto, o direito nacional diverge do direito italiano vertido no CC de 1942 (arts. 2247 e ss.), que, em sintonia com a atual noção e caracterização da sociedade, deslocou a matéria para um livro dedicado ao trabalho (autónomo e não autónomo). No CC brasileiro de 2002, a matéria aparece regulada no livro II, respeitante ao *Direito de Empresa*, nos arts. 981 e ss., embora também se admitam sociedades não empresárias (ou simples), com personalidade jurídica (registadas) ou sem ela (sociedades em mão comum) e, quanto às sociedades anónimas, se remeta para lei especial.

⁴⁰ Não se aplicando ao caso o procedimento simplificado de constituição de associações em geral, regulado na Lei n.º 40/2007, nos termos do art. 158.º, n.º 1, a aquisição de personalidade jurídica dependerá de dois requisitos: escritura pública e especificação nesta dos elementos constitutivos indicados no art. 167.º, n.º 1 [firma, sede, fim (no caso, fim imediato ou objeto), etc.]. A inscrição no FCPC, a que as associações estão sujeitas [arts. 4.º, n.º 1, al. *a*), e 6.º do RRNPC], não é exigida, para o efeito. Pode, contudo, perguntar-se se não é de exigir pelo menos alguma forma de publicidade (de promoção obrigatória para o notário), nos termos do art. 168.º Sobre este último aspeto, cfr. CORDEIRO (2020a), p. 450 (no sentido da exigência) e p. 486 (com outras indicações).

No sentido do texto, podem ver-se, designadamente, MENDES (1978), pp. 284 e ss., e, no seguimento do ensino de Paulo Cunha, FERNANDES (2009), pp. 497 e ss., 503 e ss., e CORDEIRO (2020), pp. 322 e s., ambos com mais indicações, este último nas pp. 320 e s.; cfr., ainda, CASTELO (2016), p. 289. CORDEIRO parece exigir, no entanto, quanto às formalidades pertinentes, além da escritura pública (ou equivalente), a inscrição no

capacidade jurídica da sociedade compreende todos os direitos e obrigações que – não sendo inseparáveis da pessoa singular nem vedados por lei – se mostrem necessários ou convenientes à prossecução do seu fim lucrativo (art. 160.º), incluindo, segundo o art. 2033.º, n.º 2, al. *b*), a posição de herdeira e legatária (capacidade testamentária passiva⁴¹).

Fora do CC, temos, atualmente, uma disciplina da *firma social* no RRNPC, aprovado pelo DL n.º 129/98⁴². Assim, em geral, a firma tanto pode ser uma firma nome como uma firma denominação (art. 42.º, n.º 1) e sobre a mesma pode incidir um direito privativo, desde que se trate de sociedade registada junto do RNPC (art. 42.º, n.º 2⁴³). Embora as sociedades civis em apreço sejam suscetíveis de ser registadas junto desta entidade [art. 4.º, n.º 1, al. *a*)], contemplando o respetivo modelo de inscrição como campos obrigatórios a firma, a sede e o objeto, não é claro se as mesmas estão sujeitas a tal registo e, sendo este o caso, que consequências tem a falta do mesmo, para além da relativa ao direito sobre a firma⁴⁴.

Encontrando-se a sociedade registada, afigura-se justificada a sua qualificação como entidade dotada de *personalidade jurídica* – mesmo não observando o procedimento previsto no CC para as associações –, à semelhança do que acontece com as sociedades de direito comercial e as sociedades civis profissionais, referidas adiante. Quanto às demais sociedades – que nem observam um procedimento constitutivo análogo

RNPC; igual exigência parecendo fazer SEQUEIRA (2015), pp. 460 e s. CUNHA (1971/72) exigia, além da escritura, a publicação dos estatutos (p. 223), que, segundo o ensinamento em aula, deveria ocorrer no *Diário da República*. VASCONCELOS (2010) exige também, além da devida identificação, forma e registo, sem especificar qual seria este (pp. 208 e s.), mas parece ser o RNPC.

⁴¹ Esta é independente daquela personalidade, como o são, designadamente, a capacidade processual e insolvential: cfr. o tít. III.

⁴² A existência de um regime geral sobre a firma – generalizando a tradicional firma comercial –, incluindo das sociedades civis, remonta a 1983 (cfr., sobretudo, o DL n.º 425/83).

⁴³ Cfr., ainda, os arts. 56.º, n.º 1, al. *b*), e 61.º do RRNPC, bem como, já anteriormente, o art. 6.º do DL n.º 425/83. Faltando o direito em causa, a firma da sociedade beneficia apenas da tutela geral e difusa do direito da concorrência desleal.

⁴⁴ Lendo literalmente os arts. 4.º e 10.º do RRNPC, as sociedades civis em apreço poderão inscrever-se, mas não estão sujeitas a inscrição no RNPC/FCPC. É certo que a lei comporta diferente interpretação, como se colhe em CORDEIRO (2020), p. 322, mas cfr. CORDEIRO (2022), p. 21, nota 65.

ao das associações, nem se acham inscritas no FCPC –, a respetiva *subjetividade jurídica* também pode deduzir-se do regime legal, mas o assunto merece análise mais circunstanciada (cfr., adiante, tít. III).

2.2 *Lei das sociedades profissionais*

Além das sociedades civis gerais ou simples, incluindo as formalmente constituídas e inscritas no RNPC, a que se aludiu anteriormente, e das sociedades de direito comercial, reguladas no CSC e contempladas adiante, há sociedades civis submetidas a regulação especial. É o que acontece com as sociedades profissionais, regidas pela Lei n.º 53/2015⁴⁵. Uma sociedade profissional⁴⁶ é a sociedade constituída nos termos desta Lei (ou do DUE) «para o exercício em comum de atividade profissional, responsabilizando-se contratual e disciplinarmente por esse exercício»⁴⁷; ficando os respetivos sócios profissionais [art. 3.º, al. e)] obrigados a exercer em nome da sociedade a respetiva atividade profissional (art. 11.º, n.º 3). Entende-se por tal exercício em comum a prestação de serviços profissionais «através de pessoa coletiva constituída nos termos da presente lei» (art. 2.º, n.º 2).

Os interessados podem optar por constituir uma *sociedade de direito civil*, sujeita ao assinalado regime do CC, ou uma *sociedade de direito comercial*, incluindo uma SuQ (mas não uma SAE), a que se aplica o CSC⁴⁸; devendo, em ambos os casos, o regime geral articular-se com o regime especial constante da presente Lei e do estatuto da profissão em causa. A firma tem de obedecer ao disposto no art. 20.º e a capacidade da sociedade compreende «os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu objeto social»⁴⁹ que sejam compatíveis com a sua natureza (art. 6.º, n.º 1). Se a opção for pela constituição de

⁴⁵ A Lei aplica-se às sociedades profissionais sujeitas a associações públicas profissionais (art. 1.º), regidas pela Lei n.º 2/2013, isto é, às sociedades que têm por objeto o exercício associado de uma profissão liberal regulada ou protegida: advocacia, medicina, etc.

⁴⁶ Que o legislador designa sociedade de profissionais, mas impropriamente, porque nem todos os sócios têm de ser profissionais (arts. 8.º e 9.º e art. 27.º da Lei n.º 2/2013), e desviando-se da terminologia comum noutros países, como a Espanha (LSP de 2007).

⁴⁷ Arts. 2.º, n.º 1, 3.º, al. d), e 7.º, n.º 1, da LSP.

⁴⁸ Art. 4.º da LSP; cfr. também o art. 27.º, n.º 2, da Lei n.º 2/2013 e o art. 1.º, n.º 4, do CSC.

⁴⁹ *I. e.*, pelo menos a título principal, ao exercício de certa atividade profissional (arts. 2.º, n.º 1, e 7.º).

uma sociedade de direito civil, pode a sociedade albergar apenas sócios de responsabilidade ilimitada, como também acontece nas SNC, ou sócios de responsabilidade ilimitada e sócios de responsabilidade limitada (art. 997.º do CC), à semelhança das sociedades em comandita de direito comercial. Mas, em derrogação das regras gerais, o estatuto da profissão pode admitir, ainda, sociedades civis de responsabilidade limitada, como sucede, por ex., com o Estatuto da Ordem dos Advogados⁵⁰. A responsabilidade civil da sociedade rege-se pela legislação civil ou comercial subsidiariamente aplicável (art. 15.º)⁵¹.

O *processo constitutivo* envolve: *i*) a submissão do projeto de contrato de sociedade (ou negócio unilateral, se esta for uma SuQ) à associação pública competente (ordem dos advogados, médicos, etc.), acompanhado de certificado de admissibilidade da firma, para controlo de legalidade⁵²; *ii*) a celebração do contrato de sociedade – após a aprovação do projeto –, nos termos da lei civil ou comercial aplicável⁵³; *iii*) o registo do contrato⁵⁴; *iv*) e a inscrição da sociedade na associação pública pertinente, que emite a respetiva cédula profissional⁵⁵. Só após o registo definitivo a sociedade adquire *personalidade jurídica* e apenas com esta inscrição na associação pública respetiva pode iniciar licitamente a atividade⁵⁶.

⁵⁰ O EOA foi aprovado pela Lei n.º 145/2015. Cfr. o respetivo art. 213.º, n.ºs 10 e ss., que, se interpretado no sentido da impossibilidade da opção pelas formas societárias mercantis mais comuns, a SpQ e a SA, merece reparo. Favorável também à opção pelas formas mercantis, cfr. COSTA (2020), pp. 399 e ss. e nota 32.

⁵¹ Ou seja, aplicam-se os arts. 998.º do CC ou 6.º, n.º 5, do CSC. Cfr. *supra*, n.º 2.1.1.

⁵² Arts. 19.º, n.º 2, e 21.º da LSP. Este controlo de legalidade não parece dispensar o que cabe, em geral, ao conservador do registo, quanto aos requisitos constitutivos da sociedade.

⁵³ Art. 19.º da LSP. Embora a sociedade tenha de apresentar à respetiva associação pública um projeto de contrato, naturalmente em forma escrita, e se afigure que, mesmo nas sociedades de direito civil, o contrato de sociedade (numa versão atualizada) deverá constar do registo, se a opção for por uma sociedade de direito civil, em geral, terá aplicação o disposto no art. 981.º do CC. Cfr. também, por ex., o art. 123.º do EOROC, aprovado pela Lei n.º 140/2015.

⁵⁴ Art. 5.º da LSP; cfr. também o art. 22.º. Segundo o primeiro destes preceitos, tratando-se de sociedade de direito civil, a entidade registadora é o RNPC, sendo competente nos demais casos o registo comercial. Mas pode haver especificidades, como acontece com os revisores de contas, cujo Estatuto dispõe que a respetiva Ordem organiza (ainda) um registo público especial dos revisores e sociedades de revisores, cujo teor é comunicado à CMVM, para efeitos de supervisão e divulgação pública (arts. 171.º e ss.).

⁵⁵ Art. 22.º da LSP. Cfr. a nota anterior.

⁵⁶ Arts. 5.º, n.º 1, e 6.º, n.º 2, da LSP.

Se, antes de concluído ou formalizado o contrato de sociedade (ou o negócio constitutivo de SuQ), tiverem sido celebrados negócios jurídicos em nome da *sociedade a constituir* (para a qual já se obteve, por ex., o certificado de admissibilidade da firma) ou se já tiver havido o exercício associado da profissão, no quadro de uma sociedade preliminar ou irregular⁵⁷, podem os fundadores, no contrato de sociedade, especificar – designadamente em anexo – os direitos e vinculações sociais existentes que entendam dever ser assumidos pela sociedade. Tal como se dispõe no CSC [art. 19.º, n.º 1, al. c)], com o registo definitivo, a sociedade assume automaticamente, *ope legis*, tais direitos e vinculações (art. 5.º, n.º 3); mas não a correspondente responsabilidade disciplinar (art. 18.º, n.º 5).

Pode também ocorrer a conclusão de negócios, em nome da *sociedade já constituída* – isto é, cujo contrato de sociedade já foi celebrado –, mas *antes do registo*. Neste caso, dispõe o art. 5.º, n.º 2, de forma algo simplista, que, com o registo, a sociedade assume, sem mais, os direitos e obrigações deles derivados. Como se verá, o correspondente regime desta *sociedade em formação* – a qual, nos termos do art. 18.º, n.º 6, já é responsável disciplinarmente – mostra-se, no CSC, bastante mais complexo (cfr. os arts. 19.º, 37.º e 40.º).

2.3 Outros textos legais

A respeito das sociedades gerais ou simples e do exercício societário de atividades económico-produtivas civis, interessam, ainda, outros diplomas e disposições legais. Assim, segundo o CIRE, confirmando o disposto no art. 1007.º do CC, como qualquer outra sociedade externa, também as sociedades civis gerais ou simples estão sujeitas à *insolvência*, determinando esta a sua dissolução e conseqüente recuperação ou liquidação em benefício dos credores, no âmbito do competente processo judicial⁵⁸. Mais em

⁵⁷ Acerca do conceito, cfr. *infra*, n.º 3.2. Exigindo a lei, para o exercício lícito ou regular da atividade social, a prévia inscrição da sociedade na associação profissional competente, dificilmente se concebe uma regular sociedade profissional preliminar, como a que se prevê no art. 36.º, n.º 2, do CSC.

⁵⁸ Cfr., além do art. 1007.º, al. e), do CC, os arts. 1.º e 2.º, n.º 1, al. d), do CIRE. Este último Código acrescenta as sociedades civis, *inter alia*, às pessoas singulares ou coletivas em geral [al. a)], a par das «sociedades comerciais e as sociedades civis sob a forma comercial até à data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem» [al. e)], do EIRL [al. g)] e de outros patrimónios autónomos [al. h)].

geral, nos termos do CPC, têm *personalidade judiciária*, ativa e passiva⁵⁹. E decorre do CSC que podem ser transformadas em sociedades de direito comercial⁶⁰.

As sociedades em causa possuem, ainda, *capacidade delitual*, para além daquela que resulta do art. 998.º do CC. O art. 14.º, n.º 5, do Código Penal admite, inclusive, uma responsabilidade *penal* das mesmas. No que respeita à *capacidade tributária*, a situação apresenta-se mais diferenciada. Em geral, os lucros gerados são tributados, mas vigora a regra da transparência fiscal⁶¹. Uma das questões mais pertinentes que se podem, ainda, colocar respeita à *capacidade registal*, isto é, à possibilidade ou não de uma sociedade civil simples ou geral, não registada, poder figurar no registo predial (ou registos análogos) como titular de situações jurídicas registadas. A lei não é, no entanto, clara acerca do assunto⁶². Admitindo-se o registo, por razões atinentes aos seus próprios fins, mormente de segurança e clareza jurídicas, coloca-se a adicional questão de saber se ele deve compreender a especificação dos sócios, com a conseqüente necessidade de atualização sempre que saia ou entre algum destes.

Via de regra, os interessados em exercer uma *atividade produtiva civil* sob forma societária podem constituir, para o efeito, uma sociedade geral ou simples, nos termos dos arts. 980.º e ss. do CC, ou, tratando-se de profissões protegidas, uma sociedade civil nos assinalados termos da LSP, deste Código e, se for o caso, do estatuto profissional competente. Todavia, dispõe o art. 3.º do DL n.º 54/2004: «as *sociedades de administradores*

⁵⁹ Cfr. o art. 12.º, al. c), e, acerca da capacidade e da representação em juízo, os arts. 15.º e 26.º Como sucede no CIRE, o CPC acrescenta as sociedades civis – e também as «sociedades comerciais, até à data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem» [al. d)] –, *inter alia*, às pessoas singulares ou coletivas em geral (art. 11.º, n.º 2).

⁶⁰ Art. 130.º, n.ºs 2 e 6. Este preceito revela a substancial identidade das sociedades civis gerais e das sociedades do CSC registadas. Sendo estas dotadas de personalidade jurídica, nos termos do art. 5.º deste Código, encontramos aqui um argumento a favor da subjetividade jurídica das primeiras (cfr. *infra*, III).

⁶¹ Art. 6.º do CIRC. Cfr., no entanto, o art. 2.º, n.º 1, al. b), e n.º 2. Acerca do exercício da capacidade, cfr. o art. 16.º, n.º 3, da LGT.

⁶² Cfr. os arts. 36.º e 37.º do CRPredial. Noutros ordenamentos jurídicos, o panorama é variável. Por ex., na Alemanha, admite-se o registo, com indicação dos sócios [BGH, 4.12.2008, CORDEIRO (2022), p. 16, SCHÄFER (2020), pp. 183 e ss.], mas a situação vai mudar quando entrar em vigor a reforma do direito das sociedades de pessoas de 2021 e passar a haver sociedades civis registadas e não registadas (cfr. *infra*, III, nota 240).

da insolvência devem assumir a natureza de sociedades civis sob a forma comercial». Quer dizer, na medida em que esta atividade de administrador da insolvência seja de qualificar como civil⁶³, a lei impõe, ainda assim, a constituição de uma sociedade de direito comercial; sendo, portanto, «irregular» uma sociedade civil simples.

No caso das sociedades que exploram *farmácias*, pode haver uma sociedade profissional de farmacêuticos; mas envolvendo a atividade desenvolvida a comercialização de medicamentos, a lei qualifica a sociedade como comercial, impondo a observância do CSC⁶⁴. Noutros casos, a lei não faz tal exigência, mas estimula essa opção por uma sociedade de direito comercial, fazendo depender da mesma a aquisição de certo estatuto favorável. É o que sucede, no domínio da *agricultura* e da *agro-pecuária* (bem como de atividades acessórias e complementares), com as sociedades de agricultura de grupo (SAG) – na sua essência, sociedades profissionais (democráticas) de agricultores, sujeitas a reconhecimento administrativo – e com outras entidades societárias congêneres⁶⁵, as quais devem revestir a forma de *sociedades por quotas*⁶⁶.

É o que sucede também no campo da *atividade artesanal* – atividade com reconhecido valor cultural e social, em que a intervenção pessoal constitui fator predominante e, via de regra, o produto final é de fabrico individualizado e genuíno –, a que se aplica o Estatuto do artesão e da Unidade Produtiva Artesanal (UPA)⁶⁷. Este instituiu um registo especial, o Registo Nacional do Artesanato, compreendendo os artesãos e as UPA, e regula um sistema de reconhecimento dos mesmos, sendo o registo e este reconhecimento necessários para se poder beneficiar de qualquer apoio e benefício atribuído pelo Estado ao artesanato, designadamente do programa de apoio regulado no DL n.º 122/2015⁶⁸. As UPA societárias devem revestir a forma de «sociedades comerciais», incluindo

⁶³ Acerca deste ponto, veja-se *supra*, n.º 1.

⁶⁴ Cfr. o art. 14.º, n.º 1, do DL n.º 307/2007. O diploma foi alterado e republicado pelo DL n.º 75/2016.

⁶⁵ Agrupamentos de produção agrícola (APA), empresas familiares agrícolas reconhecidas (EFAR) e agrupamentos complementares de exploração agrícola (ACEA).

⁶⁶ DL n.º 336/89, alterado pelo DL n.º 339/90, pelo DL n.º 382/93 e pela Lei n.º 2/2020. Acerca do reconhecimento, cfr. o art. 5.º (bem como os arts. 10.º e 11.º) e, quanto aos apoios e benefícios, os arts. 7.º e 8.º, este, no entanto, revogado pela Lei n.º 2/2020. Cfr. também os arts. 93.º e 95.º da CRP.

⁶⁷ Aprovado pelo DL n.º 41/2001, alterado e republicado pelo DL n.º 110/2002; cfr. os arts. 4.º e 5.º

⁶⁸ Cfr., designadamente, os arts. 15.º e 17.º do Estatuto.

SuQ, salientando a lei que haverá de tratar-se de unidades económicas «legalmente constituídas e devidamente registadas»⁶⁹.

3. Código das Sociedades Comerciais

Como se assinalou (*supra*, n.º 1), o CSC contém uma norma de ordenação económica geral, no art. 1.º, n.ºs 1 a 3, segundo a qual, para o exercício das atividades mercantis, sob a forma de uma sociedade, é obrigatório constituir uma sociedade de direito comercial, legalmente típica e sujeita ao disposto neste Código e eventual legislação especial, designadamente quanto ao respetivo procedimento constitutivo. Concretamente, dispõe o n.º 3: «As sociedades que tenham por objeto a prática de atos de comércio devem adotar um dos tipos referidos no número anterior»; subentendendo-se que deverão, ainda, constituir-se com observância do disposto no Código – ou seja, em geral, mediante *contrato escrito*⁷⁰, pelo menos com as assinaturas presencialmente reconhecidas (art. 7.º)⁷¹, e *registo*, envolvendo este um controlo dos requisitos constitutivos do tipo escolhido (controlo de legalidade)⁷² –, como se dispunha no art. 107.º do CCom, ou, em alternativa, quanto às SpQ e SA, com observância do disposto num dos regimes de constituição simplificada das mesmas, constantes do DL n.º 111/2005 e do DL n.º 125/2006. Os tipos legais são os seguintes: SNC e SCS, por um lado, SpQ (incluindo SuQ), SA (incluindo sociedades anónimas cotadas, parcialmente reguladas também no CVM) e SCA.

Alguns legislações especiais contém ulteriores restrições. Assim, por ex., o exercício das atividades financeira e seguradora deve, em regra, ser levado a cabo sob a forma de sociedade anónima (em atividades menos centrais ou com menor relevância sistémica, também sociedades

⁶⁹ Cfr. o art. 12.º do Estatuto.

⁷⁰ Ou negócio jurídico unilateral, no caso das SuQ e SA unipessoais.

⁷¹ Se a constituição da sociedade envolver a entrada de bens cuja transmissão esteja sujeita a forma mais solene, como imóveis, o contrato de sociedade fica sempre sujeito à mesma exigência de forma (art. 7.º, n.º 1, e art. 981.º, n.º 1, do CC).

⁷² Cfr. os arts. 5.º, 19.º e s., 37.º e ss., 111.º e s. e 120.º, e 140.º (quanto à transformação constitutiva), bem como, no CRCom, os arts. 3.º, n.º 1, al. a) [cfr. também a al. r)], 15.º e 17.º, 35.º e s., 53.º-A, 61.º e ss. Vejam-se também, neste Código, acerca das complementares publicações obrigatórias, os arts. 70.º e ss. Note-se que, nos termos daquele art. 5.º, uma sociedade só existe como sociedade de um dos tipos mercantis a partir do registo. No CSC, acerca do controlo de legalidade, cfr., por ex., LABAREDA (1988), p. 187.

por quotas), dependendo o acesso à atividade, ainda, de autorização dada pela autoridade reguladora competente⁷³; e, para a atividade desportiva, sobretudo profissional, que é, no essencial, uma atividade de exploração de espetáculos públicos (cfr. o art. 230.º, 4.º, do CCom), preveem-se os tipos modificados da SAD e da SDuQ⁷⁴.

No n.º 4 do mesmo artigo 1.º do CSC, dispõe-se, quanto às demais atividades produtivas – *i. e.*, atividades não mercantis –, que a constituição de uma sociedade de direito comercial é facultativa. Como se assinalou, esta regra deve, no entanto, ser articulada com possíveis leis especiais, designadamente, com o disposto na LSP (*supra*, n.º 2.2).

Decorre daqui que, se uma atividade comercial for exercida através de uma sociedade geral, não correspondente a um dos tipos sociais referidos, e/ou cujo processo constitutivo não tenha respeitado integralmente o prescrito no CSC, a sociedade em causa – para além, de poder carecer de título constitutivo válido – é, em sentido lato, uma *sociedade irregular*. Em caso de inobservância da forma devida, ela está, mesmo, sujeita, ainda que em termos mitigados, a uma ação de liquidação direta por iniciativa do Ministério Público, sem dependência de uma prévia ação de declaração de nulidade (arts. 172.º e s.).

Torna-se, portanto, necessário distinguir, no âmbito das atividades produtivas – *i. e.*, atividades tendentes à criação de valor ou riqueza, envolvendo genericamente a produção e extração de bens, a prestação de serviços e a intermediação nas trocas –, as atividades comerciais das atividades civis. Ocupámo-nos deste ponto mais acima (n.º 1). Em seguida, vamos ver as disposições do CSC que tratam da mencionada sociedade irregular.

3.1 Sociedades irregulares em sentido lato

Dispõe-se no art. 174.º, n.º 1, al. e), que os direitos da sociedade contra os fundadores, os sócios, os gerentes ou administradores, etc., bem como os direitos destes contra a sociedade, prescrevem no prazo

⁷³ Cfr., designadamente, quanto à atividade bancária, o RGIC (aprovado pelo DL n.º 298/92), quanto à atividade seguradora, o RJASR (aprovado pela Lei n.º 147/2015), e, ainda, o RGOIC (aprovado pela Lei n.º 16/2015) e o Regime das empresas de investimento, aprovado pelo DL n.º 109-H/2021.

⁷⁴ Cfr. o DL n.º 10/2013, arts. 2.º, 6.º e ss. Para as sociedades desportivas fora do âmbito das competições profissionais, também admitidas, as exigências de capital são menores (art. 8.º).

de cinco anos, contados a partir da prática do ato em relação aos atos praticados em nome de *sociedade irregular por falta de forma ou de registo*. Encontramos aqui um conceito alargado de sociedade irregular⁷⁵, compreendendo sobretudo: *i*) as sociedades ativadas que, tendo objeto mercantil (exclusivo ou não), carecem da forma devida e/ou de registo; e *ii*) as sociedades, igualmente ativadas, que, embora possuam um objeto exclusivamente civil, se encontram devidamente constituídas sob forma mercantil, mas não estão registadas, quer a adoção das formas mercantis seja obrigatória, quer não⁷⁶. Em qualquer dos casos, a sociedade pode ser tão-só provisória ou revestir carácter «definitivo».

Este é, no entanto, o único local no Código em que o conceito – sociedade irregular – é usado. O que significa carecer o mesmo de ser precisado, designadamente diferenciando as situações meramente provisórias das restantes.

3.2 Disposições do CSC relativas às sociedades irregulares em sentido lato

Vejamos, para já, o que resulta da lei, considerando os seguintes aspetos: repercussões na sociedade da eventual nulidade do respetivo título constitutivo (n.º 3.2.1); existência de um projeto de constituição de uma sociedade de direito mercantil e início da atividade – operacional e/ou preparatória – antes de celebrado o contrato de sociedade definitiva (n.º 3.2.2); e constituição de uma SpQ, SA ou SCA em devida forma, início da atividade antes do registo e efeitos do registo (n.º 3.2.3).

⁷⁵ Cfr., por ex., LABAREDA (1988), pp. 180 e ss. (com um conceito restrito de sociedade irregular: sociedade com objeto e de tipo comercial, a que só falta escritura ou registo – pp. 184 e ss. e 203), DUARTE (1988), pp. 17 e ss. (discutindo a adequação da expressão), SERENS (1997), p. 25, ABREU (2021), p. 125, ANTUNES (2021), pp. 205 e ss., ASCENSÃO (2000a), pp. 96 e ss. (assinalando o carácter particular do termo, no presente contexto), PITA (2004), por ex., pp. 283, 302 e ss., 500 e ss., CASTELO (2016), pp. 271 e ss., GONÇALVES (2019), p. 36. Veja-se, ainda, o art. 46.º do Projeto de CS de 1983.

⁷⁶ Como resulta do que se referiu acerca das sociedades profissionais (*supra*, n.º 2.2), também pode haver uma sociedade irregular, em sentido lato, em face da correspondente LSP.

3.2.1 Existência de sociedade apesar da nulidade do pacto social

Não sendo adotados os procedimentos especiais simplificados de constituição de SpQ e SA (porque, no caso concreto, a lei não o permite ou por vontade dos interessados), recorda-se que, enquanto no art. 981.º do CC a regra é a da liberdade de forma, nos termos do art. 7.º, n.º 1, do CSC o contrato de sociedade deve ser reduzido a *escrito* e as *assinaturas dos seus subscritores devem ser reconhecidas presencialmente*, salvo, em qualquer dos casos, se forma mais solene for exigida para a transmissão dos bens com que os sócios entram para a sociedade, devendo, então, o contrato revestir essa forma. Se esta exigência não for respeitada, o negócio é *nulo*, nos termos gerais⁷⁷. Porém, dispõe o n.º 1 do art. 52.º que a declaração de nulidade do contrato de sociedade determina a entrada desta em liquidação, com a consequente aplicação das regras gerais dos arts. 146.º e ss., em articulação com o regime especial do art. 165.º E, nos números seguintes, esclarece-se que, via de regra, nem a eficácia dos *negócios jurídicos concluídos anteriormente* em nome da sociedade é afetada (n.º 2), nem, ressalvados os casos de incapacidade (n.º 5), *os sócios são eximidos do dever de realizar ou completar as suas entradas* nem tão-pouco ficam exonerados da *responsabilidade pessoal e solidária* perante terceiros que, segundo a lei, eventualmente lhes incumba (n.º 4).

Quer dizer, a declaração de nulidade do título constitutivo apenas tem efeitos *ex nunc*, incidindo sobre uma sociedade que a lei reconhece como existente e provocando, na realidade, a sua dissolução⁷⁸, que a faz passar à condição jurídica de sociedade em liquidação.

Paralelamente, estabelece o art. 172.º do CSC, designadamente, que, se o contrato de sociedade não tiver sido *celebrado na forma legal*, deve o Ministério Público requerer, sem dependência de ação declarativa, a *liquidação judicial da sociedade* se a liquidação não tiver sido iniciada pelos sócios ou não estiver terminada no prazo legal. E o art. 173.º continua: «1. Antes de tomar as providências determinadas no artigo anterior, deve o Ministério Público notificar por ofício a sociedade ou os sócios

⁷⁷ Cfr. os arts. 41.º, n.º 1, 42.º, n.º 1, al. e), e 43.º do CSC e o art. 220.º do CC. À causa de nulidade em apreço pode acrescer ainda a que decorre da violação do mencionado princípio da tipicidade das formas societárias mercantis. Acerca das sociedades preliminares, cfr., no entanto, *infra*, 3.2.2.

⁷⁸ Cfr., por ex., o art. 19.º, n.º 2, do Anteprojeto de LSQ de Coimbra e, na Alemanha, SCHMIDT (2002), p. 142. Cfr., ainda, substancialmente neste sentido, ABREU (2021), pp. 124 e s., 154 e ss.

para, em *prazo razoável, regularizarem a situação*. 2. A situação das sociedades pode ainda ser regularizada *até ao trânsito em julgado* da sentença proferida na ação proposta pelo Ministério Público.»

Em tese geral, esta regularização pode ter lugar, sobretudo: *i)* através do processo de *transformação* da sociedade irregular existente numa regular sociedade de direito comercial (mormente, SpQ ou SA), sem dissolução da sociedade transformada, nos termos do art. 130.º, n.ºs 2 a 4 e 6 (aplicáveis diretamente ou por analogia), respeitando, designadamente, o disposto no art. 131.º⁷⁹; *ii)* através da constituição de uma nova sociedade regular, trespassando para ela o negócio da já existente, nos termos gerais, ou, mais simplificada, declarando no contrato constitutivo da nova sociedade que a mesma assume, no todo ou em parte, os negócios e as situações jurídicas da sociedade preexistente, elencando estes em anexo. Nestes últimos casos, via de regra, a sociedade preexistente (agora vazia) extingue-se.

3.2.2 *Sociedade projetada e início antecipado da atividade. Sociedade preliminar versus sociedade irregular*

Existindo um projeto de constituição de uma sociedade de direito mercantil e o início antecipado da atividade, isto é, a realização de atos preparatórios e, porventura, a celebração de negócios próprios da atividade escolhida, antes de celebrado o contrato de sociedade definitivo, há que atender ao art. 36.º, n.º 2, do CSC. Dispõe-se nele: «Se for acordada a constituição de uma sociedade comercial, mas, antes da celebração do contrato de sociedade, os sócios iniciarem a sua atividade, são aplicáveis às relações estabelecidas entre eles e com terceiros as disposições das sociedades civis.»

O preceito suscita diversas interrogações, em parte relativas ao seu âmbito de aplicação e à forma do acordo, em parte respeitantes ao seu conteúdo precativo e, ainda, a outros aspetos de índole mais geral. Na impossibilidade de aprofundamento do assunto, salienta-se o que se segue.

⁷⁹ Nos termos deste artigo, uma sociedade não pode transformar-se se o respetivo balanço mostrar que o valor do seu património é inferior à soma do capital e reserva legal [n.º 1, al. b)]. Faltando estes (por, exceccionalmente, haver apenas sócios de indústria, situação permitida nas sociedades gerais e nas SNC), a situação líquida não pode ser negativa. Note-se, ainda, que, segundo o art. 139.º, n.º 1, a transformação *não afeta a responsabilidade pessoal e ilimitada dos sócios* pelas dívidas sociais anteriormente contraídas.

A norma aplica-se apenas quando haja uma situação societária preliminar – logo, provisória – de uma projetada sociedade de direito comercial, estando os fundadores a preparar a celebração do contrato definitivo (através da via clássica ou de um dos procedimentos simplificados referidos). O próprio texto da lei o indica: *se for acordada a constituição de uma sociedade comercial* (definitiva), e, com base no acordo, verbal ou escrito, houver o exercício em comum da atividade escolhida, ainda antes de a sociedade projetada ser constituída, aplica-se, às relações societárias relativas a este exercício, o regime das sociedades civis. Ou seja, por razões de ordem pragmática, flexibilizando a diretriz do art. 1.º, n.ºs 1 a 3, *tolera-se* tal situação e confere-se-lhe um regime jurídico que se considera apropriado – o regime societário geral; não o regime especial do CSC, diferenciado consoante os tipos legais. Podemos dizer que há aqui uma *sociedade preliminar*⁸⁰.

Se o projeto em apreço nunca existiu, querendo os interessados desenvolver informalmente e/ou sem a devida publicidade legal uma atividade mercantil de forma associada (tendo consciência ou não de que deveriam constituir uma sociedade de direito comercial), se o projeto existiu mas foi abandonado, porque se concluiu pela inviabilidade, desnecessidade ou inconveniência do exercício da atividade nos termos legais, ou se já passou um prazo razoável sem que se tenha constituído a sociedade projetada, a situação já não pode considerar-se jurídico-politicamente tolerável: viola direta e irremediavelmente aquela diretriz de ordenação ou regulação económica, que, como se assinalou, já constava da própria ordem económica liberal (art. 107.º do CCom). Ou seja, neste caso, a sociedade não é uma sociedade preliminar, que o legislador vê com complacência, mas uma *sociedade irregular* em sentido estrito, sem título jurídico válido (por falta de forma, violação do princípio da tipicidade, etc.), e, portanto, diferentemente do que acontece naquele caso, sujeita a uma possível ação de nulidade dissolutória (arts. 41.º, n.º 1, 52.º e

⁸⁰ Acerca da figura e das várias questões que suscita, cfr., por ex., CORREIA (1982), pp. 508 e ss., (1989), pp. 87 e ss., 138 e ss., PITA (2004), pp. 283 e ss., 300 e ss. [englobando as sociedades irregulares gerais a que aludimos adiante, mas restringindo o âmbito de aplicação («líteral») do art. 36.º, n.º 2, quanto aos seus pressupostos], SERENS (1997), pp. 23 e ss., 28 e s., ABREU (2021), pp. 124 e ss., ANTUNES (2021), pp. 207 e ss., ASCENSÃO (2000a), pp. 99, 102 e ss., RAMOS (2017), pp. 580 e ss., JÚNIOR (2020), pp. 238 e ss., CASTELO (2016), pp. 277 e ss., todos com mais indicações.

165.º) ou a uma ação de liquidação, nos termos dos arts. 172.º e 173.º (cfr. *supra*, n.º 3.2.1)⁸¹.

Fora do campo societário (em sentido estrito), decorre do art. 13.º do CCom – e, quanto à atividade empresarial mercantil, também do art. 230.º – que, além das sociedades comerciais (n.º 2), quem exerce

⁸¹ Cfr. também ASCENSÃO (2000a), pp. 99, 103 e s. Como indicação geral, pode considerar-se razoável o prazo de 1 ano, como se colhe no art. 4.º, n.º 1, do CSC e no art. 61.º, n.º 1, al. a), e n.º 2, do RRNPC [cfr. também PITA (2004), pp. 50 e ss., embora a respeito da sociedade já com título constitutivo válido]. Na LSC espanhola, cfr. o art. 39. Faltando a forma prescrita para a constituição das sociedades de direito comercial, parte da doutrina considera nulo o contrato por vício de forma (e admite a ação do MP) mesmo quando haja uma simples sociedade preliminar ou sem distinguir esta da sociedade irregular geral: cfr., por ex., CORREIA (1989), pp. 87 e 138, SERENS (1997), pp. 24 e ss., e 31, ABREU (2021), pp. 124 e s. (nulidade especial), PITA (2004), pp. 285 e ss., 300 e ss., 308 e ss. (nulidade sanável, impeditiva do exercício de direitos como o direito à prestação de contas, de conhecimento officioso, com intervenção do MP pensada, em especial, para as situações de exercício prolongado da atividade, e sendo competente para a regularização o processo de transformação), (2007), pp. 279 e ss., em especial, o n.º 7. No polo oposto, cfr., designadamente, CASTELO (2016), pp. 293 e ss., 299 e ss., e o acórdão do STJ de 19.11.1996. Veja-se também *infra*, n.º 5.

No domínio do CCom, embora o assunto fosse controvertido, BARBOSA DE MAGALHÃES (1953) reconhecia às sociedades irregulares existência jurídica, até à declaração (judicial) da sua inexistência (pp. 81 e ss.), personalidade jurídica (pp. 85, 87 e ss.; aliás, como às sociedades civis – p. 100) e a qualidade de comerciantes (apesar do disposto no art. 104.º), bem como a sujeição à falência (pp. 96 e s., 103 e ss.). Já FERRER CORREIA (1968), quanto às sociedades irregulares por vícios do título constitutivo (não mera falta de registo ou publicações obrigatórias), movido por preocupações análogas de proteção dos interesses envolvidos, mas entendendo inconcebível uma declaração de nulidade com eficácia *ex nunc*, admitia esta nulidade, suscetível de ser invocada a todo o tempo, por qualquer interessado, tendo, porém, a sua declaração como efeito a dissolução da sociedade (substancialmente equivalente àquela solução da eficácia apenas para o futuro), considerando-a, por conversão legal, uma sociedade civil – sujeita às competentes regras das sociedades civis (e do contrato celebrado) e, como tal, dotada da correspondente autonomia patrimonial (mas sem personalidade jurídica) e podendo comportar sócios de responsabilidade limitada (com exclusão dos administradores ou que agissem em nome da sociedade – por força do art. 107.º do CCom) – e afastava a sua qualificação como comerciante (pp. 270 e ss., com mais indicações). Donde resulta um especial relevo atribuído à vontade hipotética dos sócios e uma limitação do alcance da coordenada de ordenação económica assinalada no texto, embora o autor a considere (cfr. em especial, pp. 303 e s.). De entre os demais estudos, tem especial interesse o de PINTO COELHO (1947), utilizando um conceito alargado de sociedade irregular (compreensivo da falta de registo), afirmando a existência de uma comunhão de facto (não contratual ou jurídica), contra as teses da personalidade jurídica e da sociedade civil, negando a qualidade de comerciante, etc.

profissionalmente uma atividade comercial é comerciante (n.º 1), ficando sujeito ao estatuto jurídico correspondente (arts. 18.º e ss.). Retira-se daqui que as sociedades em causa são comerciantes, pelo menos se dotadas de subjetividade jurídica (cfr. *infra*, III), ou sê-lo-ão os respetivos sócios, caso assim não se entenda⁸². Estão, ainda, sujeitas à insolvência [art. 2.º, n.º 1, al. *e*), do CIRE]⁸³; e, em relação à contabilidade e ao relato financeiro, dada a natureza da atividade, também devem considerar-se sujeitas ao Sistema de Normalização Contabilística (SNC)⁸⁴, podendo a inobservância deste levar à qualificação de uma eventual insolvência como culposa [art. 186.º, n.º 2, al. *h*), do CIRE]. Além disso, mesmo que se defenda uma interpretação restritiva da competência dos juízos do comércio prevista no art. 128.º, n.º 1, da LOSJ, colocando de fora as sociedades civis puras, tal não se justifica no caso vertente, em que, de algum modo, ainda está em causa regular a existência, o funcionamento e a participação no tráfico jurídico de uma sociedade com objeto comercial^{85/86}.

3.2.3 *SpQ, SA ou SCA em devida forma, início da atividade antes do registo e efeitos deste. Sociedade em formação versus sociedade irregular*

Uma vez celebrado o contrato de sociedade definitivo – por ex., de constituição de uma SpQ ou SA –, já temos uma sociedade correspondente

⁸² Cfr. também, qualificando a sociedade como comercial, dado o seu objeto, ABREU (2021), p. 126, com mais indicações. Contra, qualificando a sociedade como civil, porque no CC ela é também a sociedade comum, ASCENSÃO (2000a), pp. 24 e ss. (salvo se já de tipo comercial – p. 105). Para outras posições, cfr., ainda, ANTUNES, (2021), p. 208, RAMOS (2017), pp. 585 e s., JÚNIOR (2020), p. 242.

⁸³ A respetiva capacidade judiciária geral, ativa e passiva, já decorre do art. 996.º, n.º 1, do CC e é confirmada pelos arts. 12.º, al. *d*), e 15.º do CPC.

⁸⁴ Aprovado pelo DL n.º 158/2009, alterado e republicado pelo DL n.º 98/2015. Na verdade, o art. 3.º não contempla as sociedades civis, mas, para o efeito, há de entender-se aplicável o n.º 1, al. *a*).

⁸⁵ Neste sentido, cfr. também ANTUNES (2021), p. 208, nota 451, com mais indicações. O que acaba de referir-se vale também, pelas mesmas razões, para as sociedades irregulares (*infra*, n.º 5).

⁸⁶ Quanto à capacidade delitual penal, afigura-se que a sociedade deve tratar-se como uma sociedade civil, para os efeitos do art. 11.º, n.ºs 2 e 5, do CPen. Cfr. os arts. 7.º, n.ºs 1 e 2, do RGIT (aprovado pela Lei n.º 15/2001), 2.º e 3.º do DL n.º 28/84 (aludindo a pessoas coletivas e a sociedades, ainda que irregularmente constituídas), e 7.º do DL n.º 432/82 (utilizando um conceito amplo de associações sem personalidade jurídica).

ao tipo social visado pelos sócios fundadores⁸⁷, regida, em princípio, *nas relações internas*, pelas disposições legais e contratuais próprias desse tipo (art. 37.º, n.º 1, do CSC), mas com duas exceções maiores – a transmissão por ato entre vivos das participações sociais requer o consentimento unânime dos sócios que nele não participem⁸⁸ e o contrato de sociedade também só pode ser modificado por unanimidade (art. 37.º, n.º 2), à semelhança do que sucede nas sociedades de pessoas e nos contratos em geral⁸⁹.

Todavia, como em boa medida já resulta destas exceções, a sociedade em causa apenas se torna uma sociedade definitiva ou perfeita – com as características próprias do tipo ou modelo regulatório em causa (designadamente, nos tipos sociais em apreço, com o capital social dividido em quotas ou ações e responsabilidade limitada – arts. 197.º e 271.º) e formalmente dotada de personalidade jurídica, com a capacidade jurídica «plena» própria das pessoas coletivas⁹⁰ – após o registo, precedido pelo menos de um controlo de legalidade por parte do conservador⁹¹. Com efeito, dispõe o art. 5.º do CSC, relativo às sociedades de direito comercial em geral: «As sociedades gozam de personalidade jurídica e existem como tais a partir da data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem, sem prejuízo do disposto quanto à constituição de sociedades

⁸⁷ Embora não do tipo (cfr. o art. 5.º e a seguir, no texto). Acerca da aquisição da qualidade de sócio, pelo contrato, cfr., a respeito das SA, o art. 274.º do CSC.

⁸⁸ Como se observou a respeito da cessão de participações na sociedade civil, a transmissão da participação social não comporta uma dimensão meramente interna. O aspeto aqui presente respeita, em todo o caso, no essencial, às relações intrassocietárias.

⁸⁹ Cfr., designadamente, os arts. 995.º, n.º 1, e 406.º, n.º 1, do CC, e o art. 182.º, n.º 1, do CSC.

⁹⁰ Acerca desta, maioritariamente entendida como compreendendo, além de uma geral capacidade delitual civil, todos os atos, direitos e vinculações necessários ou convenientes à realização do seu fim lucrativo (direto ou, no caso dos agrupamentos societários, possivelmente indireto), ainda que, em concreto, fora do respetivo e contingente objeto, cfr. o art. 6.º do CSC. Acerca da respetiva capacidade delitual penal (e contraordenacional), cfr. a nota 86.

⁹¹ Acerca da necessidade do registo, cfr., designadamente, além do art. 5.º do CSC, os arts. 3.º, n.º 1, al. a), 13.º, n.º 2, 15.º e 17.º do CRCCom. Quanto ao controlo de legalidade do conservador, hoje redobradamente importante, dada a supressão da escritura pública como requisito constitutivo geral, cfr., por ex., o art. 22.º do Anteprojeto de Coimbra de LSQ e a respetiva anotação, pp. 26 e s., bem como CORREIA (1989), pp. 85 e ss., 155 e ss., e os arts. 47.º e ss. do CRCCom.

por fusão, cisão ou transformação de outras.»⁹² Norma semelhante existe, como se assinalou, para as sociedades profissionais (art. 5.º, n.º 1, da LSP). Antes do registo, podemos designá-la *sociedade em formação*⁹³.

Quanto às *relações externas* destas sociedades em formação (pré-sociedades do tipo considerado), falta no CSC uma norma geral explícita semelhante à que existe para as relações internas. No local próprio – arts. 37.º a 40.º –, apenas se dispõe acerca da responsabilidade decorrente dos negócios concluídos nesta fase; faltando uma norma mais geral relativa à sua atuação no tráfico jurídico. No que respeita às SpQ e SA em formação, que aqui nos interessam especialmente, estabelece o art. 40.º, n.º 1: «Pelos negócios realizados em nome de uma sociedade por quotas, anónima ou em comandita por ações, no período compreendido entre a celebração do contrato de sociedade e o seu registo definitivo, [I] *respondem ilimitada e solidariamente todos os que no negócio agirem em representação dela*, bem como os *sócios que tais negócios autorizarem*, sendo que [II] os *restantes sócios* respondem até às importâncias das entradas a que se obrigaram, acrescidas das importâncias que tenham recebido a título de lucros ou de distribuição de reservas.»

O art. 40.º, n.º 1, deve, no entanto, articular-se com o determinado no art. 19.º (epígrafado «Assunção pela sociedade de negócios anteriores ao registo»). Realça-se o que se segue.

Em primeiro lugar, com o registo definitivo do contrato, a sociedade (*maxime*, SpQ e SA) – dotada de personalidade jurídica, nos termos do art. 5.º, e de capacidade geral, conforme o art. 6.º – assume de pleno direito (isto é, automaticamente): *i*) os direitos e obrigações decorrentes dos negócios jurídicos relativos à sua fundação especificados no contrato⁹⁴; bem

⁹² Cfr. o art. 15.º do Anteprojeto de Coimbra de LSQ e a respetiva anotação, pp. 18 e s., em que se indicam três razões para a natureza constitutiva do registo: corresponde à orientação consagrada na generalidade das legislações e defendida pela doutrina; é a solução que possibilita aos terceiros o conhecimento fácil e seguro do momento em que a pessoa coletiva nasce; e é no momento do registo que ocorre o controlo dos requisitos constitutivos, cometido ao conservador, convindo que a personalidade jurídica só nasça após o mesmo. Cfr. também CORREIA (1989), pp. 137 e s.

⁹³ Cfr. também, por ex., a LSC espanhola (epígrafe do art. 37 e da respetiva secção) e, no direito francês, MERLE (2014), pp. 113 e ss. A expressão comporta um sentido mais lato, compreendendo também as sociedades preliminares: cfr., por ex., ANTUNES (2006), DOMINGUES (2001), e SERENS (1997), pp. 23 e s. e 26, que usa as expressões *pré-sociedade* e *sociedade em formação* para se referir, em geral, às sociedades ainda sem registo.

⁹⁴ Arts. 19.º, n.º 1, al. a), e 16.º A falta de especificação implica a impossibilidade de assunção dos negócios em apreço (art. 19.º, n.º 4).

como os direitos e obrigações emergentes de *negócios jurídicos concluídos antes do ato de constituição* – mormente se o início da atividade social remonta a este tempo (em que não existia uma SpQ ou SA, nem sequer em formação, mas apenas uma sociedade geral, preliminar ou atípica) – e que neste sejam *especificados* e expressamente ratificados⁹⁵; *ii*) os direitos e obrigações resultantes da *exploração normal de um estabelecimento* que constitua objeto de uma entrada em espécie ou que tenha sido adquirido por conta da sociedade, no cumprimento de estipulação do contrato social⁹⁶; *iii*) e os direitos e obrigações decorrentes de negócios jurídicos celebrados pelos gerentes ou administradores ao abrigo de *autorização dada por todos os sócios no ato de constituição*⁹⁷. Neste último caso, não exigindo a lei a especificação dos negócios, afigura-se que a autorização pode ser geral⁹⁸; mas não basta uma autorização de todos os sócios – é preciso, ainda, que ela conste do contrato de sociedade, beneficiando da correspondente publicidade legal.

Em segundo lugar, tendo sido realizados em nome da sociedade, após a celebração⁹⁹ mas antes de registado o contrato, outros negócios jurídicos, os correspondentes direitos e obrigações não são, sem mais, imputados à mesma. Todavia – após o registo, quando já existe uma SpQ ou SA definitiva –, eles podem ser por ela assumidos mediante *decisão da administração*, decisão esta que deve ser comunicada à contraparte nos 90 dias posteriores ao registo^{100/101}.

⁹⁵ Art. 19.º, n.º 1, al. *c*). No Anteprojeto de LSQ de Coimbra, cfr. o art. 31.º, n.º 3.

⁹⁶ Art. 19.º, n.º 1, al. *b*). No Anteprojeto de LSQ de Coimbra, cfr. o art. 31.º, n.º 1, e, ainda, os arts. 24.º e 27.º

⁹⁷ Art. 19.º, n.º 1, al. *d*). No Anteprojeto de LSQ de Coimbra, cfr. o art. 31.º, n.º 2, admitindo, ainda, uma autorização de todos os sócios posterior à escritura de constituição.

⁹⁸ Substancialmente no sentido do texto, cfr. o art. 30.º, n.º 3, do Anteprojeto de Coimbra de LSQ. Contra, PITA (2004), pp. 469 e s., 491 e ss.

⁹⁹ Tendo existido uma sociedade preliminar, nos termos do art. 36.º, n.º 2, (ou uma sociedade irregular), é possível também uma transferência para a sociedade registada dos negócios e situações jurídicas daquela, no todo ou em parte, mas nos termos gerais, nomeadamente através da liquidação dessa sociedade anterior mediante trespasse. Cfr. também os arts. 37.º a 40.º do CSC e 46.º do ProjCS.

¹⁰⁰ Art. 19.º, n.º 2. Não é possível, no entanto, assumir, por esta via, negócios e situações jurídicas relacionados com a fundação da sociedade, entradas em espécie e aquisição de bens. Quanto a eles, torna-se necessária a sua especificação no contrato de sociedade (n.º 4; cfr. também o art. 9.º, n.º 2); e, ocorrendo esta, em princípio, haverá uma assunção automática, nos termos do n.º 1.

¹⁰¹ Note-se, porém, que, dado o efeito liberatório a que se refere o n.º 3 do preceito (cfr. a seguir), os administradores beneficiários estão impedidos de votar, por conflito de

Em terceiro lugar, a assunção pela sociedade dos negócios indicados – *ope legis* ou por deliberação social –, por um lado, «libera as pessoas indicadas no artigo 40.º da responsabilidade aí prevista, a não ser que por lei estas continuem responsáveis¹⁰²». Por outro lado, retrotrai os seus efeitos à data da respetiva celebração¹⁰³. Como se observou, na LSP, existe uma norma semelhante ao art. 19.º do CSC, mas mais lacónica (art. 5.º, n.º 3).

Tal como se observou a respeito do art. 36.º, n.º 2, relativo às sociedades preliminares, também este quadro legal – mormente o relativo às SpQ e SA em formação ativadas – suscita diversas questões. Na impossibilidade de desenvolver o tema – que, aliás, perdeu grande parte do interesse prático que já teve, com a instituição dos processos simplificados de criação de SpQ e SA (DL n.º 111/2005 e DL n.º 125/2006) e a redução da exigência de forma do contrato de sociedade operada na Reforma de 2006 –, regista-se o que se segue.

A primeira questão consiste em saber se – havendo uma atuação jurídico-negocial em nome de uma SpQ ou SA (ou SCA) quando ainda em formação¹⁰⁴ – pelas obrigações contraídas, além das pessoas indicadas no art. 40.º, n.º 1, agentes e sócios, também *responde o património social* (surgindo este, com o registo, já onerado pelo passivo constituído nesta fase); ou se, para impedir que a sociedade registada surja no tráfico jurídico já com o património diminuído, apenas respondem pessoalmente tais pessoas. Quanto a ela, a resposta é, no presente, predominantemente, no sentido desta responsabilidade do património social; podendo tal interpretação considerar-se, atualmente, confirmada pelo CIRE¹⁰⁵.

interesses, donde pode resultar a necessidade de fazer intervir a coletividade dos sócios.

¹⁰² Acerca do sentido a atribuir a este segmento, cfr., designadamente, SERENS (1997), p. 30 e s., DOMINGUES (2004), pp. 124 e ss., por um lado, e ABREU (2021), pp. 142 e s., por outro lado.

¹⁰³ Art. 19.º, n.º 3.

¹⁰⁴ Havendo tal atividade negocial, o normal será o seu exercício ser levado a cabo em nome da sociedade tal como está e não em nome da futura sociedade registada. Por isso mesmo, em rigor, a sociedade deverá revelar às pessoas com quem contrata que se trata de uma SpQ ou SA em formação e fazer constar esta indicação da respetiva documentação externa (interpretando neste sentido o art. 171.º) e, inclusive, fazer constar tal menção da firma, como sucede na hipótese de algum modo simétrica da sociedade em liquidação (cfr. o art. 146.º, n.º 2). Na Alemanha, cfr., neste sentido, por ex., SCHMIDT (2002), p. 1018.

¹⁰⁵ No sentido da responsabilidade do património social, além de CORREIA, *supra*-citado, cfr., por ex.: LABAREDA (1988), pp. 196 e ss., *maxime*, 198, DUARTE (1988),

A solução justifica-se se e na medida em que a SpQ e a SA em formação constituam um centro de atividade produtiva já legalmente reconhecido como tal, autorizado a atuar no tráfico jurídico; e encontra algum apoio na parte final do art. 40.º, n.º 1¹⁰⁶. Ora esse reconhecimento e autorização extraem-se do art. 19.º; e deste também pode extrair-se a existência de um correspondente centro de imputação jurídica. Note-se, contudo, que tal responsabilidade apenas existirá em relação à atividade autorizada nos termos deste preceito, isto é, à permitida no próprio contrato de sociedade e à que o legislador considera economicamente justificada (casos previstos no n.º 1 do art. 19.º)¹⁰⁷. Nos demais casos, há uma atuação *ultra vires* cujos efeitos apenas poderão ser assumidos, após o registo, pela SpQ ou SA já devidamente constituída, nos termos do art. 19.º, n.º 2.¹⁰⁸

A segunda questão selecionada relaciona-se com esta e consiste em saber se a SpQ ou SA em formação (ativada) constitui um CAP dotado de personalidade jurídica, ou seja, se é não apenas um centro de atividade patrimonialmente autónomo, mas também um centro de imputação jurídica. Diferentemente do que sucedeu no passado, atualmente parece

p. 19, ASCENSÃO (2000a), pp. 110 e ss. e 162, ABREU (2021), pp. 130 e ss., DOMINGUES (2004), pp. 121 e ss., CUNHA (2019), pp. 250 e ss. Diferentemente do que dispunha o art. 125.º, n.º 3, do CREFal de 1993 (gerador de grave perplexidade, segundo ASCENSÃO, pp. 112 e s.), o atual art. 2.º, n.º 1, al. e), do CIRE [com um âmbito mais alargado – cfr. FERNANDES/LABAREDA, 2015, p. 80 (notas 8 e 9)] considera as sociedades em causa sujeitas à insolvência. No sentido de que a responsabilidade pessoal das pessoas em causa é exclusiva, cfr. SERENS (1997), pp. 29 e s., PITA (2004), pp. 444 e ss., cfr., ainda, 432 e ss., 489 e ss. Para outros quadrantes, cfr., por ex., ANGELICI (1998), GALGANO (2003), pp. 180 e ss. e 193, CAMPOBASSO&CAMPOBASSO (2011), pp. 164 e ss.

¹⁰⁶ A solução está também em sintonia com o regime aplicável às sociedades estrangeiras que, sendo a isso obrigadas, não tenham em Portugal representação permanente registada (art. 4.º, n.º 2). Quanto ao ulterior argumento de maioria de razão fundado no art. 36.º, n.º 2, correntemente invocado, cfr., no entanto, as observações críticas de SERENS (1997), pp. 28 e s.

¹⁰⁷ Restringindo a responsabilidade da SpQ e SA em formação aos negócios enquadráveis no n.º 1 do art. 19.º, cfr. também DOMINGUES (2004), pp. 121 e ss., 126 (invocando o princípio da exata formação do capital social e argumentando que, se, após o registo, a sociedade apenas assume *ope legis* as obrigações taxativamente previstas neste preceito, únicas garantidas pelo património social, o mesmo deve suceder na fase anterior ao registo; cfr. também pp. 127 e ss.).

¹⁰⁸ Este ponto carece, no entanto, de uma análise mais aprofundada.

prevalecer a tese da *subjetividade jurídica* das sociedades em formação¹⁰⁹. E o sujeito jurídico é o mesmo que existirá após o registo, ainda que submetido a regimes jurídicos diferenciados. Na verdade, há uma substancial identidade – de facto e jurídica – entre a SpQ e a SA em formação, tal como acaba de ser caracterizada, e a posterior sociedade registada: trata-se da mesma sociedade em diferentes estádios. O próprio art. 19.º, n.º 1, o confirma, ao dispor que, com o registo, a SpQ ou SA «assume» – sem mais e inelutavelmente – os direitos e vinculações relativos à mesma quando ainda em formação, mormente à atividade por ela desenvolvida. Apenas relativamente à atividade que porventura haja sido desenvolvida fora do quadro definido neste preceito (*ultra vires*) se torna necessário um ato de assunção dos mesmos pela sociedade registada, nos termos gerais ou nos termos especiais dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo 19.º, destinados a favorecer tal assunção.

De grande relevância é, ainda, a questão relativa à condição e ao enquadramento jurídicos das sociedades em apreço. Como decorre do exposto mais acima, em sentido lato, trata-se de sociedades irregulares. Em sentido estrito, a designação que se lhes ajusta é, no entanto, como se antecipou, a de *sociedades em formação*; importando distingui-las das SpQ e SA irregulares por falta de registo, para as quais há que encontrar um regime jurídico apropriado (cfr. *infra*, II). A própria lei é clara no sentido de que – nos arts. 37.º a 40.º (e também 19.º) – só se ocupa das sociedades «no período compreendido entre a celebração do contrato de sociedade e o seu registo definitivo»; ou seja, de uma situação transitória, estando a correr normalmente o processo tendente ao registo.

Tal como se viu a respeito das sociedades preliminares, também aqui haverá uma sociedade irregular – e não uma «regular» sociedade em formação¹¹⁰ – quando os interessados houverem constituído a mesma sem a intenção de a registar, quando tiverem abandonado o projeto de a registar,

¹⁰⁹ No sentido da subjetividade-capacidade jurídica, cfr., designadamente, ABREU (2021), pp. 131, 168 e s., e *infra*, III, nota 245. Na Alemanha, cfr., por ex., SCHMIDT (2002), pp. 299, 789, 1017 e s.

¹¹⁰ Note-se que, mesmo tratando-se de uma situação transitória, se a SpQ ou SA é gerida como se fosse dotada de capacidade jurídica plena, sem haver fundamento contratual para isso, em rigor, também teremos uma sociedade irregular, mais precisamente, com funcionamento irregular; já contemplada na exposição precedente.

quando o registo se revelar inviável e a sociedade se mantenha ativa e quando já haja decorrido um prazo razoável para promover o registo¹¹¹.

Note-se, ainda, por um lado, que, quanto às sociedades em formação em apreço, pelo menos no caso de a atividade social ser mercantil, valem as observações atinentes às sociedades preliminares, a respeito da qualidade de comerciante, da aplicação do SNC e da competência dos juízos de comércio (*supra*, 3.2.2, *in fine*); por outro lado, que, nas SA (e SCA) em formação, o poder de dispor do valor das entradas em dinheiro realizadas (depositada em IC), designadamente, para cumprimento de compromissos assumidos, está sujeito ao prescrito no art. 277.º, n.º 5¹¹².

II – Sociedades civis e sociedades irregulares *stricto sensu*

Alguns aspetos do seu regime jurídico

4. Sociedades civis

Procedeu-se acima a uma descrição sumária do regime legal geral das sociedades civis, ou de direito civil, constante dos arts. 980.º a 1021.º do CC (*supra*, n.º 2). Interessa analisar, em seguida, alguns aspetos desse regime, tendo presente que, como decorre dessa descrição e se vai ver melhor, pode, em breve síntese, afirmar-se que a sociedade civil (externa), mesmo a sociedade simples não registada e desprovida de forma especial, que o legislador tomou como referência (tipo social subjacente), é (*i*) um *centro de atividade* económico-produtiva (CAP) e jurisdgénica – ou unidade de ação económico-jurisdgénica – pelo menos relativamente estável e organizado (apto para atuar no tráfico jurídico), instituído ao abrigo da liberdade profissional ou da liberdade de iniciativa económica privada

¹¹¹ Cfr., por ex., na LSC espanhola, o art. 39 e, sobre ele, VELA TORRES (2021), pp. 817 e ss., com mais indicações.

¹¹² Sobre o assunto, cfr., por ex., ABREU (2021), pp. 135 e s. Para maiores desenvolvimentos acerca das sociedades em apreço, cfr., ainda, designadamente, com pontos de vista diversos: neste autor, pp. 127 e ss., CORREIA (1982), pp. 524 e ss., (1989), pp. 140 e ss., ANTUNES (2021), pp. 211 e ss., CUNHA (2019), pp. 248 e ss., LABAREDA (1988), pp. 177 e ss. (tratando globalmente das sociedades de tipo comercial sem escritura e sem registo), RAMOS/MARTINS/COSTA (2017), pp. 612 e ss., RAMOS/COSTA (2017), pp. 344 e ss., PITA (2004), pp. 401 e ss., SERENS (1997), pp. 26 e ss., ASCENSÃO (2000a), pp. 108 e ss., JÚNIOR (2020), pp. 250 e ss., e 169 e ss.

(liberdade de empresa), integrado pelos respectivos fundadores, aderentes e/ou sucessores (sócios), e destinado a autovalorizar-se em seu benefício, a que corresponde legalmente um (ii) *centro de imputação jurídica*, constituído pelo próprio CAP – se a este for reconhecida a adicional qualidade da subjetividade ou personalidade jurídica – ou pelos sócios enquanto tais (formando uma comunidade de membros variáveis), caso em que estaremos perante um CAP apenas patrimonialmente autónomo.

A atividade social pode, nos casos mais simples, ser levada a cabo, diretamente, pelos próprios sócios, via de regra, na dupla qualidade de sócios e gerentes ou administradores (este figurino de um CAP coletivo indiferenciado é o que mais se ajusta à letra do art. 980.º do CC); mas pode também assentar numa mais ou menos significativa organização de meios (*maxime*, empresa), encabeçada pelos sócios enquanto gerentes ou administradores ou por quem eles coloquem à sua frente, ou seja, no limite, ser apenas determinada por eles (CAP mais ou menos diferenciado)¹¹³. Em qualquer dos casos, estamos perante um CAP transindividual, com uma esfera de atuação própria, distinta das esferas individuais dos sócios (e de quem mais o integre), dominado por um princípio de separação da atividade social e de correspondente separação ou autonomia patrimonial, adicionalmente subjetivado ou não. Os sócios têm a dupla condição de membros e (coletivamente) titulares do direito de domínio do mesmo – que se manifesta na composição da respetiva superestrutura social e orgânica e na posição de sócio – e de terceiros, que se revela, por ex., na posição credora decorrente de uma deliberação de distribuição de dividendos ou de parte num contrato celebrado com a sociedade.

4.1 Forma do contrato, conteúdo mínimo e publicidade

O CAP societário, sumariamente retratado, funda-se num contrato (art. 980.º do CC), expressão da autonomia privada implicada nas mencionadas liberdades, profissional e de empresa¹¹⁴. O contrato de sociedade não está, via de regra, sujeito a forma especial; podendo, portanto, ser meramente verbal e decorrer de comportamentos que indiretamente o revelam¹¹⁵.

¹¹³ Acerca deste ponto, veja-se a Introdução e *infra*, n.º 4.3, onde se refere que o CAP societário pode compreender uma superestrutura social e orgânica e uma infraestrutura produtiva, mais ou menos separada da pessoa dos sócios.

¹¹⁴ Acerca deste ponto, cfr. MENDES (2010), pp. 1206 e s., 1216 e s., 1221 e ss.

¹¹⁵ Cfr. os arts. 981.º, n.º 1, e 217.º do CC.

Pode, em todo o caso, afirmar-se que, se o contrato (ainda que voluntariamente) reveste a forma escrita e contém os dados fundamentais de identificação e caracterização da sociedade enquanto CAP – isto é, além dos fundadores¹¹⁶, a firma, a sede e o objeto, porventura acrescidos de alguma regulamentação da sua organização e funcionamento –, apesar de ainda não haver a assinalada analogia com as associações ou com as sociedades profissionais e de direito comercial capaz de justificar o reconhecimento à sociedade de personalidade jurídica *plena*, usando a expressão de Menezes Cordeiro¹¹⁷ (cfr. *supra*, n.ºs 2.1 e 2.2), já haverá – com a concomitante manifestação de vontade, expressa ou tácita, de participar como tal no tráfico jurídico, porventura já concretizada (dando publicidade ao CAP, ainda que de facto) – uma considerável aproximação a essas entidades formalmente personificadas; ou seja, utilizando, por ex., a linguagem da jurisprudência espanhola¹¹⁸, já poderá admitir-se algum grau de personificação (ou subjetividade jurídica)¹¹⁹. E a forma também não é irrelevante para a atuação da sociedade no tráfico jurídico (cfr. *infra*, n.º 4.3).

4.2 A sociedade civil como organização coletiva de membros variáveis. Cessão de quotas

As antigas sociedades de pessoas, do CC de 1867 e do CCom, eram, na respetiva configuração legal, sociedades estreitamente dependentes da pessoa dos sócios, podendo qualquer um, sem mais, pôr-lhes termo a todo tempo, dissolvendo-se por morte de um sócio, etc.¹²⁰. O atual regime, na linha do CC italiano, configura-as claramente como organizações coletivas de membros variáveis, admitindo, de forma expressa, a *cessão* das

¹¹⁶ Enquanto membros variáveis, cfr. o n.º a seguir.

¹¹⁷ Cfr., por ex., CORDEIRO (2018), pp. 555, 571 e s.

¹¹⁸ Cfr., em geral, VELA TORRES (2021), pp. 783 e ss., LÓPEZ SÁNCHEZ (2013), pp. 58 e ss.

¹¹⁹ Acerca do processo analógico (com as pessoas físicas ou pessoas em sentido próprio) como via de compreensão da personalidade coletiva e a consequente possibilidade de falar em graus, maiores ou menores de personalidade ou subjetividade jurídica, cfr. GALGANO (2003), pp. 33 e ss., 193 e ss.

¹²⁰ Cfr., os arts. 1274.º, § único, 1276.º e ss. do CC e o originário art. 120.º, §§ 1.º, 2.º e 5.º, do CCom. Note-se que, quando MOREIRA (2008/09), apesar do teor do art. 108.º do CCom, negava a personalidade jurídica das próprias SNC, tinha em vista este figurino de sociedade, embora nessa negação também pesasse a falta de autonomia patrimonial perfeita (pp. 33 e ss., *maxime*, 290 e s.).

participações – ausente do código transalpino – e substituindo uma série de antigas causas de dissolução (morte, insolvência ou incapacitação de um sócio, vontade de sair, etc.) por causas de cessação apenas da participação do sócio em causa¹²¹. Admite, mesmo, que, vindo a sociedade a ficar com um *único sócio*, ela apenas se dissolve (automaticamente) passados seis meses, se a situação se mantiver [art. 1007.º, al. *d*)]; e, ocorrendo a dissolução, a situação ainda pode reverter-se (art. 1019.º)¹²².

Acerca daquela *cessão*, dispõe o art. 995.º do atual CC, sob a epígrafe *cessão de quotas*: «1. Nenhum sócio pode ceder a terceiro a sua quota sem consentimento de *todos os outros*. 2. A cessão de quotas está sujeita à forma exigida para a transmissão dos bens da sociedade.» Como se verá adiante, tal como sucede com a epígrafe da secção II (relações entre sócios) e com os arts. 989.º e 990.º (que exigem o consentimento unânime dos consócios para um deles poder usar dos bens sociais ou exercer uma atividade concorrente), o preceito fornece algum apoio para a tese da falta de *personalidade* ou subjetividade jurídica da sociedade¹²³; mas tal inferência não é necessária (cfr. *infra*, III).

4.3 Atuação no tráfico jurídico. CAP diferenciado e CAP de exercício direto

Como se notou, a sociedade está legalmente configurada como um centro de atividade económico-produtiva (CAP) ou ator produtivo coletivo, de membros variáveis e juridicamente autónomo, com uma esfera de ação própria, separada das esferas pessoais destes (e de quem mais o integra), podendo, inclusive, subsistir transitariamente com um único membro (*i. e.*, apesar da perda do seu carácter coletivo). Encontra-se como tal reconhecida e regulada¹²⁴. Em abstrato, o CAP pode reduzir-se – ou reduzir-se substancialmente – à coletividade dos sócios (episodicamente, a um único), que levam a cabo, em comum e diretamente, o exercício da

¹²¹ Cfr. os arts. 995.º, 1001.º e ss., e, ainda, o art. 1007.º

¹²² O sócio único supérstite pode decidir a dissolução imediata; e, quer neste caso, quer no da dissolução legal, pode decidir que todo o património da sociedade passa para si (cfr. o art. 140.º do CSC). No BGB, estabelece-se expressamente no § 712a, resultante da reforma de 2021, que a redução da sociedade a um único sócio determina a sua dissolução, sem liquidação, ficando o sócio supérstite titular do património social.

¹²³ Cfr., por ex., LIMA/VARELA (1997), p. 306. Estes autores apontam, ainda, a favor da sua posição, os arts. 988.º (prestação de contas) e 1000.º (compensação): pp. 300 e 313.

¹²⁴ Cfr. a Introdução, o n.º 2.1 e o que se referiu atrás, neste n.º 4.

atividade social, utilizando ou não auxiliares. Mas este exercício não tem de ser direto: nada impede que se constitua para o efeito uma autónoma organização de meios ou fatores produtivos (empresa), tendo à frente, tendencialmente, todos ou alguns dos sócios (mas podendo também ter terceiros), organização esta que em alguma medida se interpõe entre eles e os restantes participantes no mercado. Neste caso, teremos um CAP pelo menos relativamente diferenciado, composto por uma superestrutura social e orgânica e uma infraestrutura empresarial (ou patrimonial-empresarial).

A regulação legal em apreço – no essencial constante dos arts. 980.º a 1021.º do CC – centra-se na superestrutura. Mas ocupa-se também do património social, potencialmente empresarial, que confere substância e valor ao CAP – quanto à sua formação (através das entradas dos sócios), administração, responsabilidade por dívidas e liquidação –, e, ainda, deste valor, a respeito da participação dos sócios nos lucros e nas perdas e do valor de liquidação das quotas. Donde resulta formarem as duas dimensões um todo, comumente encarado como unitário, ainda que dissociável: uma sociedade pode, designadamente, constituir-se sem património inicial (pelo menos de garantia)¹²⁵, alienar o negócio (infraestrutura produtiva), com vista à liquidação ou a uma simples mudança de atividade, bem como cessar a atividade e liquidar o património, sem se extinguir.

O foco na superestrutura ocorre, em especial, com as regras respeitantes à atuação do CAP societário no tráfico jurídico-negocial e no domínio processual. Com efeito, determina o n.º 1 do art. 996.º: «a sociedade é *representada* em juízo e fora dele pelos seus *administradores*, [i] nos termos do contrato ou [ii] de harmonia com as regras fixadas no artigo 985.º»^{126/127}.

Olhando mais de perto estas disposições legais, verifica-se que, segundo o regime legal supletivo, *i*) é inerente à qualidade de sócio a qualidade de administrador e representante («orgânico») da sociedade; *ii*) tal como sucede com os poderes de administração ou gestão interna,

¹²⁵ Cfr., por ex., LIMA/VARELA (1997), p. 285 (n.º 4).

¹²⁶ Nos termos dos arts. 11.º e 12.º, al. c), e 15.º do CPC, as sociedades civis, personalizadas ou não, têm personalidade e capacidade judiciárias, sendo a sua representação em juízo assegurada pelos respetivos administradores (ou quem eles nomearem) (arts. 25.º e 26.º).

¹²⁷ Cfr. também *supra*, n.º 2.1 e, quanto à atuação no tráfico jurídico através da infraestrutura empresarial, os arts. 248.º e ss. do CCom, 115.º, n.º 3, do CTrab e 258.º e ss. do CC.

todos os sócios têm igual poder para a representar; *iii*) e, pertencendo a representação a todos os sócios ou apenas a alguns deles, qualquer dos administradores tem o direito de se opor ao ato que outro pretenda realizar, cabendo à maioria decidir sobre o mérito da oposição. Trata-se, portanto, de um sistema de *representação legal individual* ou disjuncto mitigado.

O contrato de sociedade pode, contudo, afastar ou modificar estas regras. Designadamente, pode: *i*) derrogar a regra de que são inerentes à qualidade de sócio as qualidades de administrador e/ou representante, sendo estas conferidas de outro modo, a sócios e/ou a terceiros, mormente através de eleição; *ii*) circunscrever a regra da inerência a um ou mais sócios apenas, ficando os demais arredados da administração e/ou sem poderes de representação; *iii*) estabelecer um sistema de representação conjunto, envolvendo todos ou alguns dos sócios. Neste último caso, entende-se, em caso de dúvida, que a sociedade se vincula pela maioria. Estando em causa a definição dos poderes de representação da sociedade, as estipulações em apreço são *oponíveis a terceiros*. Quanto a esta eficácia, importa, no entanto, fazer distinções.

Não estando a sociedade sujeita a registo¹²⁸, o que antecede vale para a regulação da matéria no contrato de sociedade original. Os terceiros que contratam com a sociedade têm o ónus de verificar se quem se apresenta como representante da mesma detém poderes para o ato. O disposto no contrato de sociedade é-lhes, em princípio, oponível mesmo que eles o ignorem. Os interesses dos sócios – designadamente tendo em conta a sua responsabilidade pelo passivo social – prevalecem sobre os de agilização do tráfico das sociedades em apreço e de tutela dos terceiros¹²⁹. Pode, no entanto, justificar-se uma interpretação restritiva da lei, no sentido de que, se não existe um contrato de sociedade *escrito*, com data anterior à transação questionada, uma regulamentação deste tipo só será oponível aos terceiros que a conheciam (ou deviam conhecer)¹³⁰.

Se a regulação em apreço tiver resultado de uma alteração do contrato social, deve a mesma ser convenientemente publicitada (de facto). Se for o caso, ela também será oponível aos terceiros que contratem com

¹²⁸ Acerca da necessidade ou não do registo, cfr. *infra*. Segundo LIMA/VARELA (1997), as alusões no Código ao registo têm que ver com as perspetivas, quando da sua feitura, de criação do mesmo, num prazo muito curto, para certas sociedades civis (pp. 289 e s., n.º 2).

¹²⁹ Cfr. neste sentido, no direito italiano, por ex., GALGANO (2003), pp. 78 e ss., e nota 86, (2010), p. 2283.

¹³⁰ Vejam-se, *supra*, as observações acerca da forma do contrato (n.º 4.1).

a sociedade. Caso contrário, a oponibilidade depende da prova de que estes a conheciam (art. 996.º, n.º 2).

Quando a sociedade estiver *sujeita a registo* – e este envolver o sistema de representação social –, as disposições do pacto social apenas são oponíveis aos terceiros se registadas, com anterioridade relativamente à transação discutida; e são-no quer respeitem ao contrato originário, quer a uma versão alterada do mesmo (cfr. o art. 996.º, n.º 2)¹³¹. Acerca do regime em apreço, torna-se, portanto, crucial saber se, por lei especial ou, porventura, em face do RRNPC, as sociedades civis estão sujeitas a registo, envolvendo este o sistema de representação¹³².

Diferentemente do que sucede no CC italiano (art. 2266 II), o CC não dispõe expressamente que o *objeto social* delimita o âmbito objetivo dos poderes de representação. Tal regra pode, no entanto, quanto às SNC, retirar-se do art. 192.º, n.º 2, do CSC¹³³; e, a ser assim, ela também valerá aqui, por identidade ou maioria de razão.

Decorre do exposto que a segurança e a fluidez do tráfico jurídico em que participam sociedades civis em geral – não registadas – se mostra bastante limitada e, mesmo, problemática, dado que quem entra em contacto com as mesmas não tem uma maneira fácil e segura de saber quem são os seus administradores com poderes para a representarem, como se vinculam e dentro de que limites; sendo o problema ainda agravado caso o contrato de sociedade não revista a forma escrita. O panorama apenas será diferente quando tais dados constem de um registo público, fiável e de fácil acesso. Como se verá a seguir, sendo a sociedade uma organização baseada no crédito dos sócios, mas, ao mesmo tempo, uma

¹³¹ A rigidez desta regra (cfr. também o art. 14.º do CRCCom) pode, no entanto, ser temperada, admitindo a prova de um conhecimento efetivo por parte de certo terceiro do que consta do pacto social.

¹³² Quanto à dúvida existente acerca das sociedades civis gerais, cfr. *supra*, n.º 2.1. No caso das sociedades profissionais, como se viu (*supra*, n.º 2.2), há lei especial, que elege como entidade registadora o RNPC; mas mesmo neste caso o sistema não é claro. Se o objeto da sociedade é mercantil, deve entender-se que a sociedade está, para este efeito, sujeita a registo, quer se trate de uma sociedade preliminar, quer de uma sociedade irregular.

¹³³ Não é claro que assim seja: a norma é suscetível de ser interpretada no sentido de que o objeto define o âmbito *autorizado* dos poderes, mas não afeta os poderes jurídico-representativos em si, aferíveis pela capacidade da sociedade (cfr. também o art. 6.º, n.º 4, do CSC).

organização de membros variáveis, problema semelhante existe quanto à identificação destes.

4.4 Património social. Autonomia patrimonial

Mostra-se consensual que a atividade das sociedades civis, mesmo quando estas se considerem desprovidas de personalidade jurídica, é exercida num quadro patrimonial autónomo, separado das esferas jurídicas individuais dos sócios¹³⁴: tem na base um património específico – composto tendencialmente por situações jurídicas ativas e passivas e sendo o ativo tipicamente formado a partir, quer das contribuições dos sócios, em bens e/ou serviços, quer do seu crédito pessoal¹³⁵ – afeto a essa atividade e à realização do fim último lucrativo¹³⁶, e os respetivos efeitos jurídico-patrimoniais reconduzem-se a ele. Neste sentido, pode dizer-se que a sociedade, além de ser um centro de atividade (CAP) – uma unidade «coletiva» de comunicação e ação (jurisgénica) –, é um centro de imputação jurídica (a que se reconduzem os efeitos do contrato de sociedade e da atividade), possui uma esfera jurídico-patrimonial própria (CAP personificado ou dotado de subjetividade jurídica), ou, pelo menos, envolve um correspondente sistema de imputação especial (coletiva), e tem afeto um património, distinto dos patrimónios pessoais dos sócios (CAP patrimonialmente autónomo)¹³⁷.

Noutros termos, as sociedades civis, em geral, são, pelo menos, CAP autónomos (compreendendo uma esfera de atuação separada da esfera individual dos sócios) dotados de autonomia patrimonial (envolvendo um património autónomo, de facto e juridicamente afeto à atividade e à realização do fim de que esta é instrumental, protegido como tal). A garantia dos seus credores é constituída, antes de mais, pelos elementos ativos do património social¹³⁸, e encontra-se protegida: *i*) pela regra implícita de que este património só poderá ser diminuído em benefício dos sócios mediante uma distribuição de lucros (se os houver) ou reservas

¹³⁴ Que, inclusive, estão obrigados a não exercer atividade concorrente (art. 990.º); e, pela mesma razão, devem também abster-se de desviar para si ou aproveitar-se de oportunidades de negócio da sociedade.

¹³⁵ Cfr. os arts. 983.º e s. e o art. 997.º

¹³⁶ Cfr. os arts. 997.º e ss. e *supra*, n.º 2.1.

¹³⁷ Como sucede com o EIRL, relativamente ao seu titular (cfr., designadamente, os arts. 1.º, n.º 2, 3.º, 10.º e s., 14.º e s., e 22.º do DL n.º 248/86).

¹³⁸ Arts. 997.º, n.º 1, 1.ª parte, e 998.º, n.º 1.

de lucros; *ii*) pelas regras sobre compensação de créditos do art. 1000.º; e *iii*) pelas regras segundo as quais os credores pessoais dos sócios, por um lado, não podem executar bens sociais, apenas lhes sendo facultado exigir da sociedade o valor de liquidação das respetivas participações sociais, se necessário (*i. e.*, se não se puderem fazer pagar através de outros bens dos sócios devedores) (art. 999.º), e, por outro lado, numa hipotética liquidação da sociedade, só têm direito ao que eventualmente caiba aos sócios devedores¹³⁹; regras estas que concretizam a mencionada afetação jurídica.

Todavia – como se sabe – esta autonomia não é perfeita ou completa. Na verdade, por um lado, ela encontra-se, de algum modo (indiretamente), enfraquecida, porque os credores pessoais, em caso de necessidade, podem tornar-se, eles próprios, credores da sociedade numa medida correspondente ao valor da participação do sócio devedor (ainda que não concorram com os demais na eventual liquidação da sociedade)¹⁴⁰. Por outro lado, a garantia patrimonial dos credores sociais encontra-se legalmente reforçada com a complementar garantia dos patrimónios pessoais dos sócios – pelo menos de alguns (art. 997.º, n.º 2) – nos termos dos arts. 997.º e 998.º, n.º 2 (o que, indiretamente, faz com que a atividade social também assente, em maior ou menor medida, no crédito e solvabilidade pessoais dos mesmos sócios); e, embora os sócios possam invocar o benefício da prévia excussão do património social, são, entre si, devedores solidários¹⁴¹.

Quanto a esta garantia complementar (e inerente crédito pessoal), existe, contudo, um senão: sendo a sociedade uma organização de membros variáveis, na falta de um registo público, fiável e de fácil acesso, donde constem os sócios que a forem sucessivamente compondo, pode tornar-se difícil e inseguro, para quem entra ou põe a hipótese de entrar

¹³⁹ No CC de 1867, cfr. o art. 1274.º

¹⁴⁰ O art. 999.º é uma disposição imperfeita, justificando-se a sua interpretação e integração à luz do art. 183.º do CSC. Cfr. sobre o tema *supra*, n.º 2.1.2, e, por ex., CORDEIRO (2018), pp. 544 e s.

¹⁴¹ A solidariedade – característica das obrigações mercantis – traduz uma comercialização deste aspeto da sociedade civil, por via do CC italiano, que acolheu na matéria a regra existente no CCom de 1882. No direito português, cfr., no direito pretérito, os arts. 1272.º do CC e 153.º do CCom. Note-se que as sociedades são regidas por dois princípios fundamentais: o da separação da atividade social e o da separação patrimonial. Se eles não forem observados, com (potencial) prejuízo para os credores, o benefício da excussão prévia não se justifica (tal como não se justifica, nas sociedades de responsabilidade limitada, e também no EIRL, o benefício desta).

numa relação negocial com a sociedade, saber quem são, afinal, os seus garantes; dificuldade que ainda aumentará se o contrato de sociedade não revestir forma escrita. E, a respeito da garantia do património social, a falta de contas depositadas num tal registo também é de molde a dificultar o tráfico jurídico em que a sociedade participa.

Em termos mais gerais, coloca-se, ainda, outra questão: a autonomia patrimonial que caracteriza o regime das sociedades – incluindo as sociedades civis gerais, em apreço – é expressão ou consequência da *subjetividade jurídica* da sociedade¹⁴²? Ou existe sem esta? Em face dos mesmos dados normativos, a opinião mais tradicional pendia para a negação da subjetividade jurídica¹⁴³. Hoje em dia, porém, nota-se uma tendência para afirmar esta subjetividade, deduzindo-a dos textos legais¹⁴⁴. Ocupamo-nos deste ponto adiante, no título III.

¹⁴² Acerca da autonomia patrimonial nas sociedades personificadas (e não personificadas), cfr., por ex., CORREIA (1968), pp. 60 e ss., 81 e ss., e (1982), pp. 547 e ss. Usamos a expressão subjetividade jurídica para referir a qualidade ou aptidão da sociedade para ser sujeito de direitos e de vinculações, deixando a expressão personalidade jurídica ou coletiva, preferencialmente, para os casos em que há o reconhecimento formal desta qualidade e uma correspondente equiparação geral às pessoas singulares. Mas também pode usar-se esta última expressão, distinguindo, num conceito amplo de personalidade coletiva, as pessoas coletivas em sentido estrito, ou plenas, com tendencial capacidade jurídica plena (compatível com a sua natureza coletiva e, porventura, com os seus fins), daquelas em que essa equiparação não existe, carecendo a sua capacidade jurídica de ser determinada [cfr., substancialmente neste sentido, CORDEIRO (2020), pp. 262 e ss., 317 e ss., e (2022), pp. 10 e ss., a respeito do BGB; cfr., também ANDRADE (1960), pp. 52 e ss.]. E seria viável, ainda, utilizar como conceito geral o de capacidade jurídica, como propõe GONÇALVES (2015), pp. 550 e ss., (2015a), pp. 121 e ss., e (2019), pp. 25 e ss. [definindo, como na Alemanha – cfr., por ex., SCHMIDT (2002), p. 181 –, a capacidade jurídica como a «susceptibilidade da titularidade de direitos e obrigações», envolvendo uma dimensão, simultaneamente, qualitativa e quantitativa], mas este tem o inconveniente de ter adquirido na dogmática jurídica nacional um significado essencialmente quantitativo, de medida de direitos e vinculações.

¹⁴³ Cfr., neste sentido, designadamente, MOREIRA (1907/1908), pp. 193 e ss., CORREIA (1989), pp. 134, nota 8, e 139, nota 9 (comunhão de mão comum), LIMA/VARELA (1997), pp. 287 e s. (n.º 8), citando, nomeadamente, o autor anterior, de que se transcrevem excertos de um trabalho inédito, preparatório do CC, PINTO (2005), pp. 295 e s., PITA (2017), pp. 1209 e s., 1225 e 1229, bem como as indicações constantes de CORDEIRO (2020), pp. 318 e ss.

¹⁴⁴ Cfr. COSTA (2020), pp. 392 e ss., 422 e ss., CORDEIRO (2020), pp. 291, 294 e s., 301 e ss., 322 e s., distinguindo as sociedades civis com personalidade jurídica plena (as formalmente constituídas e registadas) e as dotadas de personalidade rudimentar, ASCENSÃO

4.5 Prestação de contas

O art. 988.º – sob a epígrafe *fiscalização dos sócios* – atribui, no respetivo n.º 1, aos sócios, individualmente considerados, por um lado, o direito a obter dos administradores as informações de que necessitem acerca dos negócios da sociedade, incluindo o direito de consulta dos pertinentes documentos (direito à informação); por outro lado, o *direito a exigir a prestação de contas*. O primeiro, como se compreende, é exercitável a todo o tempo. Quanto ao segundo, dispõe-se no n.º 2 que, salvo diferente regulação no pacto social, os mesmos administradores da sociedade deverão prestar contas da sua gestão no fim de cada ano civil ou no termo da sociedade se a duração desta for inferior a um ano.

Se, em virtude do disposto no pacto social, a administração for conjunta e nem todos os sócios forem administradores, o natural é que o façam, também conjuntamente, em reunião da assembleia convocada para o efeito ou remetendo os pertinentes documentos aos demais sócios. No sistema legal supletivo da administração disjunta (art. 985.º), pode entender-se que cada administrador (via de regra, sócio administrador) deverá prestar contas da sua administração. Mas, mesmo que à sociedade não seja aplicável o SNC¹⁴⁵, isso não exclui a obrigação legal de elaboração (pelos administradores) e aprovação (pelos sócios) de contas – balanço e/ou demonstração de resultados – relativas a ela própria¹⁴⁶, ao menos para efeitos de apuramento do lucro distribuível (e eventuais

(2000), pp. 309 e ss. (havendo uma empresa, que o regime legal pressupõe – 2000a, pp. 10 e s.), GONÇALVES (2015), pp. 597, 711 e ss., (2019), pp. 46 e s., e, fazendo-a depender de requisitos formais, CUNHA (1971/72), FERNANDES (2009), MENDES (1978), VASCONCELOS (2010), SEQUEIRA (2015), citados *supra*, n.º 2.1.2. ABREU (2021) elenca as razões pelas quais as sociedades civis simples (mesmo se formalmente constituídas) não constituem pessoas coletivas, pp. 173 e ss.; mas depois de salientar o fraco significado normativo do conceito e de admitir entes dotados de subjetividade jurídica não personificados, entre os quais, as sociedades comerciais antes do registo (pp. 163 e ss., 168 e ss.). VENTURA (2006), sem tomar aqui posição sobre o assunto, rebate também os argumentos a favor da personalidade jurídica (pp. 25 e ss.). LABAREDA (1988) não se pronuncia diretamente sobre o tema, mas cfr. a nota 245.

¹⁴⁵ As sociedades civis gerais não estão contempladas no art. 3.º do DL n.º 158/2009, alterado e republicado pelo DL n.º 98/2015, e a LSP também não se ocupa do assunto.

¹⁴⁶ No caso das sociedades profissionais, cfr., por ex., a respeito das sociedades de advogados, o art. 30.º do anterior RJSAdv (aprovado pelo DL n.º 229/2004). Se todos os sócios forem administradores, bastará a assinatura dos pertinentes documentos pelos mesmos, como, para as SpQ, se dispõe no art. 262.º, n.º 2, do CSC.

perdas) e do lucro tributável¹⁴⁷. Donde se infere que, à semelhança do que sucede nas sociedades comerciais, incluindo as de pessoas, via de regra, os administradores cumprirão o seu dever de prestação das contas – também para com os sócios –, submetendo à coletividade social uma proposta de aprovação das mesmas. Nas sociedades bipessoais, sendo apenas um sócio administrador, tal proposta será, naturalmente, submetida à aprovação do outro sócio, em reunião de ambos ou não. Sendo ambos administradores, haverá uma prestação recíproca de contas, com vista ao apuramento do resultado do exercício ou, estando a sociedade em liquidação, do resultado final.

Se os administradores, ou algum deles, não prestarem contas, *motu proprio*, qualquer sócio poderá exigir essa prestação. E este direito é efetivável coercivamente mediante o processo especial regulado nos arts. 941.º e ss. do CPC. O mesmo deve entender-se se as contas forem rejeitadas (ou não forem aprovadas), pela coletividade social ou, nas sociedades bipessoais, pelo sócio em causa¹⁴⁸.

Se os administradores prestarem contas, submetendo à coletividade dos sócios uma proposta de aprovação das mesmas, e se estas forem aprovadas, mas não por todos os sócios, pode colocar-se a questão de saber como poderão os sócios discordantes reagir. Aplicando as regras gerais – que se extraem quer do regime das associações (cfr. o art. 157.º do CC) quer do CSC (o principal e mais desenvolvido diploma legal do direito associativo privado) –, uma deliberação regularmente tomada será vinculativa para todos os sócios, mesmo os que hajam votado contra. Sendo assim, a reação dos sócios discordantes terá de passar pela impugnação da deliberação de aprovação, com fundamento na insuficiência ou não veracidade das contas¹⁴⁹. O recurso ao processo especial de prestação de contas – enquanto processo dirigido a forçar esta prestação – não se afigura adequado¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Cfr. os arts. 991.º e s. do CC e os arts. 2.º, n.º 1, al. b), e n.º 2, e 6.º do CIRC.

¹⁴⁸ Em ambos os casos, a solução do CSC é diferente (arts. 67.º e 68.º), mas não substancialmente diferente.

¹⁴⁹ No CSC, cfr. o art. 69.º

¹⁵⁰ Com uma leitura diferente do Código, de cariz individualista, cfr. LIMA/VARELA (1997), p. 300, entendendo que as contas devem ser prestadas ao sócio que as solicitar e não à sociedade; que a circunstância de um administrador ter prestado contas a um sócio não o isenta de nova prestação de contas a outro ou outros sócios que a requeiram; e que, mesmo que as contas hajam sido aprovadas pela maioria dos sócios, a aprovação não é vinculativa para o sócio ou os sócios que o não fizeram, conservando estes o seu

5. Sociedades irregulares

No âmbito das sociedades irregulares, importa distinguir as sociedades irregulares gerais ou simples (ex-sociedades preliminares ou não) (n.º 5.1) e as SpQ e SA irregulares (n.º 5.2), via de regra originárias sociedades em formação. Como decorre do exposto, subjacente ao conceito está sobretudo a norma de ordenação económica do art. 1.º, n.ºs 1 a 3, do CSC, segundo a qual, com ressalva do que se observou a respeito das sociedades preliminares e em formação (n.ºs 3.2.2 e 3.2.3), todo o exercício societário de uma atividade mercantil deve ser levado a cabo através de uma sociedade de direito comercial, legalmente típica e registada (formal e publicamente instituída); embora também se concebam SpQ e SA com objeto civil que perduram («irregularmente») no tráfico jurídico como sociedades não registadas após terem perdido o inicial carácter provisório.

5.1 Sociedades irregulares gerais ou simples

As sociedades irregulares gerais ou simples são sociedades com objeto mercantil, sem tipo legal definido, não registadas e, frequentemente, com um título constitutivo que não observa a forma prescrita no art. 7.º do CSC, podendo até ser tácito, com ressalva das sociedades preliminares a que se refere o art. 36.º, n.º 2, deste Código¹⁵¹. O grosso das mais de 33 mil sociedades irregulares constantes dos dados estatísticos referidos no início deste estudo plausivelmente terão esta condição.

A primeira grande questão que as mesmas suscitam é a de saber que regime legal se lhes aplica; consistindo a segunda em saber se esse regime se aplica em toda a sua extensão. Quanto à primeira, diversas razões levam à conclusão de que tais sociedades são regidas pelos arts. 980.º a 1021.º do CC; e, quanto à segunda, a diretriz geral será a de que tais artigos se aplicarão na medida em que tal seja compatível com a indicada

direito à prestação de contas. Note-se que, em última análise, esta interpretação da lei – se bem que em parte compreensível nas sociedades com apenas dois sócios – significa a negação à coletividade social da competência para deliberar a aprovação das contas, com a comum força vinculativa, para todos os sócios, das deliberações não precedentemente impugnadas. Sobre o tema, cfr. também PITA (2017), p. 1219, observando que, a respeito das sociedades irregulares, o STJ e as Relações têm admitido como forma de tutela dos sócios o processo de inquérito regulado nos arts. 1048.º e ss. do CPC (aquele que é referido nos arts. 67.º e s. do CSC), colocando a prestação de contas das sociedades civis na órbita do CSC, o que, contudo, só poderá acontecer por analogia.

¹⁵¹ Cfr. *supra*, n.º 3.2.2, e ASCENSÃO (2000a), pp. 99, 103 e s.

norma de ordenação económica. Com efeito, o regime constante destes artigos mostra-se ambivalente: por um lado, é o regime concebido para regular as sociedades civis em geral; por outro lado, constitui o direito societário geral, *i. e.*, é direito privado comum, que o art. 2.º do CSC manda aplicar a título subsidiário. Na falta de disposições especialmente aplicáveis às sociedades em apreço no CSC, salvo regras fragmentárias, ele tem, pois, enquanto direito privado comum, uma natural vocação para se aplicar. E ao mesmo resultado se chega ou aplicando analogicamente aquele art. 36.º, n.º 2, ou considerando que as sociedades em causa caem no campo de aplicação do CSC, embora só tenham neste uma regulação fragmentária, intervindo o regime em apreço a título subsidiário (art. 2.º do CSC)¹⁵².

Analisam-se, em seguida, alguns aspetos especialmente relevantes. Mas pode, em termos mais gerais, observar-se, ainda, o seguinte: *i*) as sociedades em apreço, tendo um objeto comercial, devem considerar-se sujeitas ao *estatuto do comerciante*, salvo, porventura, na parte em que este lhes seja favorável, bem como ao SNC e aos juízos de comércio¹⁵³; *ii*) mesmo sendo, por isso, obrigadas a adotar uma *firma*¹⁵⁴ e ainda que tenham obtido o competente certificado de admissibilidade, não possuem um direito privativo sobre ela, porque este depende do registo¹⁵⁵; *iii*) o respetivo título constitutivo é *nulo* por violação do princípio da tipicidade ou *numerus clausus* das sociedades com objeto mercantil (art. 1.º, n.º 3)¹⁵⁶ e, pelo menos num grande número de casos, sê-lo-á também por vício de forma¹⁵⁷; podendo e devendo o MP propor ação de liquidação

¹⁵² Cfr., igualmente, ASCENSÃO (2000a), pp. 25 e s., 99, 103 e s. (aplicação analógica). No sentido de que o art. 36.º, n.º 2, se aplica diretamente, cfr. PITA (2004), pp. 283 e ss., 302 e ss.

¹⁵³ Cfr. o que se disse acerca das sociedades preliminares (*supra*, n.º 3.2.2) e em formação (*supra*, n.º 3.2.3).

¹⁵⁴ Cfr. o art. 18.º, 1.º, do CCom.

¹⁵⁵ Cfr. o que se disse a respeito das sociedades civis, *supra*, n.º 2.1.2 e nota 43.

¹⁵⁶ Se, adicionalmente, a firma for indicativa de que se trata de uma SpQ ou SA ou se a sociedade é apresentada no tráfico como tal, para além de haver uma violação da norma de ordenação em apreço, a firma é enganosa (cfr. o art. 32.º do RRNPC) e esta prática também o é, caindo nas malhas do direito da concorrência desleal e das práticas comerciais desleais.

¹⁵⁷ Com efeito, o art. 7.º do CSC afasta o art. 981.º do CC. Acerca da nulidade, cfr. o art. 41.º Considerando nulo o contrato sem a forma exigida no CSC na própria sociedade preliminar (*supra*, n.º 3.2.2), cfr., por ex., CORREIA (1989), pp. 87 e 138, SERENS (1997), pp. 24, 28 e 31, ABREU (2021), p. 124, PITA (2007), pp. 269 e ss. Contra, sem distinguir

da sociedade, após promover sem sucesso a sua regularização (arts. 172.º e 173.º) e podendo qualquer interessado propor ação de nulidade, nos termos gerais (cfr. o art. 286.º do CC), com efeitos dissolutórios e sujeição da liquidação a regras especiais¹⁵⁸, embora, por analogia com o disposto no art. 173.º (tendo implícito um princípio de conservação das sociedades, enquanto unidades produtivas), a sociedade possa requerer ao tribunal prazo para se regularizar e a regularização seja possível até ao trânsito em julgado da decisão proferida na ação^{159/160}.

5.1.1 Vinculação da sociedade

No que respeita à atuação da sociedade no tráfico jurídico-negocial, mais especificamente à sua *representação «orgânica»*, faltando, indevidamente, o registo – donde deveria constar o sistema de representação em apreço –, da aplicação do art. 996.º não pode retirar-se a oponibilidade a terceiros – pelo menos, se de boa fé – de eventuais cláusulas originárias do contrato de sociedade derogatórias do regime legal do CC¹⁶¹. As cláusulas em apreço devem, para o efeito, considerar-se sujeitas a registo.

sociedades preliminares e irregulares, cfr., por ex., CASTELO (2016), pp. 293 e ss., 299 e ss., e o acórdão STJ de 19.11.1996. Cfr., ainda, ANTUNES (2021), p. 209 e notas 454 e s., e PITA (2004), pp. 283 e ss., com mais indicações.

¹⁵⁸ Cfr. os arts. 52.º, para que remete o art. 41.º, n.º 1, e 165.º do CSC, e *supra*, a respeito das sociedades preliminares, n.º 3.2.2.

¹⁵⁹ Já assim podia entender-se, substancialmente, na vigência do CCom. A grande novidade do CSC reside na circunstância de ter contemplado duas situações específicas em que o início da atividade social, sem estar completo o processo constitutivo de uma sociedade de direito comercial, é tolerado, escapando à lógica estrita das sociedades irregulares, designadamente, à sujeição a liquidação, mediante ação direta do MP ou ação de nulidade: a das sociedades preliminares (art. 36.º, n.º 2 do CSC) e a das sociedades em formação (arts. 37.º e ss. e 19.º). Na verdade, tratando-se de situações provisórias, tal sujeição a liquidação mostra-se desprovida de sentido, como se observou no lugar próprio (cfr., sobretudo, *supra*, n.º 3.2.2).

¹⁶⁰ Note-se que a jurisprudência tributária também distingue as sociedades «irregulares» das sociedades civis gerais, negando-lhes o regime de transparência fiscal. Cfr. o acórdão do STA de 5.02.2014.

¹⁶¹ Acerca desta oponibilidade, nas sociedades civis, cfr. o que se escreveu *supra*, n.º 4.3.

5.1.2 *Garantia patrimonial dos credores sociais*

Quanto à responsabilidade pelo passivo social, à plena garantia do ativo social¹⁶², acresce a responsabilidade dos *sócios*, nos termos gerais¹⁶³. Via de regra, cada sócio responde pelo passivo social existente, até à data em que haja cessado – com eficácia em relação a terceiros – a sua qualidade de sócio (mesmo se anterior à aquisição desta – art. 997.º, n.º 4)¹⁶⁴. Todavia, devendo, para este efeito, o facto determinante da perda desta qualidade considerar-se sujeito a registo¹⁶⁵, faltando este, o ex-sócio (ou os seus sucessores) ou não poderá, em princípio, invocá-la¹⁶⁶, ou apenas o poderá fazer, opondo a um determinado credor social que a dívida é posterior a tal perda, provando o efetivo conhecimento da mesma por parte desse credor¹⁶⁷.

Estando em causa uma sociedade irregular, designadamente para pressionar a sua regularização¹⁶⁸, mas também por razões de ordem prática e de proteção dos terceiros que contratam com a sociedade (o tráfico mercantil quer-se fluido e seguro e estes podem nem saber quem são os sócios e não ter informação acerca da existência e consistência do património social), mostra-se defensável uma adicional responsabilidade de quem atua em nome da sociedade (responsabilidade do *agente*) e dos respetivos *gerentes ou administradores*, designados e porventura de facto, presuntivos responsáveis pela existência da sociedade irregular

¹⁶² Arts. 997.º, n.º 1, 1.ª parte, e 998.º

¹⁶³ Arts. 997.º e 998.º, n.º 2.

¹⁶⁴ Cfr., a respeito da exoneração e da exclusão, o art. 1006.º, n.º 1, do CC. Cfr. também o art. 1016.º, aplicável, *mutatis mutandis*, tendo, ainda, em conta a obrigação de quinhão nas perdas (art. 992.º), quando houver lugar à liquidação da participação social, com potencial valor negativo, em vida da sociedade.

¹⁶⁵ À semelhança do que se observou a respeito da vinculação da sociedade: *supra*, n.º 5.1.1.

¹⁶⁶ Ressalvam-se os casos em que a perda da qualidade de sócio tenha resultado de sentença judicial – situação que ocorrerá, naturalmente, se a exoneração e a exclusão tiverem sido judiciais – ou haja sido posteriormente reconhecida por sentença. Aqui tem especial interesse a eventual exoneração fundada na irregularidade da sociedade, mormente de sócios que se tenham oposto à continuação da atividade de uma originária sociedade preliminar; exoneração essa fundada em justa causa (cfr. o art. 1002.º, n.º 2) e de possível exercício judicial ou possível objeto de sentença destinada a reconhecê-la, se exercida extrajudicialmente.

¹⁶⁷ Isto resulta da interpretação adaptada do art. 1006.º, n.º 2, do CC.

¹⁶⁸ Acerca desta, cfr. *infra*, n.º 6.

no mercado, como sucede no art. 40.º, n.º 1, e no art. 4.º, n.º 2. A razão de ser é semelhante.

5.1.3 Prestação de contas

Um tema largamente tratado na jurisprudência existente acerca das sociedades irregulares (simples) é o da obrigação de prestação de contas por parte de quem as gere. Mais especificamente, a grande questão consiste em saber se um sócio pode, no exercício do direito que lhe cabe segundo o art. 988.º do CC (aplicável diretamente ou por analogia), lançar mão do processo especial regulado nos arts. 941.º e ss. do CPC ou se, pelo menos quando seja invocada a nulidade do contrato de sociedade, essa prestação de contas terá de ocorrer no âmbito da liquidação da sociedade¹⁶⁹.

A resposta tem sido predominantemente no primeiro sentido; e surge parcialmente fundamentada numa suposta validade desse contrato¹⁷⁰. O assunto requer desenvolvimentos que aqui não podem fazer-se. Em termos muito gerais, importa realçar que, havendo uma sociedade com objeto mercantil atípica (geral) e/ou sem contrato dotado da forma prevista no art. 7.º do CSC, não meramente preliminar mas irregular em sentido estrito, o contrato é nulo; embora, como se referiu, a declaração de nulidade apenas tenha efeitos dissolutórios da sociedade realmente existente¹⁷¹. Porém, numa grande parte dos casos submetidos à apreciação dos tribunais, a sociedade em causa era meramente interna; e, portanto, via de regra, o problema da validade não se colocava¹⁷².

Também numa parte dos casos, estava em causa uma sociedade constituída, entre duas pessoas, para a realização de certo empreendimento, tendo-se já esgotado o objeto da mesma; e o problema circunscrevia-se,

¹⁶⁹ Se a sociedade já se encontrar em liquidação, no sentido de que não há lugar para um processo autónomo, cfr. o acórdão do TRC de 9.01.2012.

¹⁷⁰ Cfr., por ex., os acórdãos do STJ de 9.11.1996 e 7.1.1999. Na mesma direção, CASTELO (2016), p. 294. Considerando que, sendo nulo o contrato, os interessados não podem fazer valer direitos como o presente, tornando-se necessário, para o efeito, requerer a prévia regularização da sociedade ou a sua efetivação no processo de liquidação, cfr. PITA (2004), pp. 318 e ss. No acórdão do TRP de 23.0.3.2006, admitiu-se o inquérito judicial à sociedade irregular para apurar se o requerido devia prestar contas da sua administração.

¹⁷¹ Cfr. *supra*, n.º 3.2.1.

¹⁷² Neste caso, pode questionar-se a aplicação do art. 988.º do CC, mas o problema é distinto do da aplicação do processo especial.

portanto, à prestação de contas final, por um sócio (administrador ou que colheu os resultados da atividade exercida) requerida pelo outro.

5.2 *SpQ e SA irregulares*

As SpQ e SA irregulares (resultantes da conversão de SpQ e SA em formação em sociedades irregulares, por abandono voluntário do projeto de constituir uma sociedade registada, porque o registo foi negado ou se tornou impossível, ou já constituídas sem intenção de registar) – hoje em dia, tal como as correspondentes sociedades em formação, plausivelmente pouco numerosas, dada a existência dos aludidos processos simplificados de constituição das mesmas – justificam também um apontamento. Em termos gerais, importa, antes de tudo, saber: *que regime legal se lhes aplica?* O regime societário geral, constante dos arts. 980.º a 1021.º do CC, com as devidas adaptações e tendo em conta que uma eventual participação da sociedade no tráfico como SpQ ou SA apresenta carácter enganoso? Primeiramente e na medida do possível, o regime do CSC?

Uma resposta cabal – que implicaria, ainda, distinguir as sociedades com título formalmente válido, aqui tidas diretamente em vista, das que o não têm, que podem reconduzir-se ao mencionado art. 36.º, n.º 2, mas envolvem o uso enganoso do tipo – exigiria um estudo que aqui não pode ser feito. Em todo o caso, sob reserva de melhor reflexão, poderá dizer-se que, à semelhança do que sucede com as sociedades em formação, *nas relações internas*, será aplicável, em princípio, o disposto no contrato e no CSC, salvo o que pressupuser o registo da sociedade (e das participações sociais), com as duas grandes exceções constantes do art. 37.º: quer a transmissão das participações sociais, quer a alteração do pacto social requerem o consentimento unânime dos sócios. A estas acresce, no entanto, pelo menos um outro desvio importante ao regime legal dos tipos sociais em apreço: às causas legais de *exoneração* deve acrescentar-se a irregularidade da sociedade, especialmente relevante, sobretudo, para quem se oponha à perduração de uma inicial sociedade em formação como sociedade irregular¹⁷³. E a irregularidade deve considerar-se também justa causa de *dissolução*, dado estar em causa

¹⁷³ Acresce a dissolução, referida a seguir.

um problema não apenas relativo ao funcionamento da sociedade e aos possíveis sócios discordantes, mas também regulatório¹⁷⁴.

No que respeita às *relações externas*, apesar do silêncio da lei, é possível defender, a respeito das SpQ e SA em formação, a aplicação à representação do regime legal do tipo. Embora com dúvidas, entendemos que tal solução não é de acolher aqui: a irregularidade da sociedade justifica uma prevalência dos interesses de segurança e fluidez do tráfico mercantil e dos terceiros que contratam com a sociedade de algum modo às cegas; ou seja, reclama a aplicação do regime semelhante ao das sociedades irregulares gerais ou simples. E também não se justificam as restrições à capacidade da sociedade que se identificaram a respeito das sociedades em formação.

A *responsabilidade pelo passivo social* não apresenta especialidades de monta, em confronto com o que se viu a respeito das sociedades irregulares gerais¹⁷⁵, embora a responsabilidade dos gerentes e administradores, distintos dos sócios, tenda a assumir aqui um lugar mais relevante. Assim, à plena garantia do ativo social¹⁷⁶, que aqui não pode sofrer contestação mesmo para quem entenda que ela (praticamente) não existe nas SpQ e SA em formação, acresce a responsabilidade dos *sócios*, nos termos gerais¹⁷⁷. Via de regra, cada sócio responde pelo passivo social existente, até à data em que haja cessado – com eficácia em relação a terceiros – a sua qualidade de sócio (mesmo se anterior à aquisição desta – art. 997.º, n.º 4, do CC)¹⁷⁸. Todavia, devendo, para este efeito, o facto determinante da perda desta qualidade considerar-se sujeito a registo¹⁷⁹, pelo menos quando às SpQ irregulares¹⁸⁰, faltando este, o ex-sócio (ou

¹⁷⁴ A coordenada fundamental do sistema pode encontrar-se no art. 4.º, n.º 3. Defendendo, em geral, a aplicação às sociedades em apreço do art. 36.º, n.º 2, cfr. PITA (2004), pp. 520 e ss.

¹⁷⁵ Cfr. *supra*, n.º 5.1.2.

¹⁷⁶ Arts. 997.º, n.º 1, 1.ª parte, e 998.º do CC.

¹⁷⁷ Arts. 997.º e 998.º, n.º 2, do CC.

¹⁷⁸ Cfr., a respeito da exoneração e da exclusão, o art. 1006.º, n.º 1, do CC. Cfr. também o art. 1016.º, aplicável, *mutatis mutandis*, tendo também em conta a obrigação e quinhão nas perdas (art. 992.º), quando houver lugar à liquidação da participação social, com potencial valor negativo, em vida da sociedade.

¹⁷⁹ À semelhança do que se observou a respeito da vinculação da sociedade: *supra*, n.º 5.1.1.

¹⁸⁰ Cfr. o art. 3.º, n.º 1, al. i), do CRCCom.

os seus sucessores) ou não poderá, em princípio, invocá-la¹⁸¹, ou apenas o poderá fazer – opondo a um determinado credor social que a dívida é posterior a tal perda – se provar o efetivo conhecimento da mesma por parte desse credor¹⁸².

Note-se, ainda, que, estando em causa uma sociedade irregular, designadamente para pressionar a sua regularização¹⁸³, também aqui se justifica uma adicional responsabilidade de quem atua em nome da sociedade (responsabilidade do *agente*) e dos respetivos *gerentes ou administradores*, designados e porventura de facto, como sucede nas SpQ e SA em formação (art. 40.º, n.º 1) e nas sociedades estrangeiras que, sendo obrigadas a isso, não têm em Portugal representação permanente registada (art. 4.º, n.º 2). A razão de ser é semelhante.

6. Regularização de sociedades irregulares. *Transformação*

Tal como sucede com as sociedades civis (externas) em geral, as sociedades irregulares – simples ou SpQ e SA irregulares – constituem CAP coletivos presentes no mercado, integrando o tecido produtivo nacional. Logo, apesar da irregularidade, a lei favorece a sua subsistência, dando aos interessados a oportunidade de regularizarem a situação. O art. 173.º exprime bem esta ideia.

A regularização pode dar-se de diversas maneiras¹⁸⁴. Designadamente, estando em causa uma sociedade irregular simples (ou geral), podem os sócios *constituir uma sociedade* em devida forma – *maxime*, uma SpQ ou SA – e transferir para a mesma o negócio já existente, esvaziando, dissolvendo e liquidando a sociedade preexistente. Mas podem também assegurar a subsistência e continuidade do próprio CAP societário já existente, alterando apenas a sua forma jurídica, ou seja, podem socorrer-se, para o efeito, da figura da *transformação*, como, para a sociedade civil em geral, se prevê no art. 130.º, n.º 2, do CSC¹⁸⁵.

Tratando-se de uma SpQ ou SA irregular, que os interessados pretendam manter como tal, não haverá mudança de forma. Como, porém, se trata de passar de uma SpQ ou SA irregular – dotada de um regime

¹⁸¹ Ressalvam-se os casos em que a perda da qualidade de sócio tenha resultado de sentença judicial (cfr. *supra*, nota 166).

¹⁸² Isto resulta da interpretação adaptada do art. 1006.º, n.º 2, do CC.

¹⁸³ Acerca desta, cfr. *infra*, n.º 6.

¹⁸⁴ Cfr. *supra*, n.º 3.2.1.

¹⁸⁵ Mais restritivo, PITA (2004), pp. 329 e ss., 353 e ss.

jurídico substancialmente distinto do dos tipos regulares, aliás mal definido, como se viu –, para uma correspondente sociedade regular, serão de observar também pelo menos algumas regras do CSC aplicáveis à transformação; mormente, o art. 131.º, n.º 1, al. b). Uma vez que não estamos perante uma (regular) SpQ ou SA em formação, de carácter provisório ou transitório, o art. 19.º não se aplica. Mormente, não se aplica o efeito liberatório previsto no n.º 3. A prática de ativar a sociedade antes do registo, deixando-a perdurar assim longo tempo, e de a registar quando o negócio dá sinais de não estar a correr bem, para obter esse efeito, que ocorreu com alguma frequência no passado, não tem cobertura legal¹⁸⁶.

III – Sociedades civis, sociedades irregulares e personalidade jurídica

7. Sociedades civis

Decorre do exposto¹⁸⁷ que as sociedades civis reguladas no CC (sociedades de direito civil) são, pelo menos no essencial, sociedades externas, que atuam ou se destinam a atuar no tráfico jurídico. De fora, ficam as sociedades meramente internas, que não surgem, enquanto atores produtivos coletivos, neste tráfico. É sobre essas sociedades externas que incide a questão da respetiva personalidade jurídica, de que agora nos ocupamos. Ainda assim, como também já se observou, importa nelas fazer distinções. A primeira, é entre sociedades gerais ou simples e sociedades de direito especial. A esta última categoria pertencem as sociedades de direito civil profissionais – reguladas especialmente na LSP (Lei n.º 53/2015), juntamente com as sociedades profissionais de direito comercial, a que se aplica, em geral, o CSC¹⁸⁸. Segundo esta Lei, tais sociedades profissionais de direito civil adquirem *personalidade jurídica* com a inscrição definitiva do respetivo contrato de sociedade no RNPC; enquanto as sociedades profissionais de direito comercial adquirem tal personalidade nos termos em que a adquirem as sociedades de direito

¹⁸⁶ Sobre o tema, cfr. também PITA (2004), pp. 497 e ss., 520 e ss., 579 e ss., 592 e s.

¹⁸⁷ Cfr. *supra*, n.ºs 2 e 4.

¹⁸⁸ Cfr. *supra*, n.º 2.2.

comercial em geral (com objeto comercial e/ou civil), *i. e.*, com o registo definitivo do respetivo título constitutivo no registo comercial¹⁸⁹.

No que respeita às sociedades civis gerais, o panorama ainda se mostra, no entanto, diferenciado, comportando tal categoria: *i*) sociedades constituídas mediante escritura pública e nesta devidamente caracterizadas, em termos análogos aos legalmente previstos para as associações a que a lei formalmente reconhece personalidade jurídica¹⁹⁰; *ii*) sociedades registadas no RNPC e, como tal, pelo menos sumariamente caracterizadas e dotadas de firma distintiva legalmente protegida através de direito privativo¹⁹¹; *iii*) sociedades constituídas por mero escrito particular ou informalmente¹⁹² e, porventura, sociedades apenas existentes de facto, sem que os respetivos membros tenham plena consciência disso¹⁹³. Quanto às primeiras, constituídas mediante procedimento formal e público, pode ser-lhes reconhecida personalidade jurídica, nos termos dos arts. 157.º, parte final, e 158.º do CC¹⁹⁴. Quanto às segundas, é também possível entender que elas adquirem personalidade jurídica com o registo, aplicando a coordenada geral do ordenamento jurídico constante, designadamente, do art. 5.º da LSP e do art. 5.º do CSC¹⁹⁵.

¹⁸⁹ Cfr. o art. 5.º, n.º 1, da LSP e art. 5.º do CSC, bem como *supra*, n.º 2.2.

¹⁹⁰ Cfr. o art. 158.º, n.º 1, do CC (e, ainda, o art. 168.º) e *supra*, n.º 2.1.2.

¹⁹¹ Cfr. o art. 1.º, n.º 1, al. *a*), do DL n.º 129/98 [e também a al. *d*)] e, ainda, os arts. 6.º e 10.º, 11.º, n.ºs 2 e 4, 42.º e 61.º, e *supra*, n.º 2.1.

¹⁹² Estas sociedades, embora possam constituir um grupo ou unidade coletiva de ação mais ou menos organizado (funcionalmente estruturado), deter um mais ou menos significativo património voluntária e legalmente afeto à realização do seu fim, e identificar-se através de uma firma distintiva, não confundível com outras firmas (e demais sinais distintivos alheios) existentes, bem como uma sede e outros elementos de referência e localização, geográfica e institucional (no mercado), não se encontrando registadas, não são titulares de um direito de exclusivo sobre a firma, mesmo que esta haja sido certificada (cfr. a nota anterior e *supra*, n.º 2.1.2).

¹⁹³ Esta última situação pode ocorrer, designadamente, quando falece o titular de uma empresa e a atividade é continuada, sem mais, em modo coletivo, pelos sucessores, no quadro da herança indivisa. Havendo em tal caso uma sociedade, cabe notar, ainda, que, se o objeto for comercial, a sociedade será irregular, não uma simples sociedade civil (regular).

¹⁹⁴ Cfr., neste sentido, por ex., FERNANDES (2009), pp. 503 e ss., com mais indicações nas pp. 499 e ss., CORDEIRO (2020), pp. 322 e s., e as restantes referências constantes da nota 40 (n.º 2.1.2).

¹⁹⁵ Cfr., ainda, o art. 17.º do CCoop, a Base IV da Lei n.º 4/73 (relativa aos ACE) e o art. 1.º do DL n.º 148/90 (relativo aos AEIE com sede em Portugal) e *supra*, n.º 2.1.2. No sentido, mais exigente, de que a sociedade tem personalidade jurídica plena se for

Sobra a terceira espécie de sociedades civis¹⁹⁶. São elas sujeitos de direito (*i. e.*, dotadas de subjetividade jurídica)? E qualificáveis como pessoas jurídicas (ou pessoas coletivas)? Na ausência de um formal reconhecimento jurídico como tais, deduz-se tal qualificação do respetivo regime jurídico?

Como se notou acima, em face da disciplina constante do CC, as opiniões são desencontradas. Nota-se, contudo, uma atual tendência para lhes reconhecer *subjetividade jurídica*¹⁹⁷, à semelhança do que sucede, por ex., no direito espanhol¹⁹⁸ e – apesar do texto societário do BGB ainda vigente – no atual direito alemão¹⁹⁹, bem como, não obstante a atitude do legislador do CC de 1942, com boa parte dos autores italianos²⁰⁰; enquanto, também a título de exemplo, o direito francês – por razões de ordenação

observado o procedimento legalmente exigido para a constituição das associações e a mesma for inscrita no RNPC, cfr., designadamente, CORDEIRO (2020), pp. 322 e s.

¹⁹⁶ Dentro delas, ainda podem separar-se as sociedades constituídas mediante contrato escrito, contendo os dados essenciais de identificação e caracterização da sociedade como CAP e uma concomitante manifestação de vontade de participar no tráfico jurídico (cfr. *supra*, n.º 4.1, *in fine*).

¹⁹⁷ Cfr. a nota 144 (n.º 4.4).

¹⁹⁸ Cfr., por ex., as indicações fornecidas por VELA TORRES (2021), pp. 783 e ss., LÓPEZ SÁNCHEZ (2013), pp. 58 e ss.

¹⁹⁹ Cfr., designadamente, os §§ 717 a 719. Note-se, porém, que, embora a reforma do direito das obrigações de 2001/2002 não tenha contemplado as sociedades civis, o § 14 BGB passou, então, a incluir as sociedades de pessoas dotadas de capacidade jurídica – isto é, providas de capacidade ou aptidão para adquirir direitos e assumir vinculações – na figura do empresário, a par das pessoas singulares e das pessoas coletivas [cfr., por ex., SCHMIDT (2016), pp. 107 e ss.]. No regime instituído pela reforma do direito das sociedades de pessoas de 2021, distinguem-se as sociedades dotadas de capacidade ou subjetividade jurídica – aquelas que, segundo a vontade comum dos sócios, se destinem a participar no tráfico jurídico, o que se presume se o objeto social for a exploração de uma empresa sob uma designação comum –, para as quais esse regime é especialmente talhado, das que a não têm (meramente internas): novo § 705. O papel fundamental, na reconstrução da *Gesamthand* societária neste sentido, coube a FLUME (1972), pp. 177 e ss., (1974), pp. 27 e ss., (1977), pp. 1 e ss., 69 e ss., 87 e ss. Cfr., ainda, por ex., SCHMIDT (2002), pp. 181 e ss., 169 e s., 196 e ss., 206 e ss., 295, 1288 e ss., 1362 e ss., 1695 e ss., 1771 e ss., (2009), pp. 182 e ss. (considerando que Flume, mais que reformular a comunhão de mão comum, retirou dela a sociedade civil), ULMER (1998), pp. 113 e ss., MÜLBERT (1999), pp. 38 e ss., SCHÄFER (2020), pp. 6, 173 e ss., mormente, n.ºs 311 e ss., e, entre outras, as sentenças do BGH de 29.01.2001 e 4.12.2008, bem como, entre nós e com mais indicações, CORDEIRO (2022), pp. 10 e ss.

²⁰⁰ Cfr., por ex., com mais indicações, CAMPOBASSO/CAMPOBASSO (2011), pp. 46 e s. Acerca da posição de GALGANO, igualmente com referências, cfr. (2003), pp. 33 e ss., 193 e ss., (2010), p. 2267.

económica igualmente presentes, *inter alia*, na propriedade industrial²⁰¹ – evoluiu no sentido de só reconhecer personalidade (ou subjetividade) jurídica às sociedades registadas²⁰². Saber se subjetividade jurídica é o mesmo que personalidade jurídica, ou se esta é uma forma qualificada de subjetividade, depende do conceito que se tenha de pessoa jurídica (coletiva)²⁰³; deixando-se aqui de lado este problema, com ressalva da pequena referência que se lhe faz adiante.

A favor da subjetividade jurídica, pode aduzir-se, designadamente, o que se segue. Embora o legislador nacional não tenha reproduzido o disposto no art. 2266 I do CC italiano – segundo o qual *a sociedade adquire direitos e assume obrigações* por meio dos sócios que detêm a respetiva representação e está em juízo na pessoa dos mesmos –, uma tal regra pode considerar-se implícita no regime legal existente^{204/205}, o que depõe a favor de tal subjetividade jurídica – *i. e.*, da sua suscetibilidade de ser titular de direitos e vinculações no âmbito alargado do exercício

²⁰¹ Cfr., por ex., AZÉMA/GALLOUX (2006), pp. 803 e ss. No CPI português, cfr., designadamente, os arts. 210.º e ss. e 249.º

²⁰² Cfr. o art. 1842 do CCfr. Note-se, ainda, a exigência de forma escrita, prescrita no art. 1835. Numa linha semelhante à do direito francês, mas admitindo sociedades não registadas patrimonialmente autónomas (em mão comum), cfr. os arts. 985, 986 e ss., 997 e ss. do CC brasileiro.

²⁰³ Na Alemanha, é, hoje, corrente a distinção entre sociedades apenas dotadas de capacidade (ou subjetividade) jurídica (sociedades de pessoas, registadas ou não, e sociedades em formação) e sociedades pessoas jurídicas (sociedades de capitais, registadas), embora nem todos os autores assim o entendam: cfr., por ex., RAISER (1999), pp. 104 e ss., 136 e ss., e as indicações fornecidas por GONÇALVES (2015a), p. 145. Entre nós, distinguem os conceitos, por ex., ABREU (2021), pp. 161 e ss., 167 e ss., COSTA (2020), pp. 422 e ss., *maxime*, 426 e ss. Outros autores preferem falar em personalidade jurídica plena e pessoas coletivas dotadas de personalidade jurídica plena (ou comuns) e em pessoas coletivas rudimentares, cabendo neste último caso as sociedades civis em apreço: cfr. CORDEIRO (2020), pp. 262 e ss., 278 e ss., 293 e ss., 313 e s., 317 e ss., *maxime*, 322 e s., (2022), pp. 19 e s., com mais indicações, e ANDRADE (1960), pp. 52 e s. Cfr., ainda, com diversas perspetivas, MOREIRA (1907/1910), pp. 434 e ss., 449 e ss., 481 e ss., PINTO (2005), pp. 269 e ss., 294 e ss., FERNANDES (2009), pp. 128 e ss., 429 e ss., 484 e ss., ASCENSÃO (2000), pp. 215 e ss., 247 e ss., 303 e ss., GONÇALVES (2015), *maxime*, pp. 312 e ss., 353 e ss., 394 e ss., 490 e ss., 534 e ss., 562 e ss., 604 e ss., (2019), pp. 9 e ss., RIBEIRO (2016), pp. 55 e ss., VASCONCELOS (2010), pp. 127 e ss., 204 e ss., ALBUQUERQUE (2017), pp. 568 e ss., 691 e ss., 726 e ss., 780 e ss., 870 e ss., SEQUEIRA (2015), pp. 438 e ss., (2022), pp. 289 e ss.

²⁰⁴ Com o adicional esclarecimento de que a representação também pode ser atribuída a terceiros (cfr. o art. 997.º, n.º 2).

²⁰⁵ Cfr. também COSTA (2020), pp. 395 e s., 422 e ss., CORDEIRO (2020), pp. 321 e s.

das atividades produtivas (ainda que não se trate de uma pessoa jurídica *stricto sensu* ou plena). Com efeito, a sociedade surge neste regime como uma organização que, partindo das contribuições dos sócios, tem por objeto o exercício de certa atividade (atividade social ou da sociedade²⁰⁶) – comportando tal exercício a eventual formação de uma vontade social ou coletiva por maioria²⁰⁷ –, com vista a gerar um excedente de valor²⁰⁸. Este valor é gerado no patrimônio social e destina-se a ser *atribuído*, no todo ou em parte, *pendente societate*, a cada um dos sócios, mediante uma deliberação maioritária destes, transferindo-o para a sua esfera jurídica individual²⁰⁹.

A lei fala em duração e em *negócios da sociedade*²¹⁰, bem como na sua *representação*, em juízo e fora dele, nos seus representantes e em deliberações dos sócios acerca dessa representação²¹¹. Está em causa a sua representação «orgânica», que envolve também a constituição de representantes voluntários, nos termos gerais, e nada indica que ela se circunscreva às relações com terceiros não sócios, podendo, portanto, a sociedade celebrar negócios com os seus sócios, enquanto terceiros. A sociedade é *titular do patrimônio social*, com os respetivos bens²¹², é *credora*, perante sócios e terceiros²¹³, e tem os seus *credores*, também sócios e terceiros²¹⁴, sendo ela que, através dos elementos ativos desse patrimônio (incluindo a empresa, se a houver), primacialmente, *responde* pelas dívidas sociais, sejam estas os débitos decorrentes da atividade negocial exercida²¹⁵, sejam os derivados de atos ou omissões ilícitos²¹⁶. Os sócios surgem aqui como meros garantes do passivo social (respondendo

²⁰⁶ Arts. 990.º e 1019.º, n.º 1.

²⁰⁷ Art. 985.º

²⁰⁸ Art. 980.º

²⁰⁹ Arts. 980.º e 991.º; cfr. também, na liquidação, o art. 1018.º

²¹⁰ Art. 988.º Note-se que esta expressão abrange, simultaneamente, negócios jurídicos específicos, cadeias de negócios e o próprio *negócio social* (*business*), com o respetivo patrimônio e eventual empresa ou praxis profissional.

²¹¹ Art. 996.º, cfr. também o citado art. 985.º, para que este remete, e os arts. 12.º, al. c), 15.º e 26.º do CPC.

²¹² Art. 1010.º e arts. 984.º, 989.º, 995.º, n.º 2, e 1016.º, n.º 2.

²¹³ Arts. 1000.º e 1003.º, als. a) e c), e, ainda, 990.º e 1016.º, n.º 1.

²¹⁴ Arts. 1000.º, 1016.º, n.º 1, e 1018.º, n.º 1; cfr., ainda, os arts. 991.º e 1021.º e o art. 999.º

²¹⁵ Art. 997.º

²¹⁶ Art. 998.º, com alusão aos representantes, agentes ou mandatários da sociedade. Cfr., ainda, o art. 11.º, n.º 5, do Código Penal.

por dívida alheia)²¹⁷ e podendo alguns nem o ser²¹⁸. Tem, ainda, capacidade testamentária passiva²¹⁹; não possuindo a correspondente capacidade ativa, porque esta é inseparável da pessoa humana.

Um credor pessoal de um sócio pode ser titular de um *direito à liquidação do valor da participação* deste – correspondente a uma quota-parte do valor desta, apenas do seu valor –, contra a sociedade²²⁰, e igual direito à liquidação podem ter os sócios e os herdeiros destes²²¹. A sociedade está *sujeita a dissolução* e extinção²²² e ao direito potestativo de exoneração dos sócios²²³; e é titular do direito potestativo de exclusão de sócios, nos termos do art. 1003.º, exercendo-o, em geral, através de deliberação maioritária dos demais sócios²²⁴. Está, ainda, sujeita à insolvência²²⁵. Na liquidação de participações sociais, atende-se, antes de mais, ao *estado da sociedade* numa data relevante²²⁶. Havendo perdas decorrentes da atividade social, elas consideram-se perdas suas²²⁷. A esfera de atividade da sociedade não só é distinta da de cada um dos sócios, como a estes nem sequer é permitido o exercício de atividade concorrente²²⁸. Embora, na falta de registo, careça de um direito privativo, a sociedade terá uma *firma* identificativa, que, inclusive, pode ter sido (originariamente) certificada²²⁹. Acresce que a mesma é suscetível de transformação, designadamente, numa personificada SNC, SpQ ou SA²³⁰, o que revela a substancial identidade das mesmas, apesar de apresentarem características e estarem submetidas a regimes jurídicos distintos.

O regime jurídico em apreço pode ter outra leitura: não no sentido de que a sociedade é essencialmente (ou se reconduz a) uma comunhão de mão comum, instituída por contrato e objeto de administração unitária,

²¹⁷ Art. 997.º, n.ºs 1 (2.ª parte), 2 e 4.

²¹⁸ Art. 997.º, n.º 3.

²¹⁹ Art. 2023.º, n.º 2, al. b).

²²⁰ Art. 999.º

²²¹ Arts. 1021.º e 1001.º

²²² Arts. 1001.º, 1007.º e ss. e art. 1020.º

²²³ Art. 1002.º

²²⁴ Art. 1005.º

²²⁵ Art. 1007.º, al. e), e art. 2.º, n.º 1, al. d), do CIRE.

²²⁶ Art. 1021.º, n.º 1.

²²⁷ Cfr. os arts. 992.º e 994.º

²²⁸ Art. 990.º

²²⁹ Arts. 42.º, 56.º e 61.º do RRNPC e *supra*, n.º 2.1.2.

²³⁰ Art. 130.º, n.ºs 2 a 4 e 6. Para uma apreciação crítica, cfr. GONÇALVES (2015), pp. 700 e ss.

porque tal representa uma visão reducionista e desfocada da realidade regulada (as sociedades em apreço nem sequer são estruturas adequadas de acumulação de capital)²³¹, mas de que é um CAP coletivo patrimonialmente autónomo, uma unidade de ação económico-jurisgénica convenientemente identificada como tal²³², destinada à atuação no tráfico jurídico e a ocupar um lugar no tecido produtivo nacional, etc., a que corresponde um acervo de direitos e vinculações que, na falta de subjetividade jurídica do mesma, serão formalmente encabeçados por quem, em cada momento, for sócio. Isso terá naturais implicações, mormente nos registos de bens e direitos integrantes do património social, mas concebe-se bem tal construção jurídica. E, a favor, podem ainda invocar-se leis que contrapõem as sociedades em causa às pessoas coletivas, incluindo sociedades personificadas, nalguns casos referindo-as até como sociedades sem personalidade jurídica²³³.

Todavia, como se deduz do exposto, a lei comporta, igualmente, uma visão da sociedade como CAP personificado ou juridicamente subjetivado; e ela afigura-se, mesmo, a mais natural. Ou seja – tendo em conta, ainda, que a sociedade é uma organização de membros variáveis, capaz de subsistir, inclusive, sem uma pluralidade dos mesmos²³⁴ –, o mais natural é ver nos textos, mormente da lei societária, um afloramento ou

²³¹ Cfr., no entanto, MOREIRA (1908/1909), pp. 193 e ss., e, a respeito das SNC (e SCS), apesar dos arts. 108.º e 13.º, 2.º, do CCom, pp. 3, 19, 33 e ss., 49 e ss., 81 e s., 225 e ss., 241 e ss., 289 e ss. As próprias SpQ teriam esta condição, p. 258.

²³² Note-se que o EIRL também é dotado de uma firma, que o identifica como CAP patrimonialmente autónomo (não podendo reduzir-se a um simples património autónomo): cfr. os arts. 1.º e 2.º, n.º 2, al. a), do DL n.º 248/86, o art. 40.º do RRNPC e MENDES (2022), pp. 201 e ss.

²³³ Cfr. os arts. 12.º, al. c), e 26.º do CPC, o art. 11.º, n.ºs 2 e 5, do CPen, o art. 7.º, n.ºs 1 e 2, do RGIT (aprovado pela Lei n.º 15/2001), os arts. 2.º e 3.º do DL n.º 28/84, o art. 7.º do DL n.º 432/82 (utilizando um conceito amplo de «associações sem personalidade jurídica») e o art. 407.º do CVM, o art. 2.º, n.º 1, al. d), do CIRE [e FERNANDES/LABAREDA (2015), p. 80, nota 7], e o art. 2.º, n.º 2, do CIRC.

²³⁴ Note-se que, embora comece por assinalar, nas sociedades, a autonomia patrimonial perfeita como essencial para a existência de uma pessoa coletiva, MOREIRA (2008/09), pp. 243, 258 e ss., 290 e s., acaba por reconhecer que as cooperativas de responsabilidade ilimitada também seriam pessoas coletivas, considerando que a nota distintiva de uma sociedade pessoa coletiva (para si, apenas as SA, além das então sociedades cooperativas) e de uma sociedade comunhão de mão comum (em que inclui as próprias SpQ – p. 258) reside na não dependência da primeira da vontade e das contingências relativas aos sócios, o que, segundo o regime então vigente, não sucedia, nem com as sociedades civis, nem com as SNC.

manifestação da ideia de que a ela é não apenas um centro de atividade (unidade de ação) produtiva (com um património afeto proporcionado pelos sócios e finalisticamente vinculado), mas também um correspondente centro de imputação jurídica, um CAP dotado de subjetividade jurídica (sujeito de direito)²³⁵, titular do respetivo direito à firma²³⁶, dos direitos e vinculações que compõem o património social, dos direitos de conformação da coletividade social, etc. Dado que no regime jurídico se colhe uma organização produtiva coletiva de membros variáveis, potencialmente diferenciada, que pode até subsistir só com um sócio, com administração e representação confiável a terceiros, com um princípio maioritário regendo em grande medida o funcionamento da coletividade social, capaz de atuar no tráfico jurídico e compatível com a possibilidade de ter negócios com os sócios enquanto terceiros, tendo os sócios (não necessariamente todos) mera responsabilidade de garantia, por dívidas alheias – da sociedade entidade distinta dos sócios individualmente considerados, embora a alienidade seja relativa, porque os sócios são elemento componente da sociedade (não mero substrato) –, afigura-se que a subjetividade jurídica exprime melhor a síntese desse regime do que a mera autonomia patrimonial.

Note-se, contudo, que, em pequenas sociedades com dois sócios, de exercício direto da atividade, sem colaboradores ou com colaboração pouco significativa, dotadas de um património diminuto e realizando uma repartição informal de lucros ao longo do ano, ainda que por conta de lucros a apurar em contas periódicas, pelo menos para efeitos fiscais, haverá uma tendencial identificação prática da sociedade com os sócios enquanto tais (formando um CAP coletivo); e o património social aparecerá mais como um património coletivo, dos mesmos enquanto sócios. Neste caso, é possível dizer-se que a ideia da sociedade como CAP patrimonialmente autónomo exprime melhor o que ela realmente é. Mas, dado que o património social poderá ter uma expressão mínima, ainda aqui a essência do fenómeno reside na sociedade enquanto centro de atividade e não nele.

Contra a tese da subjetividade jurídica, e a favor da visão da sociedade como comunhão de mão comum, invocam-se, ainda, alguns preceitos do CC. Em primeiro lugar, os arts. 995.º, n.º 1, 989.º e 990.º, que se referem à exigência de consentimento dos *consócios* para a cessão da

²³⁵ Cfr., designadamente, COSTA (2020), pp. 422 e ss.

²³⁶ Embora um verdadeiro direito de exclusivo pressuponha o registo da sociedade [cfr. os arts. 42.º, 36.º, n.º 3, para o qual aquele remete, e 61.º, n.º 1, al. a), do RRNPC].

participação, para o uso de bens sociais e para o exercício de atividade concorrente com a da sociedade. Note-se, porém, que encontramos linguagem semelhante nos arts. 180.º, n.º 1, e 182.º, n.º 1, do CSC, relativos à personificada SNC. Em segundo lugar, convocam-se os artigos em que aflora a autonomia patrimonial, mormente o art. 1000.º, relativo à compensação²³⁷. No entanto, tal como se usam para afirmar a simples autonomia patrimonial ou individualidade objetiva do CAP, também poderão eles ver-se como manifestação da mesma autonomia implicada na personalidade ou subjetividade jurídica. Em terceiro lugar, refere-se o art. 995.º, n.º 2, segundo o qual a cessão está, ainda, sujeita à forma exigida para a transmissão dos bens da sociedade. O preceito, inexistente no CC italiano, parece, realmente, refletir a ideia dos sócios como comuneiros do património social. Ainda assim, mostra-se compatível com a subjetividade jurídica; podendo, designadamente, ver-se como um reflexo da ideia de que a cessão de quotas envolve uma alteração (subjetiva) do contrato de sociedade, que estaria sujeita à mesma regra de forma adotada para a sua celebração²³⁸.

O exposto deixa por resolver o problema da extensão da subjetividade jurídica da sociedade ou, se se preferir, da sua capacidade jurídica²³⁹:

²³⁷ Cfr., por ex., LIMA/VARELA (1997), indicando, além deste art. 1000.º, p. 313, sobre o qual também pode ver-se PITA (2017), p. 1229, o art. 988.º, p. 300, acerca do qual pode ver-se o que se escreveu no n.º 4.5, e o art. 995º, p. 306 [cfr. também PITA (2017), p. 1225], que ainda se retoma a seguir.

²³⁸ Cfr., aparentemente neste sentido, CORDEIRO (2018), pp. 554 e s., observando, ainda, que, se os interessados tiverem adotado como forma do contrato, designadamente, a escritura pública, conseguindo-se desse modo uma sociedade dotada de personalidade jurídica plena, nesta visão das coisas, a cessão também haverá de revestir tal forma. No direito brasileiro, apesar da personalidade jurídica da sociedade simples (registada), a cessão da participação é vista como uma modificação do contrato de sociedade que requer o consentimento dos demais sócios (cfr. o art. 1003 do CC) e fica sujeita às formalidades que lhe são próprias – incluindo a apresentação de instrumento autenticado com o pedido do registo (cfr. o art. 999).

²³⁹ Contra a ideia de que a personalidade e a subjetividade jurídica são conceitos qualitativos, insuscetíveis de gradações, cfr., por ex., CORDEIRO (2020), pp. 276 e ss., 293 e ss., (2020a), pp. 419 e ss., (2022), pp. 19 e ss., e GALGANO (2003), pp. 33 e ss., 193 e ss.; e, já ANDRADE (1960), pp. 52 e s., falava em personalidade coletiva *plena e limitada ou fracionária*, embora não a reconhecesse às sociedades civis puras (pp. 83 e s.). Preferindo falar em capacidade, relegando a personalidade jurídica para o domínio circunscrito da tutela da personalidade, cfr. GONÇALVES (2015), pp. 550 e ss., (2015a), pp. 121 e ss., 140 e ss., (2019), pp. 25 e ss. Cfr., ainda, a respeito das sociedades, ABREU (2021), pp. 163 e ss., e COSTA (2020), pp. 422 e ss.

para além das situações jurídicas legalmente identificadas e correspondentes ao exercício de uma atividade produtiva em benefício dos sócios, que outras podem considerar-se abrangidas? Por ex., a sociedade tem capacidade registal²⁴⁰? Havendo uma execução de bens da sociedade, as pessoas próximas dos sócios estão impedidas de exercer o direito de remição regulado nos arts. 842.º e ss. do CPC²⁴¹? Pode beneficiar de apoio judiciário²⁴²?

Na verdade, enquanto nas sociedades pessoas jurídicas – ou pessoas jurídicas plenas – se pode afirmar, com carácter geral, que a sua capacidade abrange todos os atos, direitos e vinculações necessários ou convenientes à realização do seu fim (cfr. o art. 6.º, n.ºs 1 a 3, do CSC) ou, inclusive, por analogia com as pessoas singulares, todos os que não sejam inseparáveis destas, na situação presente, a medida da subjetividade ou capacidade está em aberto, devendo, caso a caso, resolver-se, por analogia, com as sociedades personificadas (cfr., ainda, os arts. 157.º e 160.º do CC)²⁴³.

8. Sociedades irregulares

O que acaba de observar-se vale também para as *sociedades irregulares* em sentido lato, compreendendo as sociedades preliminares, as sociedades em formação²⁴⁴ e as sociedades irregulares

²⁴⁰ A possibilidade de registar uma sociedade civil (fazendo constar do registo os sócios) foi reconhecida na Alemanha, pelo BGH, mediante sentença de 4.12.2008, e depois legalizada, mas, segundo o novo regime que entrará em vigor em 2024, apenas a sociedade civil registada (cfr. a nova redação do § 707 e os arts. segs.) poderá inscrever-se como tal no registo predial (nova redação do § 47, Abs. 2, da GBO), no registo das ações (nova redação do § 67 da AktG), etc.: cfr. os arts. 40, 61, etc., da *MoPeG* (Lei de modernização do direito das sociedades de pessoas, de 10.08.2021).

²⁴¹ Concordando com uma decisão do TRL que admitiu o exercício de semelhante direito numa SNC, cfr. MOREIRA (1908/1909), pp. 43 e s. Note-se, porém, que a resposta pode ser negativa, sem afirmar a subjetividade da sociedade.

²⁴² Cfr., a respeito de uma associação não reconhecida, o acórdão do TRL de 18.01.2000 (negando-o).

²⁴³ Cfr., por ex., CORDEIRO (2020), p. 323, (2022), pp. 19 e s.

²⁴⁴ Acerca destas, cfr. também os arts. 4.º, n.º 1, al. c), e 10.º do DL n.º 129/98 e *supra*, n.º 3.2.3. Note-se, contudo, que, por razões especiais, sobretudo de proteção de quem entra em relação com a sociedade definitiva (*maxime*, negociando com ela ou adquirindo nela uma participação), a sociedade apenas terá capacidade geral se os interessados a configurarem como tal, nos termos do art. 19.º, n.º 1, al. d), do CSC.

*stricto sensu*²⁴⁵. Contra, em especial no caso destas últimas, poderia argumentar-se que as mesmas constituem um problema regulatório, não merecendo a subjetividade jurídica; mas, vindo bem, a sanção adequada, para o efeito, é a sua sujeição à dissolução ou a uma ação de nulidade dissolutória.

Bibliografia

- ABREU, J. M. Coutinho, *Curso de Direito Comercial, II – Das Sociedades*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2021.
- ALBUQUERQUE, Pedro de, *A Vinculação das Sociedades Comerciais por Quotas e Anónimas*, I, By the Book, Lisboa, 2017.
- ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, Almedina, Coimbra, 1974, 4.^a reimpressão da 1.^a ed. de 1960.
- ANGELICI, Carlo, *Società prima dell'iscrizione e responsabilità di «coloro che hanno agito»*, Giuffrè, Milão, 1998.
- ANTUNES, José Engrácia, «As sociedades em formação: sombras e luzes», *CDP*, n.º 14, 2006, pp. 25-42.
- ANTUNES, José Engrácia, *Direito das Sociedades*, 10.^a ed., Porto, 2021.
- ASCENSÃO, José de, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- ASCENSÃO, José de, *Direito Comercial, IV – Sociedades Comerciais*, Lisboa, 2000 (cit. 2000a).
- ASCENSÃO, José de, *Droit de la propriété industrielle*, 6.^a ed., Dallez, Paris, 2006.
- AZÉMA, Jacques/Galloux, Jean-Christophe, *Droit de la propriété industrielle*, 6.^a ed., Dalloz, Paris, 2006
- CAMPOBASSO, Gian Franco/CAMPOBASSO, Mario – *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, 7.^a ed., Utet, 2011.

²⁴⁵ Cfr. *supra*, n.ºs 3.2.2, 3.2.3, 5 e 6, e, por ex., ABREU (2021), pp. 131, 168 e s. (subjetividade jurídica, apesar da falta de personalidade), RAMOS/MARTINS/COSTA (2017), p. 613 (capacidade jurídica, apesar da falta de personalidade), CORDEIRO (2020a), p. 422, (2022), p. 19, ASCENSÃO (2000a), pp. 161 e ss., GONÇALVES (2015), pp. 604 e ss., (2019), pp. 36 e ss. Considerando que, nas sociedades irregulares *lato sensu*, há apenas um património autónomo, cfr., por ex., CUNHA (2019), pp. 257 e s., e, negando a personalidade jurídica, cfr. também CASTELO (2016), p. 289. LABAREDA (1988) tem uma visão da sociedade e do respetivo regime jurídico capaz de sustentar a sua personalidade ou subjetividade jurídica, ainda que limitada (com capacidade limitada, designadamente quanto ao estatuto ativo do comerciante), mas, sobretudo em face da redação inicial do art. 36.º, n.º 2, acaba por reconduzi-la a um património autónomo (dinâmico), que suporta a atividade social (pp. 188 e ss.), admitindo que, em face da atual redação deste preceito, a posição mereça ser revista (p. 204, nota 3).

- CASTELO, Higinia Orvalho, «O acordo a que se reporta o artigo 36.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais – Natureza e validade», *DataVenía*, ano 4, n.º 5, 2016, pp. 267-310.
- COELHO, J. G. Pinto, «O problema das sociedades irregulares», separata da *RFDUL*, Lisboa, 1947.
- CORDEIRO, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil, XI – Contratos em especial* (1.ª parte), Almedina, Coimbra, 2018.
- CORDEIRO, A. Menezes, *Direito das Sociedades, I – Parte Geral*, 4.ª ed., revista e aumentada com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2020.
- CORDEIRO, A. Menezes, «Pessoas coletivas. Introdução (artigos 157.º a 194.º)», in *Código Civil Comentado*, I, coord. de Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2020 (cit. 2020a).
- CORDEIRO, A. Menezes, «A Lei alemã de modernização do Direito das sociedades de pessoas de 2021», *RDS*, XIV, 2022, pp. 9-22.
- CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial, II – Sociedades Comerciais*, Coimbra, 1968.
- CORREIA, A. Ferrer, «As sociedades comerciais no período da constituição», in *Estudos Vários de Direito*, Coimbra, 1982, pp. 507-545, original de 1971.
- CORREIA, A. Ferrer, «A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica», in *Estudos Vários de Direito*, Coimbra, 1982, pp. 547-562, originalmente publicado na *RLJ*, ano 115, 1982/83.
- CORREIA, A. Ferrer, «A sociedade por quotas de responsabilidade limitada nos Projectos do futuro CSC», em *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 73-121.
- CORREIA, A. Ferrer, «A sociedade por quotas de responsabilidade limitada segundo o CSC», em *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 123-169.
- CORREIA, A. Ferrer/XAVIER, Vasco Lobo/CAEIRO, António/COELHO, Maria Ângela, *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada. Anteprojeto de Lei – 2.ª redação e exposição de motivos*, separata da *RDE*, anos 3 e 5, Coimbra, 1979.
- COSTA, Ricardo, «Sociedades: de dentro para fora do Código Civil», in *AAVV, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. II – *A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 305 e ss., republicado em *Estudos Diversos*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 391 a 432, que aqui se cita.
- CUNHA, Paulo, *Teoria Geral de Direito Civil*, resumo desenvolvido das Lições de 1971-1972, Edição dos Serviços Sociais da Universidade de Lisboa.
- CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019.
- DOMINGUES, Paulo Tarso, «O regime jurídico das sociedades em formação», in *AAVV, Estudos em Comemoração dos Cinco Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 965-998.
- DOMINGUES, Paulo Tarso, *Do Capital Social*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

- DUARTE, Rui Pinto, «As sociedades irregulares do ponto de vista do Direito Comercial», *Fisco*, ano 1, 1988, 15 out., pp. 16-20.
- DUARTE, Rui Pinto, «O quadro legal das sociedades comerciais ao tempo de Alves & C.^ª», in AAVV, *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 479-505.
- DUARTE, Rui Pinto, «Formas Jurídicas de Cooperação entre Empresas», *DSR*, vol. 4, 2010, pp. 137-157.
- DUARTE, Rui Pinto, «Contratos de cooperação entre empresas (e investidores não empresários) – Alguns problemas», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Pita*, org. de L. Vasconcelos de Abreu, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 659-687.
- FERNANDES, L. A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 5.^a ed., UCE, Lisboa, 2009.
- FERNANDES, L. A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.^a ed., Quid Juris, Lisboa, 2015.
- FLUME, Werner, «Gesellschaft und Gesamthand», *ZHR* 136, 1972, pp. 177-207.
- FLUME, Werner, «Gesamthandsgesellschaft und juristische Person», in *Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Mohr, Tübinga, 1974, pp. 27-56.
- FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I, 1.^a parte – *Die Personengesellschaft*, Springer, Berlin/..., 1977.
- GALGANO, Francesco, *Diritto commerciale. Le società*, 13.^a ed., Zanichelli, Bolonha, 2003.
- GALGANO, Francesco, *Commentario Compatto al Codice Civile*, 3.^a ed., La Tribuna, Piacenza, 2010.
- GONÇALVES, Diogo Costa, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2015.
- GONÇALVES, Diogo Costa, «Personalidade vs. Capacidade Jurídica – Um regresso ao monismo conceptual?», *ROA* 75, 2015, pp. 121-150 (cit. 2015a).
- GONÇALVES, Diogo Costa, *Personalidade e Capacidade das Sociedades Comerciais*, Principa, Cascais, 2019.
- JÚNIOR, E. Santos, «Anotação ao artigo 36.º», in *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, coord. de Menezes Cordeiro, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2020.
- LABAREDA, João, «Sociedades Irregulares – Algumas Reflexões», in AAVV, *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, pp. 177-204.
- LIMA, Pires de/VARELA, J. M. Antunes, *Código Civil Anotado*, I, 4.^a ed. revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A., «La sociedad. Contrato y persona jurídica», in *Derecho Mercantil*, coord. de Jiménez Sánchez/Díaz Moreno, vol. 3.º, 15.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 35-67.
- MAGALHÃES, J. M. Barbosa de, «Da natureza jurídica das sociedades comerciais irregulares», *Jornal do Fôro*, ano 17, 1953, pp. 81-107.
- MENDES, Evaristo, «Anotação ao artigo 61.º da CRP», in Miranda, Jorge/Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- MENDES, Evaristo, «Modelo económico constitucional e Direito Comercial», in AAVV, *Direito e Justiça – Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin*, UCE, Lisboa, 2012, pp. 167 a 251.
- MENDES, Evaristo, «Compra e venda de sociedades. As SpQ e SA como objeto jurídico», in AAVV, *VI Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 155-216.
- MENDES, João de Castro, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, AADFL, Lisboa, 1978.
- MERLE, Philippe, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, 17.^a ed., Dalloz, Paris, 2014.
- MOREIRA, Guilherme, «Da personalidade colectiva», *RLJ*, ano 40.^o (1907/1908), pp. 385 a 388, 401 a 403, 434 a 436, 449 a 451, 465 a 467, 481 a 483, 513 a 515, 545 a 547, 577 a 579, 593 a 595, 609 a 611, 641 a 644; ano 41.^o (1908/1909), pp. 2 a 4, 17 a 19, 33 a 35, 49 a 51, 81 a 83, 97 a 99, 129 a 131, 145 a 147, 177 a 179, 193 a 195, 225 a 227, 241 a 243, 257 a 260, 289 a 291, 305 a 307, 321 a 323, 337 a 339, 353 a 355, 369 a 371, 385 a 387, 401 a 404, 433 a 435, 449 a 451, 465 a 467, 497 a 500, 513 a 515, 529 a 532, 545 a 547, 561 a 563, 577 a 579, 593 a 595, 609 a 611; ano 42.^o (1909/1910), pp. 2 a 4, 17 a 19, 33 a 35, 49 a 51, 65 a 68, 81 a 84, 97 a 99, 113 a 115, 129 a 131, 145 a 147, 161 a 163, 193 a 195, 225 a 227, 256 a 259.
- MÜLBERT, Peter O., «Die Rechtsfähige Personengesellschaft», *AcP* 199, 1999, pp. 38-103.
- PINTO, Carlos A., *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., por MONTEIRO, A. Pinto/PINTO, Paulo M., Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- PITA, Manuel, *O Regime da Sociedade Irregular e a Integridade do Capital Social*, Almedina, Coimbra, 2004.
- PITA, Manuel, «Sociedade nula e sociedade irregular (CSC, jurisprudência e doutrina de Ferrer Correia)», in *Nos 20 Anos do CSC. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 249-271.
- PITA, Manuel, «Anotação aos arts. 980.^o e ss. do CC», in *Código Civil Anotado*, I, coord. de Ana Prata, Almedina, Coimbra, 2017.
- RAISER, Thomas, «Der Begriff der juristischen Person. Eine Neubestimmung», *AcP* 199, 1999, pp. 105-144.
- RAMOS, Elisabete, «A simplificação dos processos de constituição de sociedades: o que mudou nos últimos 30 anos?», *DSR*, vol. 16, 2016, pp. 106-155.
- RAMOS, Elisabete, «Anotação ao art. 36.^o do CSC», in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coord. de Coutinho de Abreu, I, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2017.
- RAMOS, Elisabete/COSTA, Ricardo, «Anotação ao art. 19.^o do CSC», *ibidem*.
- RAMOS, Elisabete/MARTINS, A. Soveral/COSTA, Ricardo, «Anotação ao art. 40.^o do CSC», *ibidem*.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «Notas sobre a natureza da personalidade jurídica das pessoas coletivas», *DSR*, vol. 16, 2016, pp. 77-104.
- SEQUEIRA, Elsa Vaz, *Da Contitularidade de Direitos no Direito Civil. Contributo para a sua Análise Morfológica*, UCE, Lisboa, 2015.
- SEQUEIRA, Elsa Vaz, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.^a ed., UCE, Lisboa, 2022.

- SERENS, Manuel Nogueira, *Notas sobre a Sociedade Anónima*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- SCHÄFER, Karsten, «Anotação aos §§ 705 a 740 do BGB e à PartGG», in *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 7, Redakteur Mathias Habersack, 8.ª ed., Beck, Munique, 2020.
- SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., Carl Heymanns Verlag, Colónia/..., 2002.
- SCHMIDT, Karsten, «Die Personengesellschaft als Rechtsfigur des “Allgemeinen Teils”», *AcP* 209, 2009, pp. 181-204.
- SCHMIDT, Karsten, *Handelsrecht – Unternehmensrecht*, I, 6.ª ed., Carl Heymanns Verlag, Colónia/..., 2016.
- ULMER, Peter, «Die Gesamthandsgesellschaft – ein noch immer unbekanntes Wesen?», *AcP* 198, 1998, pp. 113-151.
- VASCONCELOS, Pedro Pais, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- VELA TORRES, Pedro José, «Sociedad devenida irregular», in *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dir. de Garcia-Cruces/Sancho Gargallo, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, anotação aos arts. 31 a 40 pp. 773 a 829.
- VENTURA, Raúl, *Apontamentos sobre Sociedades Civis*, Almedina, Coimbra, 2006.

Jurisprudência

ACÓRDÃOS DO STJ

- DE 19.11.1996, *CJ-STJ*, 1996, tomo III, pp. 107 e s.
- DE 7.10.1999, proc. n.º 99B494, www.dgsi.pt
- DE 15.05.2003, proc. n.º 03B1255, www.dgsi.pt
- DE 8.11.2005, proc. n.º 05A2740, www.dgsi.pt
- DE 31.05.2007, proc. n.º 07B1628, www.dgsi.pt
- DE 7.04.2016, proc. n.º 842/10.9TBPNF.P2.S1, www.dgsi.pt
- DE 24.01.2019, *CJ-STJ*, 2019, tomo I, pp. 59 e ss.

ACÓRDÃO DO STA DE 5.02.2014, proc. 0216/12, www.dgsi.pt

ACÓRDÃO DO TRC DE 9.01.2012, proc. n.º 335/09.7TJCBR-B.C1, www.dgsi.pt

ACÓRDÃO DO TRL DE 18.01.2000, *CJ*, 2000, tomo I, pp. 77-79

ACÓRDÃO DO TRL DE 18.09.2008, *CJ*, 2008, tomo IV, pp. 94 e ss.

ACÓRDÃO DO TRP DE 23.03.2006, proc. n.º 0533844, www.dgsi.pt

ACÓRDÃO DO TRP DE 21.04.2016, proc. n.º 12700/09.5TBVNG.P1, www.dgsi.pt

ACÓRDÃO DO BGH DE 29.01.2001, II ZR 331/10, *BGHZ*, 146, 2001, pp. 341-361

ACÓRDÃO DO BGH DE 4.12.2008, V ZB 74/08, *BGHZ*, 179, 2009, pp. 102 e ss.

Personalidade jurídica do nascituro: alguns tópicos

JOÃO CARLOS LOUREIRO*

I. Introdução

«(...) estou agora incuravelmente convencido de que o fim para que se abre o espírito é como o fim para que se abre a boca; para a fechar outra vez com alguma coisa sólida lá dentro»

Gilbert K. Chesterton, *Autobiografia*¹

1. Significado: sob o signo de Santo Isidoro de Sevilha

Nas *Etimologias*, no Livro X (*Acerca das palavras*), Santo Isidoro de Sevilha começa por dizer que «Não está absolutamente claro para todos a origem de determinadas palavras, isto é, de onde derivam»². Esta ponte com as origens é ponto de partida para perceber qual o significado de se falar num evento intitulado *Católica Talks*, uma iniciativa jovem, mas relevante no plano da discussão académica em Portugal, como o comprovam os textos já publicados tendo como mote *Responsabilidade*³, *Direito e Tecnologia*⁴ e, mais recentemente, *Direito e Pandemia*⁵.

O título da iniciativa cruza um legítimo português *Católica* e *talks*. Começamos pelo último – *talks*, a evocar conversas. Nas vestes de substantivo, *talk* remete-nos para discurso (*speech, discourse*), mas também para *gossip* (bisbilhotice/mexerico). Já enquanto verbo aparece associado

* Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito, <https://orcid.org/0000-0003-1371-1285>

Agradece-se à Senhora Professora Elsa Vaz de Sequeira o honroso convite e ao Senhor Professor Francisco Mendes Correia o generoso comentário.

¹ CHESTERTON (1960), p. 248.

² ISIDORO (2004), p. 793.

³ SEQUEIRA (2020).

⁴ SEQUEIRA (2021).

⁵ SEQUEIRA (2022).

a *tale* (uma história), sendo de 1722 o uso *talk (something) up* («discuss in order to promote»)⁶. Traz, pois, marcas de um diálogo, com alguma informalidade e, continuando a explorar o registo inglês, espero que a minha intervenção não seja um «double talk» entendido como «deliberately unintelligible speech».

O lugar onde somos chamados a refletir e que também se expressa no título é a Católica, *rectius*, a Universidade Católica Portuguesa. Católica é termo que traz em si todo um resumo de projeto: universal, geral, acerca do todo, no caso qualificando Universidade. Estou aqui em vestes de convidado, num exercício de fraterna hospitalidade académica, para tratar de um tema que, não raro, gera hostilidade onde haveria apenas que reconhecer conflitualidade. O conflito cultural («choque de absolutos»⁷, «choque de ortodoxias»⁸) que atravessa sociedades ilustra-se também neste território da vida pré-natal, sendo às vezes apresentado como o enfrentamento entre «cultura da vida» e «cultura da morte», que devem ser lidas em chave de «tipos-ideais»⁹ e não como desqualificante, global e injusta visão da nossa sociedade como uma cultura de morte.

Para o auditório menos iniciado no campo do direito, adianta-se, desde já, que num tratamento profundo, estimulante e coerente sobre a temática do aborto em Portugal, que li e discuti enquanto estudante na fase final da licenciatura, António Almeida Costa¹⁰, criticando o modelo de indicações proposto, escorava a sua análise a partir de uma convocação dos bens jurídicos tutelados, como é próprio do direito penal.

2. Gastronomia: acerca do mote de hoje (personalidade jurídica do nascituro)

2.1. Mesa, cultura e celebração: entre Simpósio e ágape

As *Católica Talks* envolvem uma refeição – moderada de acordo com a tradição da virtude – mais regrada do que regada, como mandam as normas da sobriedade. A ideia de comida e conversa tem uma milenar

⁶ *Online Etymology Dictionary*: <https://www.etymonline.com/search?q=talk>

⁷ TRIBE (1992).

⁸ GEORGE (2008).

⁹ Assim, FINNIS (2002), p. 13.

¹⁰ COSTA (1984).

tradição, ao menos nas sociedades do Sul. A mesa é lugar onde se cruzam diferentes alimentos e bebidas, sólidos e líquidos. Numa das matrizes da nossa Europa – a helénica –, recordamo-nos d’*O banquete* (Simpósio) de Platão. E noutro registo, que trouxe «odres novos» na história, evoca-se a ágape, a refeição fraterna dos primeiros cristãos que S. Paulo contrapõe ao prândio fora deste contexto¹¹. Ágape que nos abre a porta para o nosso tema: desde logo, convoca um elemento primeiro da condição humana, a experiência do dom¹² e do amor. Ninguém escolheu existir, nenhum nascituro foi ouvido sobre o vir ou não a este mundo, questionando-se radicalmente o autonomismo que campeia. É certo que, cruzando-se com mote de uma *Católica Talk* anterior – *Direito e tecnologia* –, anuncia-se hoje um direito ao «desnascimento»¹³, uma reconstrução transformista do corpo, a acrescer à afirmada reivindicação de um direito a controlar a sua própria morte – que não se confunde com o «direito de cada um a morrer a sua morte»¹⁴ –, que serviu de mote a uma aproximação tridimensional do direito de morrer (relação doente-médico; relação doente-sociedade; relação médico-sociedade) luminosamente desenvolvida por uma figura maior do pensamento jurídico e da prática política nacionais¹⁵. Falo de um Professor da minha Faculdade, Doutor *honoris causa* da Universidade Católica Portuguesa, sobre quem o primeiro rosto reitoral feminino desta instituição – Maria da Glória Garcia –, que também deixou marca nas *Católica Talks* dedicadas à responsabilidade¹⁶, proferiu brilhante elogio¹⁷. Como já terão descortinado, trata-se de António Barbosa de Melo, que já entrou na barca da eternidade ou, para outros que respondem em registo negativo à ultimidade do real¹⁸, no nada. A defesa de um «desnascimento», por via de reconstrução tecnológica da corporeidade, recusa tomar a sério que, de um ponto de vista humano, «Die Rose ist ohne Warum» (A rosa é sem porquê), a conhecida frase do poeta e místico Angelus Silesius com

¹¹ 1 Cor 11, pp. 17-34.

¹² Dom que conforma a vida comunitária, tendo refração inclusivamente na economia. Antropologicamente, o dom aparece associado, desde logo, à fragilidade [para BRUNI (2018), pp. 154-156, vulnerabilidade], mas não deve ser restrito ao território da vida privada.

¹³ Sobre este, vd. a síntese de HADJADJ (2015), p. 138.

¹⁴ TORGA (1967), p. 5.

¹⁵ MELO (1988), pp. 265-266.

¹⁶ GARCIA (2020).

¹⁷ GARCIA (2013).

¹⁸ Sobre este ponto, ZUBIRI (1988), p. 372.

a qual, precisamente, Maria da Glória Garcia abre o mencionado texto de solicitação da «láurea doutoral», de 4 de fevereiro de 2011, associando a um outro poeta e teólogo desta instituição, Tolentino de Mendonça¹⁹.

Porventura alguns perguntarão se não vieram ao engano²⁰. Então o tema proposto não é – ou será que o verbo deve agora ser adequadamente conjugado no passado – personalidade jurídica do nascituro? Parece que o orador perdeu o direito, cometendo um torto (que espero não gerador de responsabilidade civil) e só por generosa hospitalidade e delicadeza não perdeu ainda o direito de continuar a falar. Não convocarei em minha defesa uma luminosa visão da Patrística – que encontramos em Santo Ireneu e São Clemente – que entendia em registo de pressa (que contrasta com a paciência evangélica²¹) o pecado original²², este descritor culturalmente tão rico, capaz de inspirar, por exemplo, Niklas Luhmann²³. Acontece que, não fora as experiências femininas, desde logo no corpo, de dilatação²⁴ – os pais são, nessa etapa, «espectador(es) comprometido(s)»²⁵ –, não teria sentido discutirmos o nosso tópico. O jurista não pode deixar de procurar compreender esta «realidad veniente»²⁶ que é a vida e entender o nascituro sem ficar à escuta de muitos saberes. Na antecâmara do anúncio das perguntas-diretoras, pense-se na ideia do seu enquadramento como *visceras matris*, como o fez um grande jurista, civilista à força²⁷, Orlando de Carvalho²⁸, ainda que esclareça que «não se desconhece,

¹⁹ Escreve: «(...) como diria o nosso poeta teólogo Tolentino de Mendonça, a rosa pertence à poética de Deus» [GARCIA (2013), p. 657].

²⁰ Tratando-se de uma *talk*, manteve-se o registo oral.

²¹ BALTHASAR (1992), p. 34.

²² BALTHASAR (1992), pp. 33-34.

²³ SCHWAGER (2006), p. 4, cita Niklas Luhmann («The dogma of the original sin was a scheme of self-observation unequally and unsurpassed historically») – citação de *Ecological communication*, The University of Chicago Press, Chicago, 1989) e refere ainda Max Horkheimer.

²⁴ CANULLO (2015).

²⁵ Utilizo aqui, com alguma liberdade, título de obra de Raymond Aron.

²⁶ MARÍAS (1983).

²⁷ Orlando de Carvalho apresentou uma dissertação de licenciatura em Ciências Político-Económicas intitulada *Contrato administrativo e acto jurídico público (Contributo para uma teoria do contrato administrativo)*, entretanto reeditada no primeiro volume dos seus *Escritos* [CARVALHO (1998)], pretendendo então doutorar-se na área («em esse setor» – p. 28), o que, por razões políticas, não se verificou.

²⁸ CARVALHO (1999), p. 535 [republicado in CARVALHO (2021), p. 258]: «[A Pessoa] [t]em de ter autonomia físico-psíquica e não ser um simples *viscus*, uma das *visceras matris*, como na vida intrauterina».

muito ao invés, que o embrião é já um bem pessoal, embora não uma pessoa, e exige uma tutela da ordem jurídica especialíssima, dada a sua fragilidade enorme»²⁹.

A somar a este ágape, onde, no caso das grávidas, o número de comensais aumenta, por via indireta das espantosas relações de comunicação (incluindo a alimentação).

2.2. *Nascituro: uma primeira aproximação*

O título *Personalidade jurídica do nascituro* aponta para uma relação entre nascituro e direito. Antes de mergulharmos noutras considerações, e assegurando que a referência à juridicidade não foi transformada, por culpa do orador, em publicidade enganosa, permitam-me referir que o termo nascituro comparece, entre nós, em diferentes diplomas³⁰. Sem preocupações de exaustividade, mencione-se, desde logo, o Código Civil (CCiv): para além do artigo 66.º/2 (Começo da personalidade), a que voltaremos, vejam-se os artigos 952.º (Doações a nascituros), 1855.º (Perfilhação de nascituro), 1878.º/1 (Conteúdo das responsabilidades parentais), 2033.º/2/a) (Princípios gerais) e 2240.º (Administração da herança ou legado a favor de nascituro). Refiram-se também o artigo 132.º do Código de Registo Civil (em relação à perfilhação³¹) e o Código de Processo Civil, que dispõe que o juiz deve determinar a suspensão da instância «[s]e houver um interessado nascituro, a partir do conhecimento do facto nos autos e até ao nascimento do interessado, exceto quanto aos atos que não colidam com os interesses do nascituro»³².

No Código do Trabalho, há três preceitos que utilizam o termo nascituro, a saber: o artigo 37.º (Licença em situações de risco clínico durante a gravidez); o artigo 60.º (Dispensa da prestação de trabalho no período noturno) e o artigo 62.º (Proteção da segurança e saúde de trabalhadora

²⁹ CARVALHO (1999), p. 535, n. 29; republicado *in* CARVALHO (2021), p. 258. Na p. 537, n. 35, reafirmando a sua recusa de personalidade jurídica aos nascituros, ainda que parcial, volta a sublinhar que «isso não supõe que desconheçamos os direitos do embrião, que é um bem jurídico protegido (...)» [também em CARVALHO (1999), p. 260].

³⁰ Centrando-se na proteção do nascituro, vd., de uma forma mais alargada, MAGALHÃES (2019), pp. 285-296.

³¹ Os artigos 209.º e 209.º-A falam de morte fetal, não utilizando o termo nascituro.

³² Artigo 1092.º/1/c).

grávida, puérpera ou lactante). Ao tratar do aborto, o Código Penal utiliza o termo ao considerar a chamada indicação embriopática³³.

No direito da segurança social, encontramos previsões pertinentes onde se refere o nascituro a propósito de diferentes prestações: abono de família pré-natal³⁴, também o subsídio por risco clínico durante a gravidez, protegendo o nascituro direta ou indiretamente (por via da tutela da mãe)³⁵. Inclusivamente, em caso de funeral do nascituro, contempla-se a hipótese de subsídio de funeral, em sede de sistema de proteção social de cidadania³⁶. No campo do sistema previdencial, quer em relação ao subsídio por morte quer à pensão de sobrevivência³⁷, prevê-se entre os seus titulares o nascituro.

No território da proteção social convergente, refira-se o Estatuto das Pensões de Sobrevivência (Caixa Geral de Aposentações)³⁸, bem como a tutela prevista no âmbito da eventualidade maternidade, paternidade e adoção, estabelecendo-se um subsídio por risco clínico durante a gravidez³⁹. No que toca ao regime de acidentes de trabalho e doenças profissionais, no quadro das prestações por morte, também há previsão do nascituro⁴⁰.

³³ Artigo 142.º/1/c)

³⁴ Artigo 4.º/2 do Decreto-Lei n.º 308-A/2007, de 5 de setembro. Sobre a modulação do abono pré-natal, usando o termo nascituro, vd. o artigo 9.º/1/b) do Decreto-Lei n.º 176/2003, de 2 de agosto.

³⁵ Artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de abril.

³⁶ Artigo 5.º/3, do Decreto-Lei n.º 176/2003, de 2 de agosto.

³⁷ Artigo 7.º/1/b) do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro.

³⁸ Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de março. Lê-se no n.º 8 do Preâmbulo: «Os herdeiros hábeis dos contribuintes, no regime do presente diploma, são os cônjuges sobreviventes e os divorciados, os filhos, incluindo os nascituros e os adotados plenamente (...)» Cf. ainda o artigo 40.º/1/b).

³⁹ Artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 89/2009, de 9 de abril: «O subsídio por risco clínico durante a gravidez é atribuído nas situações em que se verifique a existência de risco clínico, para a grávida ou para o nascituro, certificado por médico da especialidade, durante o período de tempo necessário para prevenir o risco, o qual deve constar expressamente do certificado.»

⁴⁰ Artigos 56.º/2 e 57.º/1/c), da Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro. Registe-se que, nos termos do direito português, seguindo uma vetusta tradição, a proteção face aos acidentes de trabalho é garantida por via de contratos de seguro (artigo 79.º); em relação à eventualidade de doenças profissionais, a proteção está a cargo da segurança social (artigo 93.º do referido diploma).

Assinale-se ainda, tocando num campo que expandiu o âmbito da vida pré-natal, a Lei de Procriação Medicamente Assistida⁴¹, e também a legislação dos Centros de Apoio à Vida⁴² e o Regulamento Arquivístico para os Hospitais⁴³. Não se esqueça a Lei n.º 4/84 (Proteção na maternidade, paternidade e adoção), de 5 de abril⁴⁴, entre outros diplomas⁴⁵.

Mas que realidade se reconduz ao nascituro?

Utilizo aqui o termo nascituro para designar o ser humano [pessoa humana, na tese que defendo] já existente, mas ainda não nascido, distinguindo-o do concepturo⁴⁶. É, pois, neste uso estrito e não no sentido alargado previsto no artigo 952.º (Doações a nascituros)⁴⁷ que convoco a expressão. Com efeito, no referido preceito, lê-se: «1. Os *nascituros concebidos ou não concebidos* podem adquirir por doação, sendo filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da declaração de vontade do doador.» Dito de outra forma: é para nós indubitável que em relação aos concepturos («pessoas futuras contingentes»⁴⁸) não se põe a questão da personalidade jurídica. Não obstante, de um ponto de vista constitucional, tenho defendido a existência de pré-efeitos (*Vorwirkungen*)⁴⁹ do direito à vida que levam à proibição de certas combinações genéticas que poderiam gerar seres cujo estatuto seria problemático do ponto de vista da sua pertença à espécie humana.

⁴¹ Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, arts. 7.º/2 e 37.º

⁴² Previstos na Portaria n.º 446/2004, de 30 de abril (com o termo nascituro, vd. 3.º/c), sendo um tipo de equipamentos de apoio social (vd. o Decreto-Lei n.º 126.º-A/2021, de 31 de agosto, que, *inter alia*, aditou ao Decreto-Lei n.º 64/2007, de 14 de março, o artigo 10.º-A, onde, no n.º 2, se encontra uma referência expressa a estas entidades).

⁴³ Portaria n.º 247/2000, de 8 de maio (Preâmbulo).

⁴⁴ Artigos 4.º/1 (Dever de informação), 8.º (Incumbências especiais do Estado no campo dos cuidados de saúde), 10.º/3 (Licença de maternidade em situações de risco clínico para a mãe ou para o nascituro, que impeçam o exercício de funções) e 22.º/1/b) (no que toca a dispensa de trabalho noturno).

⁴⁵ Nesta seleção, não se consideram os textos normativos onde não comparece a palavra nascituro, mas outras (feto e/ou embrião, por exemplo), nem tendo como marca de origem a União Europeia.

⁴⁶ ASCENSÃO (1997), p. 44, manifesta preferência pela expressão «nascituros não concebidos», considerando «concepturo» uma «palavra bárbara».

⁴⁷ Este sentido amplo foi também utilizado no artigo 2033.º CCiv.

⁴⁸ FOTION/HELLER (1997).

⁴⁹ LOUREIRO (1997), p. 14.

Centro-me, pois, nos nascituros *stricto sensu* («pessoas por nascer», «nascituros concebidos»), relembrando Teixeira de Freitas e o artigo 53.º do seu *Esboço do Código Civil*⁵⁰: «São pessoas por nascer as que, não sendo ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno), solução que foi acolhida no Código argentino⁵¹.

2.3. *Antecâmara: teses e perguntas (antecipações)*

Discutir a personalidade jurídica do nascituro exige que não se ignorem pressupostos da realidade (nomeadamente, mas não exclusivamente, biológicos, filosóficos e técnicos), considerando, entre outros, ser humano e pessoa, tendo presente a memória de problemas e conceitos. Em que medida o reconhecimento de que estamos perante uma pessoa humana («alguém» e não «algo»⁵²) não pode ser ignorado pelo direito? E, se, como defendo, a resposta for afirmativa, a solução passará necessariamente por considerar que o nascituro é titular de personalidade jurídica ou serão possíveis outras vias (por exemplo, uma tutela objetiva em termos de bens jurídicos, podendo, neste caso, perguntar-se se a proteção terá o mesmo grau de intensidade)? E será admissível, sem quebrar a unidade da ordem jurídica, sustentar respostas diferenciadas consoante o ramo do direito (constitucional, civil e penal, entre outros)?

⁵⁰ Também a *Consolidação das leis civis*, 1858 (cito a partir da quinta edição, FREITAS, 1915, p. 1), onde se estabelece, no artigo 1.º, que «As pessoas consideram-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a Lei conserva-lhes seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento». A relevância do contributo de Teixeira de Freitas neste ponto tem sido realçada, entre nós, por CHORÃO (2000), p. 641.

⁵¹ Por influência de Teixeira de Freitas em Dalmacio Vélez Sarsfield. O *Código Civil de la República Argentina*, de 1869, dispunha, no artigo 63.º, que «Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno». Em 2015, entrou em vigor o *Código Civil y Comercial de la Nación*, lendo-se, no seu artigo 19.º, que «La existencia de la persona humana comienza con la concepción».

⁵² SPAEMANN (1998).

II. *Quaestiones (disputatae)*: questões e olhares

«Nas éticas clássica e cristã, a primeira das virtudes morais é a *sophia* ou *prudentia*, porque sem uma compreensão adequada da estrutura da realidade, incluindo a *conditio humana*, torna-se praticamente impossível a ação moral com a coordenação racional dos meios e dos fins. No mundo de sonho gnóstico, (...) o não-reconhecimento da realidade constitui o primeiro princípio»

Eric Voegelin, *A nova ciência da política*, p. 123⁵³

1. Direito e realidade: em que medida a realidade como contexto condiciona o direito? Biologia, filosofia e técnica

De uma forma necessariamente breve, deixo algumas ideias sobre o pano de fundo, que não posso aprofundar aqui:

- a) O diálogo com outros saberes impõe-se, como, aliás, consta da apresentação do Católica Research Centre for the Future Law – «A investigação interdisciplinar, assente no cruzamento do direito com outras disciplinas, alarga o horizonte crítico e criativo do jurista»;
- b) Há uma pluralidade de perspetivas, distinguindo-se objeto material – a área da realidade analisada – e objeto formal, *rectius*, objetos formais, isto é, as diferentes perspetivas de interrogação e análise (incluindo a jurídica)⁵⁴;
- c) Embora haja dimensões de construção, recuso que toda a realidade seja mera construção no sentido que esta tem no (des)construcionismo, e que se expressa já na tese nietzschiana de que só há interpretações⁵⁵, sem prejuízo de uma dimensão de construção axiológica⁵⁶ que não se confunde com o subjetivismo que reduz

⁵³ VOEGELIN (1982), p. 123.

⁵⁴ Sobre a distinção entre objeto formal e objeto material, vd. GAMBRA (1973).

⁵⁵ Trata-se de uma proposição constante de *A vontade de poder* [NIETZSCHE (1968), § 481].

⁵⁶ Nesta leitura, rejeita-se «la negación de cualquier tipo de objetividad y racionalidad de los valores, sobre todo de los valores llamados intrínsecos» [GRACIA (2013), p. 74].

os valores a meras emoções nem reedita o clássico intuicionismo axiológico⁵⁷.

Não será objeto de tratamento a questão da falácia naturalística (David Hume/George Moore: *is/ought*, *Sein/ Sollen*, ser/dever ser)⁵⁸.

1.1. *Biologia*

As representações biológicas têm refração no direito. Recorde-se que a biologia aristotélica partia de uma ideia de animação sucessiva. Na segunda metade do século XIX, Haeckel pronunciou-se a favor de uma teoria da recapitulação, defendendo que a ontogénese reproduz a filogénese. Outras representações datadas, como a ideia de *viscera matris*, convocada por Orlando de Carvalho, não resistem a um teste de realidade. O argumento da (mera) *spes vitae*⁵⁹ não bate. Alguns autores preferem falar de «projeto de vida», expressão não despida de «ambiguidade metafórica»⁶⁰, pois mãe e filho são ambos «projetos de vida», melhor, as suas vidas são projetos: recorde-se Ortega y Gasset⁶¹ – a vida (como um todo) é drama, tem uma «estrutura dramática», aliás, em crescendo⁶² por via da tecnociência, com dramas e até tragédias. Em nome da biologia, já se pretendeu recusar ao embrião e ao feto: *a) a humanidade*, afirmando-se que não haveria *ab initio* um ser humano (ou não o teríamos de todo, no caso de se tratar

⁵⁷ Para outros desenvolvimentos e indicações, vd. GRACIA (2013), pp. 29-82.

⁵⁸ Vd., por todos, D'AGOSTINO (2006), pp. 35-45.

⁵⁹ A ideia de *spes vitae* encontra-se também em Orlando de Carvalho, embora acrescente «ou, talvez melhor, a *spes personae*» [CARVALHO (1998)]. Para uma crítica, vd. CABRAL (1998); republicado em CABRAL (2014), pp. 25-29. A posição de Orlando de Carvalho, que não posso aprofundar aqui, revela-se mais temperada (especialmente ao considerar os direitos pessoais), como se aludiu anteriormente e se comprova (re)lendo-o. Assim, fala de uma «firmada *spes vitae*», admitindo que «[o] Direito não pode desconhecer tal formação progressiva [da personalidade] e deixar de proteger as infraestruturas da personalidade que se vão formando nessa fase embrionária. A tutela jurídica do embrião leva ao reconhecimento de direitos pessoais irredutíveis à mera ideia de um património autónomo (e, identicamente, a uma ideia de uma personalidade de funil ou a uma teoria de estados de vinculação de certos bens)» [CARVALHO (2021), p. 199].

⁶⁰ COTTA (1984), p. 22.

⁶¹ Na síntese de ARANGUREN (1979), p. 173, «en un plano más profundo que el de la fugaz coincidencia [entre nuestra vida proyectada y nuestra vida efectiva y real], “la vida es constitutivamente un drama, porque es siempre la lucha frenética para conseguir ser de hecho lo que somos en proyecto” [Ortega y Gasset, *Obras completas*, IV, 77].

⁶² Vd., expressamente, SCHWAGER (2014), pp. 341-342, que, na esteira de Hans Urs von Balthasar, fala de um «crescimento da dramática» (*Steigerung der Dramatik*).

de um monstro⁶³, hipótese que, como se sabe, influenciou diferentes códigos civis⁶⁴); b) a *individualidade*, isto é, não existiria *ab initio* um indivíduo (*principium individuationis*), dada a possibilidade de haver gémeos monozigóticos; c) a *personalidade*, melhor, que se verifiquem os pressupostos para a existência de vida humana pessoal.

A questão da humanidade pode ser considerada a dois níveis: saber se a um embrião e um feto cuja dotação genética resulta de gâmetas da espécie humana pode ser recusada a qualidade de ser humano; discutir, o que não farei aqui, se, face a processos de hibridação em curso, algumas das entidades podem ser qualificadas como humanas. No primeiro – o nível clássico de análise – é indubitável a humanidade do feto e do embrião – as mulheres não dão à luz gatos⁶⁵ ou cães. Quanto à individualidade, a objeção, a proceder, seria temporalmente muito limitada, embora especialmente relevante para a vida *in vitro*, havendo, contudo, boas razões para recusar esta teoria da individualidade denegada⁶⁶. Finalmente, no que toca à inexistência de estruturas que tornem possível a racionalidade, a discussão centra-se nas teorias do nascimento cerebral, quer se assuma como critério o funcionamento do tronco cerebral quer se privilegie o começo da consciência. Todavia, a pretensa simetria entre o nascimento do cérebro e a morte cerebral assenta numa clara falácia, pois o sistema de regulação que comanda o desenvolvimento do embrião é anterior ao início da atividade cerebral⁶⁷.

⁶³ Entre nós, sobre a questão dos monstros, vd., por todos, GIL (2006), que recorda que sob este termo abrigam-se duas realidades diferentes: uma prende-se com os «nascimentos monstruosos», outra refere-se a espécies monstruosas (p. 27). É a primeira a situação que aqui nos ocupa: uma mulher dar à luz uma criatura monstruosa.

⁶⁴ Vd. o Código de Seabra (1867), artigo 110.º («Só é tido por filho, para os efeitos legais, aquele de quem se prove que nasceu com vida e com figura humana») e 1776.º, § único («Reputa-se existente o embrião que nasce com vida e figura humana dentro de trezentos dias, contados desde a morte do testador»).

⁶⁵ A propósito deste exemplo, vd. GRANT (1986), p. 122, que, em termos intelectualmente desafiantes, assinala que «No woman has yet given birth to a cat – although the National Council of women are evidently not quite sure about this. In 1967, they presented a resolution to the Parliamentary Committee in which abortion was defined as “the premature expulsion of the mammalian foetus”. It is impossible to meet a mammal, pure and simple. One meets a cat, or a dog, or a human being».

⁶⁶ Sobre este ponto, recusando a teoria da individualidade denegada, quer seja afirmada a partir do argumento da totipotência quer da possível formação de quimeras, vd., com outras indicações, LOUREIRO (2006), pp. 379-381.

⁶⁷ LOUREIRO (2006), pp. 381-383.

Em relação à projeção filosófica e jurídica, pode perguntar-se se a proteção da vida tem a mesma intensidade nas etapas de desenvolvimento intrauterino. Acresce que também aqui se evidenciam os limites do argumento biológico, pois da verificação de que estamos perante um ser humano não resulta, sem mais, que seja uma pessoa.

1.2. Filosofia: entre a ontologia e a axiologia

Tendo presente os dados biológicos, mas não misturando níveis, no plano filosófico recortam-se, desde logo, duas perguntas: o «embrião é um de nós?»; o «embrião vale como um de nós»⁶⁸?

Remetendo, por força das circunstâncias, para escritos anteriores⁶⁹, limitar-me-ei a dizer que respondo afirmativamente às duas questões: o embrião (e o feto) é e vale como um de nós. Ou seja, em termos axiológicos, estamos perante uma pessoa humana, o que não é pacífico, dependendo da noção que se subscreva. O aperto do texto não permite mais do que uma sucinta alusão à história deste termo. Se em Roma anda associado a uma máscara que se enverga no teatro, já em Boécio a pessoa é vista como «substância racional de natureza individual»⁷⁰, a que se seguiram visões que enfatizam a relação – paradigmaticamente, Ricardo de S. Victor – e uma leitura autoconsciencial de pessoa, que acabou por alimentar um importante filão na bioética e, em menor grau, no direito. A última mergulha raízes em John Locke⁷¹, que convoca a história do papagaio brasileiro do Príncipe Maurício de Nassau, que com este teria mantido um diálogo⁷². Esta linha tem projeções na bioética: pense-se, por exemplo, em Peter Singer e na crítica ao especismo. Assim, o nascimento não introduziria uma diferença qualitativa, relevando antes a pessoa na referida aceção autoconsciencial. De uma forma geral, isto significa que há quem ainda não seja pessoa, nunca o venha a ser (por exemplo, pense-se em situações de deficiência mental profunda) ou deixe de o ser (aqui, com especial relevância na outra «margem» da vida, nomeadamente num tempo em que o aumento da esperança de vida e

⁶⁸ No parecer do Comitato Nazionale di Bioetica, *Identità e statuto dell'embrione umano*, de 22/6/1996, lê-se: «L'embrione è uno di noi».

⁶⁹ Vd., por todos, LOUREIRO (2018).

⁷⁰ Para as diferentes compreensões de pessoa, vd. LOUREIRO (2008), pp. 675-680.

⁷¹ LOCKE (1999), Livro II, Cap. XXVII. Para a contextualização e diferentes usos do termo pessoa nesta obra de Locke, cf. RUDMAN (1997), pp. 80-84.

⁷² LOCKE (1999), pp. 440-441.

o conseqüente alargamento da «quarta idade» têm um impacto em sede de doenças como, por exemplo, o Alzheimer⁷³.

1.3. Técnica (tecnociência)

1.3.1. História como «processo de possibilitação»

Xavier Zubiri fala da história como um «processo de possibilitação»⁷⁴. É a partir desta linha que Diego Gracia⁷⁵ aborda um conjunto de questões da vida que se projetam na bioética e no direito da saúde. A tecnociência permitiu a criação de embriões *in vitro*; no quadro do desenvolvimento da medicina, além da visibilidade da revolução ecográfica, abriram-se as portas para intervenções *in vivo*, convertendo o feto num paciente, com tradução jurídica em termos de responsabilidade e de danos não patrimoniais. Este poder biomédico não escapa à ambivalência⁷⁶, ao resolver problemas, mas ao criar outros, descortinando-se possibilidades positivas, mas também negativas. A vida embrionária *in vitro* transporta consigo uma fragilidade acrescida (vulnerabilidade).

O direito é visto como sistema de (im)possibilidades normativas, estruturado a partir de uma intenção de validade (axiológico-normativa)⁷⁷. Nesta compreensão, além de convocar outras condições (mundano-social e humana-existencial), culmina na condição ética⁷⁸, nas palavras de Castanheira Neves, ou, como prefiro, condição axiológica. Nesta «terceira condição (...) a pessoa e a sua axiologia são determinantes»⁷⁹. Registam-se os desafios a partir das «alternativas ao direito»⁸⁰, nomeadamente de uma alternativa técnico-científica. Por esta via, no plano da juridicidade, não se vê como a questão da personalidade jurídica das pessoas humanas

⁷³ Sobre a sua expressão no direito, vd. HOERSTER (1991), neste caso com um «corte pragmático», de segurança – relevância do nascimento [criticando as posições Singer e Hoerster, recusando que a dignidade da pessoa dependa da atualidade de certas características (no caso, a autoconsciência), vd. RHONHEIMER (1995), p. 50].

⁷⁴ Sobre esta visão zubiriana, vd., em síntese, GRACIA (2004), pp. 17-20; com outros desenvolvimentos, ELLACURÍA (1991), pp. 406-420.

⁷⁵ GRACIA (2004), p. 17.

⁷⁶ GRACIA (2004), p. 17.

⁷⁷ LOUREIRO (2001), pp. 30-31, n. 61.

⁷⁸ NEVES (2002), pp. 71-72.

⁷⁹ NEVES (2002), p. 72.

⁸⁰ NEVES (2002), pp. 72-73.

possa ser reduzida a uma dimensão puramente técnica ou, no limite, resultar de uma mera decisão arbitrária. Alguns aspetos têm sido tratados, no que toca ao centro de investigação que hoje promove este Seminário, por António Ulisses Cortês⁸¹ e, ainda nas *Católica Talks* dedicadas à responsabilidade, também Maria da Glória Garcia⁸².

1.3.2. *Novos desafios à pessoaalidade: robôs e (neo)gnosticismo(s)*

Uma referência curta a novos desafios à pessoaalidade, com refração na discussão em torno da personalidade jurídica. Pense-se na robótica que tem vindo a ser lida em termos de atitudes (neo)gnósticas⁸³ e, de uma forma mais geral, a tecnologia não escapa à ponte com «uma longa tradição de devoção gnóstica», para convocar outro Professor da Universidade Católica, João Manuel Duque⁸⁴. O *neo* revela linhas de continuidade⁸⁵, mas também de diferença. Sabe-se que sob a capa do gnosticismo antigo se esconde uma paleta vasta de propostas e de extensão temporal⁸⁶. Hodiernamente, anuncia-se o tempo da singularidade, em que a inteligência artificial ultrapassará a inteligência humana, uma superinteligência, algo que para Ray Kurzweil não acontecerá antes de 2045. Na síntese de Jean-Gabriel Ganascia⁸⁷, a atitude neognóstica parte de quatro proposições, a saber:

- a) a necessidade de reparar a natureza⁸⁸ e controlar o próprio processo de evolução (alteração da natureza *no* homem)⁸⁹;

⁸¹ CORTÊS (2020).

⁸² GARCIA (2020), mencionando expressamente Castanheira Neves logo na p. 10.

⁸³ Paradigmaticamente, GANASCIA (2018).

⁸⁴ DUQUE (2008), p. 122.

⁸⁵ Sobre o neognosticismo e a questão da negação de diferenças ontológicas, vd. BALLESTEROS (2018).

⁸⁶ Para uma síntese, vd. MARKSCHIES (2019) e a obra já clássica de JONAS (2021), que conheceu em 2020 uma edição em Portugal – *A religião gnóstica* –, com a chancela da Imprensa da Universidade de Lisboa. Recentemente, entre nós, e no quadro da Universidade Católica Portuguesa, LAMELAS (2022).

⁸⁷ GANASCIA (2018), pp. 91-101.

⁸⁸ No gnosticismo antigo, por exemplo, lê-se no *Evangelho de Filipe*: «O mundo foi criado por engano, porque aquele que o criou queria fazê-lo incorruptível e imortal. Ele não conseguiu realizar o seu desejo, pois o mundo nunca foi incorruptível, e tampouco aquele que fez o mundo» [*apud* LAMELAS (2022), p. 57].

⁸⁹ GANASCIA (2018), p. 91, relembra a diferença, em registo de oposição, entre o demiurgo e o ser supremo.

- b) a oposição entre *mythos* e *logos* daria lugar, em chave gnóstica, a uma proposta narrativa que misturaria a realidade e a ficção (científica)⁹⁰;
- c) um dualismo radical mente/corpo (no limite, o corpo como impureza de que importa libertar-nos, com a continuação da mente em computadores («carregamento»/uploading);
- d) abrindo a um tempo novo, a rutura da Singularidade traria a grande libertação quer do envelhecimento, visto como uma doença, quer da morte cujo anúncio se proclama (a «morte da morte»), pretendendo eliminar a finitude da condição humana⁹¹.

No campo jurídico, importa distinguir entre uma análise de futuros robôs como o David, de *Inteligência artificial*, de Spielberg, e a atual defesa de uma personalidade jurídica robótica. A primeira questão apontaria para um alargamento da categoria da personalidade jurídica, particularmente importante se passássemos do Antropoceno para o Novaceno⁹², que seria marcado pela coexistência (?) entre robôs e seres humanos, embora não se possa descartar que a «obsolescência do ser humano»⁹³ desemboque num apocalipse tecnocientífico, num adeus à espécie. Robert Alexy⁹⁴, figura maior da teoria dos direitos fundamentais, parte de *Star Trek* para elaborar a sua posição «duplo-triádica» [inteligência, sentimentos e consciência – neste último caso, considerando três tipos de reflexividade – cognitiva (autoconhecimento), volitiva (comportamento resulta de atos individuais de vontade) e normativa (autoavaliação do agir, socorrendo-se de padrões normativos de «justeza») e responder afirmativamente. Já quanto à ideia de «personalidade eletrónica ou digital», num tempo 4.0⁹⁵, com refração inclusivamente na Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, estamos perante uma versão débil que aponta para um centro de imputação de responsabilidade e que me parece desnecessário. Tema

⁹⁰ GANASCIA (2018), pp. 94-98.

⁹¹ Sobre este cenário, que dá um outro alcance – agora por via intramundana – à pergunta «Onde está, ó morte, a tua vitória» (1 Cor 15, 55), vd. projetos pós-humanistas que não pretendem apenas aumentar espetacularmente a longevidade, mas anunciar a «morte da morte», vd., por exemplo, em registo crítico, BRUCKNER (2019), Cap. IX («Mort, où est la victoire?»).

⁹² LOVELOCK (2020).

⁹³ Vd. a reflexão de ANDERS (2002).

⁹⁴ ALEXY (2000).

⁹⁵ Sobre este conceito, vd. LOUREIRO (2022a), articulando-o com o de «metamorfose» avançado por BECK (2016).

que no Centro promotor tem sido objeto de estudo, contando-se entre os parceiros de diálogo Henrique Sousa Antunes, coordenador da linha, que assinala «a transição de uma realidade antropocêntrica para uma realidade maquinocêntrica»⁹⁶ no quadro da digitalização, bem como Luís Barreto Xavier, que rege Direito da Inteligência Artificial.

Repare-se que em sede de personalidade do embrião e do feto a atitude gnóstica exprime-se, por exemplo, tradicionalmente, na centralidade que assumiria a animação, fazendo-se da distinção entre seres humanos e pessoas um elemento estruturante desta visão⁹⁷.

1.3.3. *Cultura, significação e direito(s)*

Importa ter presente que as mudanças culturais acabam, mais cedo ou mais tarde, por ter projeção na própria interpretação do texto constitucional. A *ars* hermenêutica é um jogo de texto e contexto e direito e constituição devem ser lidos como cultura. Assim, a eventual afirmação de uma leitura autoconscencial da pessoa poderia traduzir-se num encolhimento do próprio conceito de personalidade jurídica, como aconteceu, por exemplo, com a modificação da noção de casamento. No retrato da circunstância, tenha-se presente uma certa ideia de identidade de que o pensamento cartesiano é exemplo, enquanto expressão de uma lógica da máquina⁹⁸. E a técnica, ao contrário de uma crença muito difundida, não é meramente instrumental. Na verdade, vivemos num tempo dominado por uma «ontologia da técnica», como gostava de recordar George Grant⁹⁹

⁹⁶ ANTUNES (2020), p. 30. Sobre a temática da inteligência artificial e direito, vd. também ANTUNES (2020a). Para outras indicações, vd. LOUREIRO (2021), pp. 648-652.

⁹⁷ GEORGE (2016).

⁹⁸ Para uma diferenciação entre duas lógicas – a da máquina e a do amor –, vd. SCHINDLER (1996), p. 201.

⁹⁹ Vd., por exemplo, GRANT (2003), p. 11. Grant critica a afirmação de M. Bourassa, então líder do Partido Liberal no Quebec: «American technology, French culture», rotulando esta visão de absurda, pois a tecnologia não é «something external (e. g., machines)», mas «a spirit which excludes all that is alien to itself», relembrando precisamente Heidegger.

a partir da leitura de Martin Heidegger¹⁰⁰, ou, numa outra formulação, «technology is the ontology of our age»¹⁰¹.

Sem prejuízo do reconhecimento de «modernidades múltiplas»¹⁰², privilegio a modernidade europeia, também ela com diferentes percursos, mas marcada por uma lógica de produção¹⁰³ a que não se subtrai a corporeidade.

Importa-nos convocar aqui «O triunfo da vontade». Se no filme homónimo de Leni Riefenstahl¹⁰⁴ o registo se situa, num cenário de massas, ao nível de uma vontade¹⁰⁵ coletiva, agora o eixo, à semelhança do que acontece com o eugenismo¹⁰⁶, passa pelo indivíduo. A autonomia degenerou num autonomismo, que não toma a sério o carácter constitutivo da relação¹⁰⁷, desenvolvendo-se uma «biomedicina do desejo» com expressão em termos de linguagem: sendo desejado pela mulher (convoquemos o termo enquanto o seu uso ainda é permitido) fala-se de bebé; caso contrário, ao menos nos primeiros tempos, no limite, não passa de um agregado de células, numa prevalência dos mais fortes (os nascidos) sobre os mais frágeis (os concebidos)¹⁰⁸.

Num «tempo líquido»¹⁰⁹ e numa «sociedade de vivências»¹¹⁰, a tecnociência continua a impor-se.

¹⁰⁰ Para uma síntese do impacto do pensamento de Heidegger na obra de Grant, vd. DAVIS (1996).

¹⁰¹ GRANT (1986), p. 32.

¹⁰² EISENSTADT (1997); EISENSTADT (2011).

¹⁰³ *V.g.*, DUQUE (2015), p. 224.

¹⁰⁴ *Triumph des Willens*, 1935.

¹⁰⁵ SCHALL (2011), pp. 188-189, a propósito do aborto e da vontade faz a ponte com o gnosticismo. Escreve que se trata de «un'imposizione sulla realtà umana dell'idea che basta "volere" affinché una cosa si avveri».

¹⁰⁶ Cf., por todos, HABERMAS (2006).

¹⁰⁷ Entre nós e no campo da dogmática, vd. agora a defesa de uma «autonomia relacional» empreendida por Rosa MARTINS (2020), pp. 189-211.

¹⁰⁸ Esta é também uma ideia cara a George Grant, na sua crítica ao célebre *Roe versus Wade*: vd. a síntese de BRADSHAW (1996), p. 221: «Grant views the outcome of the Supreme Court decision on abortion as a rights struggle in which the strong prevail over the weak.» Grant põe o dedo na ferida quando escreve que «In adjudicating for the right of the mother to choose whether another member of her species lives or dies, the judge is required to make an ontological distinction between members of the same species» [GRANT 1998, p. 110].

¹⁰⁹ BAUMAN (2007).

¹¹⁰ SCHULZE (1992).

2. Direito, unidade e diferença

Ao discutir esta questão – personalidade jurídica do nascituro –, assinalem-se três etapas que mereceriam outro desenvolvimento, mas que aqui limito a tópicos, a saber: ordens jurídicas e geografia(s) (Blaise Pascal e os Pirenéus); ordem jurídica e olhares (filosofia do direito, teoria do direito e dogmática); ordem jurídica e ramos do direito.

Começando pela primeira, mesmo restringindo as nossas considerações ao círculo cultural ocidental, importaria considerar o lugar de tradições e soluções nacionais que se ilustram no reconhecimento expresso de personalidade jurídica ao nascituro ou em soluções que fazem do nascimento e até de outras notas – viabilidade e até forma humana – recorde-se a teoria dos monstros – a *conditio sine qua non* da sua aquisição.

Em relação à segunda – ordem jurídica e olhares – temos de distinguir três abordagens:

- a) Filosofia do direito, que, na síntese de Sergio Cotta, «scrutta il diritto (pensato o “posto”) per comprendere la ragione del suo esserci specifico (in teoria e in pratica) nell’ambito globale della condizione umana»¹¹¹;
- b) Teoria do direito, uma «abstração das abstrações»¹¹², não se centrando numa certa ordem jurídica, em termos de «uma intencionalidade prático-normativa»¹¹³, antes assumindo uma «*intencionalidade metanormativa*» (abstraindo-se, aqui e agora, de um conjunto de diferenciações e de modos de compreensão);
- c) Dogmática jurídica, com referência a uma ordem jurídica concreta (neste caso, na portuguesa). Dogmática aqui entendida como parte da jurisprudência «em sentido integral e próprio»¹¹⁴, conjugando poder judicial e doutrina.

2.1. Filosofia do direito

No primeiro nível de análise – filosofia do direito –, a defesa da personalidade jurídica do nascituro radica na tese segundo a qual, sendo indubitável que existe um ser humano, não se vê como recusar que estamos

¹¹¹ COTTA (1997), p. 110.

¹¹² LUHMANN (1983), p. 21.

¹¹³ NEVES (1998), p. 45.

¹¹⁴ NEVES (1984), c. 1572. Vd. também, sublinhando o primado da razão prática sobre a razão teórica e falando de *Jurisprudenz*, GRÖSCHNER (2017), p. 61.

perante uma vida digna de respeito, uma «vida-valor» – não uma mera «vida-mero-facto»¹¹⁵. Ou seja, o embrião e o feto são sujeitos jurídicos, marcados por uma ideia de relacionalidade. Se, no entanto, em termos de concretização dogmática, essa garantia da «vida-valor», que toma a sério a «relacionalidade ontológica»¹¹⁶, será feita pela afirmação da titularidade de direitos ou antes por uma proteção centrada nos bens jurídicos (como é a ótica de direito penal) deve ser discutida em sede própria.

2.2. *Teoria do direito*

Em sede de teoria do direito¹¹⁷, é clássica a resposta de Hans Kelsen, paradigmaticamente na *Teoria pura do direito*: o sujeito de direito/pessoa jurídica não é uma «realidade natural». Tratar-se-ia de uma mera construção, sendo os direitos atribuídos e não reconhecidos. Lê-se:

«Pessoa jurídica (pessoa em sentido jurídico) é a unidade de um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos. Como estes deveres jurídicos e direitos subjetivos são estatuídos por normas jurídicas – melhor: são normas jurídicas –, o problema da pessoa é, em última análise, o problema da unidade de um complexo de normas. A questão é a de saber qual é, num caso e no outro, o fator que produz esta unidade.

A unidade de deveres e direitos subjetivos, quer dizer, a unidade das normas jurídicas em questão, que forma uma pessoa jurídica, resulta do facto de ser a conduta de um e mesmo indivíduo que constitui o conteúdo desses deveres e direitos, do facto de ser a conduta de um e o mesmo indivíduo a que é determinada através destas normas jurídicas. A chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo (...). Não é uma realidade natural, mas uma construção jurídica criada pela Ciência do Direito (...).»¹¹⁸

¹¹⁵ COTTA (1984), p. 23.

¹¹⁶ Vd. COTTA (1997), Cap. V.

¹¹⁷ Sobre este ponto, com outros desenvolvimentos, COTTA (1997), pp. 13-19, que fala de «dois modelos jurídicos».

¹¹⁸ KELSEN (1976), p. 244.

Esta resposta não está, no entanto, inscrita nas estrelas, sendo legítimo defender que à pessoa humana, dotada de intrínseca dignidade, deve ser reconhecida personalidade jurídica¹¹⁹.

2.3. *Dogmática jurídica*

Num terceiro momento, a questão da personalidade jurídica deve ser considerada em relação a uma ordem jurídica concreta. Desfazendo eventuais confusões, esclarece-se que, ao contrário do que às vezes se pensa, há que registar os enganos da etimologia, ou seja, a diferença entre dogma – do campo teológico, de uma comunidade de crença¹²⁰ – e dogma inscrito na «tradição de uma doutrina da arte» na esteira hipocrática¹²¹. Há uma diferença temporal entre a génese do termo (cerca de dois milénios e meio) e a dogmática jurídica como disciplina, uma invenção mais recente¹²². Assume visibilidade com os *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatsrechts*¹²³. No mundo jurídico de língua portuguesa, e a título meramente ilustrativo, referia-se que António Joaquim Ribas, na sua *Curso de direito civil brasileiro*¹²⁴, apresentava a «dogmática do direito» como primeira subdivisão da jurisprudência,

¹¹⁹ No momento dogmático – análise da questão no Código Civil alemão (BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*) –, Karl LARENZ (1978, p. 44) faz a ponte com o «personalismo ético como fundamento ideológico».

¹²⁰ Para uma síntese do dogma enquanto categoria teológica, vd. KASPER (1991), pp. 292-309.

¹²¹ GRÖSCHNER (2017), p. 61.

¹²² No entanto, numa linha crítica, e face à compreensão da dogmática centrada no *Corpus iuris civilis*, Tobias Barreto [de Menezes] faz uma aproximação com a teologia e a Bíblia. Assim, lê-se em *Questões vigentes de philosophia e de direito* que «A ciência do direito, diz Hermann Post, não deve continuar a ser uma irmã da teologia, limitando-se a folhear contemplativamente o *corpus juris*, como esta folheia a bíblia. (...) temos juristas para quem o *corpus júris* é uma fonte guardada por um dragão, que os amedronta e afugenta. (...) Destarte, o que lá em cima já se considera testemunho de pobreza, o exclusivo apego e familiaridade com a dogmática jurídico-romana, cá em baixo ainda tem um certo carácter de ideal inatingível ou, pelo menos, dificilmente realizável» [MENEZES (1888), pp. 114-115].

¹²³ GRÖSCHNER (2017), p. 63, que refere como data 1866. Contudo, o primeiro volume é de 1857, abrindo com um artigo de Jhering intitulado «Unsere Aufgabe» (a revista está disponível em https://dlc.mpg.de!/toc/mpirg_escidoc_80144/2/-/), onde, na p. 7, se menciona expressamente a dogmática e o seu objeto.

¹²⁴ RIBAS (1880).

tendo como objeto «o conhecimento do direito realmente existente em certa nação, e do verdadeiro sentido dos seus textos»¹²⁵.

A dogmática jurídica é um elemento essencial do Estado de direito, alicerçando «a compreensibilidade do direito e a racionalidade da aplicação jurídica»¹²⁶.

2.4. Direito e ramos do direito

Proposto um plano tríplice (jusfilosófico, teórico-jurídico e dogmático) de abordagem da personalidade jurídica, cabe perguntar, antes de ver se, em concreto, a resposta tem de ser comum aos diferentes ramos do direito, nomeadamente por via de constitucionalização, cabe perguntar como se articulam com a lei fundamental. Cultor do direito constitucional, no que toca às relações, há muito que me insurjo contra uma conceção colonizadora e um paradigma imperialista jusconstitucional que degrada o direito penal e o direito civil. Defendo a humildade do direito constitucional e da existência de múltiplas portas de entrada no ordenamento jurídico. Assim, e no que toca à questão da personalidade jurídica do embrião e do feto, é perfeitamente legítimo que o direito penal, mesmo não podendo deixar de considerar a CRP, se mova num discurso argumentativo assente numa teoria de bens jurídicos, estruturante do discurso penal¹²⁷.

É verdade que o direito civil deixou de ser o «sol» da ordem jurídica, limitando-se a ser «planeta» da ordem jurídica¹²⁸. Também no plano fundacional, tenho presente a articulação entre juridicidade e constitucionalidade, cujo desenvolvimento obrigaria a um diálogo mais aprofundando com Castanheira Neves e Gomes Canotilho, entre outros. Noutro lugar¹²⁹, tive oportunidade de criticar os diversos panconstitucionalismos. Com efeito, na esteira de Castanheira Neves – que gosta de convocar René Marcic – «absoluta não é a constituição, absoluto é o direito»¹³⁰ – reconheço a relevância da constituição na ordem jurídica, mas tenho presente que a juridicidade é anterior. Em ordens constitucionalmente

¹²⁵ RIBAS (1880), p. 28.

¹²⁶ SCHMIDT-ASSMANN (2016), p. 22. Na esteira de Castanheira Neves, prefiro falar de realização do direito em vez de aplicação.

¹²⁷ Vd., por todos, DIAS (2019), pp. 129-130.

¹²⁸ Socorremo-nos do título de obra de BAUER/POSCH/MORLOCK/ (2000).

¹²⁹ LOUREIRO (2016).

¹³⁰ MARCIC (1969), p. 235.

abertas e democráticas, as hipóteses de normas inválidas que não sejam inconstitucionais, a admitirem-se, corresponderão a situações-limite. Em sociedades totalitárias, a sua recusa tenderá a fazer dos juizes mártires, ao oporem-se, em nome do direito, à arbitrariedade do poder.

III. Personalidade jurídica – meditações em torno de um operador

«A subjetividade jurídica (a qualidade de quem é sujeito de direito) supõe no homem a personalidade jurídica, que, por seu turno, supõe a personalidade humana. É porque o homem é pessoa – *pessoa humana* – que se reconhece como *pessoa em sentido jurídico* e, logo, como sujeito para o direito.»

Orlando de Carvalho, *Teoria geral do direito civil*¹³¹

Centremo-nos agora no conceito de personalidade jurídica, deixando de parte um tratamento autónomo e sistemático da história do conceito¹³², sem prejuízo de algumas referências. O ponto de partida é a *Teoria geral do direito civil*, de Orlando de Carvalho, de quem tive o privilégio de ser aluno, propondo, percorrer as seguintes etapas: *a*) cartografia conceitual: retorno aos bancos da Faculdade ou memória de Orlando de Carvalho; *b*) personalidade jurídica: uma «categoria [meramente] formal»?; *c*) liberalismo e codificação: em torno do Código de Seabra; *d*) Código Civil de 1966; *e*) Constituição de 1976 e jurisprudência do Tribunal Constitucional.

1. Cartografia conceitual: retorno aos bancos da Faculdade ou memória de Orlando de Carvalho

Tendo sido aluno de Orlando de Carvalho em Teoria Geral do Direito Civil, recordo que uma das suas linhas de força passava pela afirmação de que, apesar do uso amplo de personalidade jurídica – compreendendo

¹³¹ ORLANDO (2021), p. 192 (no original, em lugar do itálico, encontra-se negrito). Embora o texto original tenha começado a ser publicado em 1981, em fascículos, para facilitar o acesso ao leitor serão indicadas as páginas da republicação, em boa hora empreendida, coordenada por Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha.

¹³² Entre nós, vd. textos de Diogo Costa Gonçalves, nomeadamente GONÇALVES (2020) e GONÇALVES (2022).

as chamadas «pessoas singulares» e as «pessoas coletivas»¹³³, terminologia que não escapou à sua crítica¹³⁴ –, revelava-se pouco adequado o tratamento comum dos dois tipos de pessoas, pois «a personalidade jurídica humana pouco tem a ver com a personalidade jurídica *stricto sensu*»¹³⁵. Assim, em sentido próprio, a personalidade jurídica é a «projeção no direito da personalidade humana», sustentando também a ideia de indissociabilidade da personalidade humana (no sentido de que quem tem personalidade humana tem personalidade jurídica). Distingue ainda subjetividade jurídica («*posse* abstrato»): «suscetibilidade abstrata de ser titular de direitos e de obrigações»¹³⁶ e capacidade jurídica («*posse* concreto»): «suscetibilidade concreta de se ser titular de tais direitos e deveres»¹³⁷.

2. Personalidade jurídica – uma «categoria [meramente] formal»?

Há quem entenda que a questão da personalidade é uma simples escolha «técnico-jurídica»¹³⁸. A favor desta tese, mobilizam-se alguns

¹³³ Em relação a estas, o conceito mergulha raízes no pensamento franciscano. Com efeito, será o Papa João XXII a afirmar expressamente que a ordem franciscana é uma *persona representata et imaginaria*, defendendo que pode agir juridicamente e não apenas de facto enquanto tal [sobre este ponto, com outros desenvolvimentos e a contextualização, vd. SCHNEIDER (2014), pp. 260-261]. Sabemos que os franciscanos tiveram um impacto fortíssimo no pensamento jurídico (por exemplo, na emergência do direito subjetivo ou na teoria dos contratos) e também económico. Neste caso, em nome dos franciscanos, Guilherme de Ockham vem, a partir do nominalismo, recusar que exista uma tal pessoa, pois só há «pessoas reais». Bártolo apresenta uma solução onde defende a autonomia da noção jurídica de personalidade: não questionando que de um ponto de vista filosófico só existem pessoas reais, tal não acontece no plano jurídico em relação às *universitas* [de novo, SCHNEIDER (2014), pp. 261-262].

¹³⁴ Orlando de Carvalho critica a análise quantitativa e redução da pessoa humana à dimensão física, dado que a pessoa é uma integridade psicossomática [CARVALHO (2021), p. 191].

¹³⁵ CARVALHO (2021), p. 191.

¹³⁶ CARVALHO (2021), p. 194.

¹³⁷ CARVALHO (2021), p. 195 (a negrito no original).

¹³⁸ Expressamente contra, vd., por exemplo, ASCENSÃO (1997), p. 117: «(...) a personalidade jurídica não nos surge como mera opção técnica do legislador, mas como projeção de pressupostos fundamentais», ressalvando que esta proposição vale «plenamente» para as pessoas humanas, mas não para as chamadas pessoas coletivas («pessoa[s] por analogia» – p. 118 e também p. 63). Na mesma obra, vd. p. 63, sublinhando o «substrato ontológico» da personalidade jurídica, realçando que quanto à própria personalidade coletiva não se está perante uma «realidade arbitrária», exigindo-se uma

argumentos, a saber: a existência de pessoas coletivas; a questão (aludida) da personalidade digital ou eletrónica¹³⁹, movendo-se entre a mera instrumentalidade jurídica e uma autêntica pessoa jurídica. Neste último caso, Teubner entende que o conceito de actante proposto por Bruno Latour responderia aos riscos destas novas formas «autónomas» de ação¹⁴⁰. Este recurso à noção de actante centra-se nas comunicações como «non-human members of the society»¹⁴¹, como «mere streams of information that become “persons” (or sub-persons) when they build up a social identity in the communication process».

Sem prejuízo de usos por extensão – no que toca às pessoas coletivas –, o cerne deste operador dogmático assenta na pessoa humana. Quanto a este ponto (personalidade humana e personalidade jurídica), podemos recortar as seguintes hipóteses: tese da correlação (é a posição ilustrada por Orlando de Carvalho, que, contudo não reconhece personalidade humana ao embrião e ao feto, ou, sem esta ressalva no que toca à vida pré-natal, a perspetiva de Pedro Pais de Vasconcelos¹⁴²); tese da separação (uma mera questão técnica, divorciada de outros níveis de discussão), pelo que devia valer uma visão monista «que identifica formalmente a personalidade humana com a coletiva»¹⁴³; tese da correlação como regra, mas como possíveis zonas de dissemelhança. Veremos melhor estas posições ao tratar especificamente do artigo 66.º do Código Civil, adiantando, desde já, que, por exemplo Elsa Sequeira escreve: «(...) embora a personalidade jurídica seja uma qualidade jurídica conferida pelo direito, a liberdade de conformação do legislador nesta matéria difere consoante esteja em causa um ser humano ou outra realidade. Na primeira hipótese, em rigor não há liberdade de conformação, encontrando-se o legislador obrigado a reconhecer que toda a pessoa física também é pessoa jurídica»¹⁴⁴.

«fundamentação própria». Este último ponto é explicitado nas pp. 195-196, falando de «discrecionalidade relativa» (p. 195).

¹³⁹ Vd. a crítica de TEUBNER (2018) e a defesa da noção de «actante» como um *tertium genus*.

¹⁴⁰ TEUBNER (2018), p. 45.

¹⁴¹ TEUBNER (2018), p. 47.

¹⁴² VASCONCELOS (2006), pp. 3-4. Escreve: «O Direito e a Lei não têm poder de conceder ou recusar a personalidade às pessoas humanas, mas são o Direito e a Lei que constituem e excluem a personalidade coletiva» (p. 3).

¹⁴³ VASCONCELOS (2006), p. 116, em registo crítico.

¹⁴⁴ SEQUEIRA (2020), p. 143.

3. Personalidade jurídica do nascituro no pensamento português: alguns percursos

Neste contexto, vou circunscrever a minha brevíssima análise ao século XIX, ao período que antecede o nosso primeiro Código Civil, tendo também presente, do outro lado do Atlântico, Teixeira de Freitas, uma figura com peso e impacto no pensamento jurídico ibero-americano. No ano em que assinalamos os duzentos anos da Constituição de 1822, que tinha sido antecedida por um texto no ano anterior – falo das Bases da Constituição –, recorda-se que uma das promessas do liberalismo passa pela codificação. Vicente José Ferreira Cardoso da Costa (1765-1834) publica, precisamente há 200 anos, um texto intitulado *Que he um Código Civil?*¹⁴⁵, mas sabe-se que tivemos de aguardar pelo Código de Seabra para se cumprir o desiderato.

3.1. Liberalismo e doutrina: (re)lendo Manuel Borges Carneiro e Coelho da Rocha

Na doutrina, um dos artífices do texto constitucional de 1822 – falo de Manuel Borges Carneiro –, em *Direito civil de Portugal*¹⁴⁶, ao começar o Livro I – Direito das pessoas, dedica o § 19 ao «homem por nascer, nascido ou morto». Lê-se:

«1. Quem são pessoas. Pessoa é o homem considerado em seus direitos, qualquer que seja a sua idade, sexo, condição (...);

1. *Embriões* – em o número das pessoas se conta também o feto apenas formado no ventre materno (*embrio, venter, nasciturus*) (...)

2. Ele se reputa como nascido para tudo o que é de seu proveito, e conserva todos os seus direitos para o tempo do nascimento (...);

Este direito começa desde que o feto se formou em embrião.»¹⁴⁷

¹⁴⁵ COSTA (1822). Uma análise aprofundada desta obra pode ver-se em MARQUES (2003).

¹⁴⁶ CARNEIRO (1851).

¹⁴⁷ CARNEIRO (1851), p. 65 (itálicos no original).

Quanto a Coelho da Rocha, nas suas *Instituições de direito civil*, escreve:

«§ 54. Diz-se Pessoa no sentido jurídico todo o sujeito, a quem competem direitos. Propriamente estes só podem competir aos indivíduos da espécie humana, aos homens; porém na jurisprudência admitem-se seres capazes de direitos ou obrigações, considerados em abstração dos indivíduos, como uma sociedade, a herança jacente. Daqui nasce a distinção entre pessoa física e pessoal moral, ou jurídica.

§ 56. Pelo que pertence ao estado natural: o homem: I, em quanto ao nascimento — ou é nascido, ou embrião (...). Estes, em tudo o que é do seu interesse, são pelas leis equiparados aos nascidos, e conservam até o nascimento todos os direitos, que lhes competiriam, se estivessem já nascidos no momento em que os adquiriram (...).»¹⁴⁸

3.2. *Liberalismo e codificação: em torno do Código de Seabra*

Nessa circunstância, começa em Coimbra, em 1865, o *Jornal de Jurisprudência*, tendo nas vestes de redator principal José Dias Ferreira. Ora, logo no 2.º ano, a partir do n.º 2, datado de 24 de março de 1866, inicia-se a publicação de *Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez*. No n.º 3, debruça-se sobre o artigo 1.º, que dispunha o seguinte: «Só o homem é suscetível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade jurídica, ou a sua personalidade.» Este artigo merece a censura de Dias Ferreira, pois se lhe afigura desnecessário recusar expressamente que os animais possam ser titulares de direitos¹⁴⁹. Além disso, em relação à segunda parte do preceito, recusa a identificação entre personalidade jurídica e capacidade jurídica¹⁵⁰. Permitam-me que lhe dê a palavra:

«Primeiramente não é rigorosamente exata que *capacidade jurídica* e *personalidade* significam uma e a mesma coisa.

A personalidade designa não só a *capacidade*, mas também a *existência* de direitos. O homem goza, como pessoa, e pelo simples facto de ser homem, dos direitos absolutos, que são inatos, e tem, além disso, a capacidade de adquirir os hipotéticos.

¹⁴⁸ ROCHA (1852), pp. 34-35.

¹⁴⁹ FERREIRA (1866), p. 65.

¹⁵⁰ FERREIRA (1866), p. 66.

Nem na linguagem filosófica nem na linguagem jurídica se pode confundir o termo *personalidade* com as palavras *capacidade jurídica*.»¹⁵¹

A propósito de homem em vez de pessoa, o Visconde de Seabra responde que a utilização do último termo seria «um progresso retrógrado de mais de vinte séculos (segundo a expressão de Marcadé) na ordem das ideias jurídicas»¹⁵². E isto porque a diferença teria sentido em Roma, dado que nem todos os homens seriam havidos como pessoas.

No n.º 12 do Ano II, de 2 de junho de 1866, discutindo a capacidade, Dias Ferreira escreve:

«A capacidade jurídica adquire-se pelo nascimento, mas os códigos e as leis de todas as nações dispensam a proteção jurídica já aos nascituros.

A personalidade denota a existência de direitos, e aquela qualidade não provém do nascimento. No ventre da mãe, já o feto é pessoa, e como tal reconhecido nas leis de todos os povos.»¹⁵³

Posição distinta encontra-se numa obra publicada depois do *Código civil*, logo em 1868. Assim, no *Manual de direito civil segundo a novíssima legislação*, Manuel Maria da Silva Bruschy diz:

«Basta a palavra *tem-se* para prova de que é uma ficção! (...) Efetivamente só depois de nascida a criatura se pode dizer humana e adornada dos meios de desenvolver a sua razão, e mesmo de ter dela consciência, e portanto só então se pode chamar homem, e não coisa. Mas no caso contrário os atos que se deram na presunção de que o

¹⁵¹ FERREIRA (1866), p. 66 (itálicos no original). Sobre a distinção entre direitos absolutos e hipotéticos, vd. PAIVA (1850), p. 51. José Dias Ferreira escreve nas suas *Noções fundamentaes de philosophia do direito*: «[t]odo o homem, só porque é homem, goza de direitos absolutos, e tem a capacidade jurídica de adquirir direitos hipotéticos, como condição para o desenvolvimento da sua natureza, ou para o conseguimento do seu destino» [FERREIRA, p. 328].

¹⁵² FERREIRA (1866), p. 66.

¹⁵³ Não posso desenvolver este ponto, mas repare-se que diferentemente da solução consagrada no Código de Seabra, há uma distinção entre personalidade jurídica e capacidade jurídica, sendo que a primeira abrange a vida uterina, referindo-se aos direitos inatos. Contudo, na doutrina, esta solução não vingou, sendo que, à semelhança do que acontecia noutras paragens, capacidade e personalidade jurídicas apareciam como sinónimos: cf., por exemplo, MATTA (1907), p. vii («Systema do Codigo Civil»).

ente que estava nas entranhas da mulher era uma criatura humana, são anulados, e devem ser dados como tais.»¹⁵⁴

3.3. *Código Civil de 1966: leituras*

O artigo 66.º (Começo da personalidade) do Código Civil dispõe:

«1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.

2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.»

Perante este preceito, encontramos-nos com o seguinte leque de respostas face à questão da personalidade jurídica do nascituro: recusa, mas com uma defesa da tutela forte do nascituro; recusa, com uma proteção fraca da vida pré-natal; defesa da personalidade jurídica do nascituro, ainda que com uma paleta de construções.

3.3.1. *Recusa de personalidade jurídica ao nascituro*

A primeira tese considera que, numa perspetiva juscivilista, deve ser recusada a personalidade jurídica do nascituro, sem que isso seja sinónimo de uma tutela fraca da vida pré-natal. Entre nós¹⁵⁵, esta perspetiva ilustra-se em Antunes Varela e Rita Lobo Xavier. Assim, em artigo publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*¹⁵⁶, o primeiro distingue entre personalidade jurídico-constitucional («com uma intenção marcadamente ético-política») – plano onde entende que se reconhece titularidade de direitos ao embrião e ao feto – e a personalidade jurídico-civilística («num raio de ação mais limitado e vincadamente pragmático»¹⁵⁷). Em nota de

¹⁵⁴ BRUSCHY (1868), p. 3.

¹⁵⁵ Em Espanha, recorde-se esse grande nome do pensamento jusromanístico, que pensou em profundidade o direito. Falo de Álvaro D'Ors que, tratando o feticídio, começa por dizer: «(...) o feto não é parte do corpo materno, mas sim um ser humano que se forma e aloja temporariamente no corpo da sua mãe, com expectativa de chegar a nascer e assumir personalidade» [ORS (2011), p. 131].

¹⁵⁶ VARELA (1994/95). Já antes, em anotação (em coautoria com Pires de Lima) ao artigo, recusava a personalidade jurídica do nascituro: cf. LIMA/VARELA (1987), pp. 101-102.

¹⁵⁷ VARELA (1994/95), p. 98.

rodapé¹⁵⁸, escreve: «nenhuma heresia constitui o preceito do artigo 66.º, com o sentido limitado que reveste, em face da concepção cristã da vida, pois no próprio Evangelho o facto que mais se exalta, como nascimento do Salvador, é o parto de Maria, em Belém, e não a concepção de Cristo, na cidade de Nazaré». E diz também que é «uma coisa *sui generis*, sujeita a um regime especial».

Rita Lobo Xavier¹⁵⁹ pronuncia-se no mesmo sentido, mencionando, aliás, o artigo que acabei de convocar:

«A minha opinião vai no sentido daquela que julgo ser maioritária: para o nosso Direito Civil, a personalidade jurídica só se adquire com o nascimento. Contudo, «íntegra» toda a tutela do indivíduo a partir do momento da concepção.

(...) não é possível aceitar a conclusão de que alguns retiram do facto de a lei não atribuir personalidade jurídica ao nascituro: se não tem personalidade jurídica, não tem direitos, logo não tem um «direito à vida». E daqui partem para a defesa da liberalização do aborto¹⁶⁰. E acrescenta: «O facto de o nascituro “ser já pessoa humana” e a possibilidade abstrata de “vir a ser pessoa jurídica” não pode deixar de ser tutelado pelo Direito Civil.»¹⁶¹

Parte da doutrina segue, no entanto, outro caminho: recusa a personalidade jurídica do embrião e do feto e considera que há apenas uma protecção fraca da vida pré-natal, sendo perfeitamente legítima, por exemplo, a prática do aborto¹⁶².

Recusando a personalidade jurídica do nascituro, abrindo-se a uma tutela mais ou menos forte, nem por isso há uniformidade quanto aos modos salvaguarda, convocando-se construções como, por exemplo, «direitos sem sujeito»¹⁶³ ou «meros estados de vinculação»¹⁶⁴.

¹⁵⁸ VARELA (1994/95), p. 98, n. 26.

¹⁵⁹ XAVIER (1998).

¹⁶⁰ XAVIER (1998), p. 77.

¹⁶¹ XAVIER (1998), p. 78.

¹⁶² Por exemplo, PEREIRA (2015), pp. 293-296.

¹⁶³ Por exemplo, MENDES (1967), p. 62; PINTO (2005), p. 203; FERNANDES (2012), p. 205. Nesse sentido, já TAVARES (1922), pp. 232-233, sustentando que «[e]ste estado de pendência ou suspensão, em que um direito existe sem um sujeito, nada tem de ilógico ou de contraditório com o conceito do direito subjetivo» (p. 233).

¹⁶⁴ ANDRADE (1972), p. 35.

3.3.2. Defesa da personalidade jurídica do nascituro: (re)leituras do artigo 66.º

Na juscivilística portuguesa, há um significativo número de vozes que sustentam a ideia de personalidade jurídica do nascituro. Assim, Rabindranath Capelo de Sousa defende a ideia de personalidade jurídica parcial¹⁶⁵, que, entre nós, já tinha sido avançada por Pereira Coelho, que falava de uma «personalidade reduzida»¹⁶⁶; Oliveira Ascensão aponta para um reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro, que seria «desnecessária» de um ponto de vista estritamente patrimonial¹⁶⁷, mas exigida face à existência de situações relacionais suscetíveis de se traduzirem em lesões para a integridade da vida pré-natal¹⁶⁸, sendo ainda confirmada¹⁶⁹ pela existência de representação dos nascituros prevista no artigo 1878/2 CCiv; Menezes Cordeiro¹⁷⁰ também defende a solução da personalidade jurídica do nascituro, considerando que basta o reconhecimento do direito à vida para não lhe poder ser denegada essa titularidade. No rol de defensores da personalidade jurídica do nascituro, contam-se também Pedro Pais de Vasconcelos, que alterou a sua posição

¹⁶⁵ SOUSA (1995), p. 160; também SOUSA (2003), p. 278. Convocando-o expressamente, OTERO (1999), pp. 61-62, que fala de «dois tipos e, conseqüentemente, dois níveis distintos de personalidade jurídica»: «personalidade jurídica parcial» (no caso da vida pré-natal) e «personalidade jurídica pós-natal ou plena».

¹⁶⁶ Nas suas lições de *Direito das sucessões*, logo ao 4.º ano de 1966/67: vd. COELHO (1967), p. 157. Esta posição constava já de lições publicadas ainda na vigência do Código de Seabra: cf. COELHO (1958), p. 135. Com efeito, convoca Manuel de Andrade e o conceito de «personalidade fracionária» para sustentar que o nascituro «já terá personalidade jurídica desde o momento da conceção, não uma personalidade plena, mas uma personalidade reduzida, como que limitada ou fracionária» (p. 135). Trata-se de uma «construção possível», assente na «ideia de *antecipação da personalidade*» (p. 135, no original: em vez de em itálico, a expressão encontra-se sublinhada).

¹⁶⁷ ASCENSÃO (1997), pp. 45-46. No entanto, anteriormente [ASCENSÃO (1984), p. 113], Oliveira Ascensão escreveu que «há sucessíveis sem personalidade quando é designado: 1) Um nascituro», ainda que, na p. 164, ao associar nascituro e «pessoa não existente», acrescente, em nota, «[s]e se conclui que não tem ainda personalidade jurídica» (sobre a questão, vd. também a p. 135).

¹⁶⁸ ASCENSÃO (1997), p. 46.

¹⁶⁹ ASCENSÃO (1997), p. 48, que fala de «confirmação suplementar de que ao embrião é atribuída personalidade jurídica».

¹⁷⁰ CORDEIRO (2019).

inicial¹⁷¹, para quem (o possível) não nascimento é visto como condição resolutiva¹⁷².

Para Manuel Carneiro da Frada¹⁷³, o artigo 66.º/1 CCiv «deve ser interpretado tendo (...) em conta a superveniência de uma lacuna (depois da entrada em vigor do código civil) no plano da tutela da vida humana: a lacuna decorrente da necessidade, que os avanços científicos e tecnológicos evidenciaram entretanto, de dotar o sujeito, já desde a fase intrauterina, de uma proteção capaz da sua vida e integridade física (...)»¹⁷⁴. Para o autor¹⁷⁵, pretendeu-se afastar a exigência de um mínimo de viabilidade que encontrávamos noutras codificações (por exemplo, em Espanha¹⁷⁶); já a referida lacuna resultaria do alargamento de possibilidades fácticas trazida pela revolução tecnocientífica, nomeadamente no campo da procriação medicamente assistida¹⁷⁷. Haveria aqui um eixo entre visibilidade e invisibilidade, com repercussões em matéria de ónus probatório, a saber: com o nascimento, temos a prova de existência de uma pessoa humana; na fase intrauterina, e se não houver nascimento, haverá que provar a sua presença¹⁷⁸. Contudo, terá de haver uma interpretação dúctil do n.º 2 do artigo 66.º, de forma a que apenas aos direitos patrimoniais seja aplicável o regime jurídico aí previsto, que faz depender do nascimento completo e com vida o reconhecimento de direitos¹⁷⁹.

¹⁷¹ VASCONCELOS (1999), p. 54. Dando conta dessa mudança, vd. VASCONCELOS (2006), p. 115, sublinhando que «[a] natureza ôntica e eticamente humana do nascituro obrigou-nos a rever essa posição»; também VASCONCELOS (2019), pp. 76-87.

¹⁷² VASCONCELOS (2019), pp. 80-81, que recusa a formulação em termos de condição suspensiva a partir de uma visão personalista («a personalidade jurídica é conatural à vida humana» – p. 81).

¹⁷³ FRADA (2015). No entanto, concorde-se ou não com a posição vencedora em sede de jurisprudência constitucional – e a nossa discordância é clara e reiterada –, não se vê, nos moldes em que foi formulada, que haja margem para «outro tribunal se pronunciar no sentido da ilicitude *civil* de uma lesão da vida pré-natal por aborto até às referidas doze semanas: retirando daí consequências jurídicas, designadamente nos termos do art. 70.º, n.º 2, e do art. 483.º, n.º 1, do Código Civil» (p. 233).

¹⁷⁴ FRADA (2015), p. 249.

¹⁷⁵ FRADA (2015), p. 249.

¹⁷⁶ Artigo 30.º do Código Civil. Atualmente, outra é a redação do preceito: «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.»

¹⁷⁷ FRADA (2015), p. 250.

¹⁷⁸ FRADA (2015), p. 251.

¹⁷⁹ FRADA (2015), p. 252.

Mafalda Miranda Barbosa¹⁸⁰ propõe uma «redução teleológica» do artigo 66.º/2 CCiv, limitando a sua aplicação apenas aos direitos patrimoniais, entendendo que, a não ser assim, desembocariamos numa «antinomia normativa»¹⁸¹. Move-se, pois, no quadro do que podemos designar de *modelo de personalidade jurídica*¹⁸² com um *regime jurídico dual*, de acordo com um código binário direitos patrimoniais/direitos não patrimoniais, fazendo depender os primeiros do nascimento. Em contrapartida, Diogo Leite Campos, de uma forma mais radical, advoga a abolição do instituto do nascimento¹⁸³, sustentando que as normas que associam nascimento e início da personalidade jurídica estão «*gastas e ultrapassadas*»¹⁸⁴. Mais: retira consequências no próprio plano patrimonial, sustentando que «se falecer antes do nascimento, os bens adquiridos transmitem-se aos seus herdeiros»¹⁸⁵. Assim, podemos falar de um *modelo* (quanto ao tipo de direitos) *de personalidade jurídica do nascituro com regime unificado*, pois engloba todos os direitos (incluindo os patrimoniais), sem dependência da condição de nascimento.

Na doutrina portuguesa¹⁸⁶, e com contributos que vão muito para lá do direito civil, assinala-se o tratamento da questão empreendido por Diogo da Costa Gonçalves. Falando de um «retorno ao monismo conceptual»¹⁸⁷, considera supérflua, no que toca à «eficácia dogmática»¹⁸⁸, a distinção entre personalidade e capacidade, entendendo que, nessa ótica, o conceito de capacidade jurídica é, simultaneamente, quantitativo e qualitativo,

¹⁸⁰ BARBOSA (2016); agora também BARBOSA (2022), pp. 273-274.

¹⁸¹ BARBOSA (2022), pp. 273-274.

¹⁸² Mafalda Barbosa, ao contrário de Capelo de Sousa, não defende uma personalidade jurídica parcial, ainda que esta seja uma hipótese reconduzível a este modelo.

¹⁸³ CAMPOS (1997), p. 511.

¹⁸⁴ CAMPOS (2016), p. 447 (itálico no original).

¹⁸⁵ CAMPOS (2016), p. 453.

¹⁸⁶ Para além dos autores expressamente versados no corpo do escrito, há outras vozes que, entre nós, têm considerado o problema e em cujos textos se podem colher mais indicações, nomeadamente bibliográficas: vd., por exemplo, BARBAS (2007), pp. 235-242; já antes, BARBAS (1999) e (1998), p. 67; MARIANO (2012), pp. 98-101; FIGO (2013); GUIMARÃES (2017), pp. 293-294; MAGALHÃES (2019), esp. pp. 293-296, sustentando que «a qualificação como pessoa jurídica não é o que mais interessa» (p. 296); HÖRSTER; SILVA (2019), pp. 315-323; COELHO (2020).

¹⁸⁷ GONÇALVES (2022), pp. 115-119.

¹⁸⁸ GONÇALVES (2022), p. 118.

sendo suficiente¹⁸⁹, louvando-se particularmente na Alemanha¹⁹⁰. Aplicado ao artigo 66.º CCiv, afirma que a capacidade jurídica é anterior ao nascimento¹⁹¹, pelo que o efeito útil do n.º 1 assenta na «determinação da sua amplitude»¹⁹². No caso, o nascer é sinónimo de expandir da referida capacidade, passando a ser «tendencialmente ilimitada»¹⁹³. Ou seja, nas suas palavras:

«(...) até ao nascimento cabe ao intérprete-aplicador sustentar a capacidade; após o nascimento, é a incapacidade que carece de demonstração»¹⁹⁴.

Defendendo também o reconhecimento de personalidade jurídica ao nascituro, Elsa Vaz de Sequeira contesta, no entanto, a leitura segundo a qual à data da elaboração do Código Civil vigente se mantinha uma «indefinição conceptual» que legitimaria a tese de acordo com a qual onde no artigo 66.º se fala de personalidade jurídica deveria ler-se capacidade jurídica¹⁹⁵. A proposta de Elsa Vaz de Sequeira passa por considerar que o preceito se refere à personalidade jurídica e que com o n.º 1 do artigo 66.º se pretende apenas «retirar precariedade à personalidade jurídica própria do nascituro»¹⁹⁶. Trata-se, na sua opinião, de uma personalidade «resolúvel», mas não parcial, pois funciona segundo um código binário insuscetível de gradação¹⁹⁷. Razões de segurança jurídica, em face das limitações tecnológicas do tempo, com consequências no que toca ao conhecimento da vida intrauterina, justificariam a redação do preceito, mas, em termos hermenêutico-normativos, importaria ter presente a

¹⁸⁹ GONÇALVES (2022), p. 118.

¹⁹⁰ GONÇALVES (2022), p. 119.

¹⁹¹ GONÇALVES (2022), p. 258.

¹⁹² GONÇALVES (2022), p. 258.

¹⁹³ GONÇALVES (2022), p. 258.

¹⁹⁴ GONÇALVES (2022), p. 259.

¹⁹⁵ SEQUEIRA (2020), p. 189. Não é aqui o lugar de proceder a uma análise da doutrina portuguesa da época: por exemplo, VELOZO (1966), pp. 173-174, analisando o Código de Seabra, cita Gomes da Silva (*Esboço de uma concepção personalista do direito*, Lisboa, 1965), que refere o «vício manifesto de identificar a personalidade com a capacidade jurídica, quando, na verdade, esta última é uma qualidade ou atributo que pressupõe uma substância que lhe sirva de suporte, a qual só pode ser a pessoa, na integralidade da sua essência (...)». Vd. também ANDRADE (1961), pp. 153-154.

¹⁹⁶ SEQUEIRA (2020), p. 190.

¹⁹⁷ SEQUEIRA (2020), p. 191.

exigência do artigo 9.º do Código Civil de tomar em consideração «as condições específicas do tempo em que é aplicada»¹⁹⁸.

Este elenco de defensores da personalidade jurídica não equivale, como se viu, a uma uniformidade de construção. Recorde-se, por exemplo, que Capelo de Sousa abraçou a tese da personalidade jurídica parcial, criticada por muitos que entendem não ter sentido uma distinção desse tipo. Há ainda outras posições (v.g., caducidade e revogação, neste último caso, pela CRP¹⁹⁹). Contudo, este apelo para a lei fundamental revela-se problemático²⁰⁰, porque, sem prejuízo de subscrever a tese da titularidade de direitos fundamentais pelo nascituro, esta posição está longe de ser pacífica e até dominante. Acresce ser possível, no quadro da autonomia dogmática do direito civil, trilhar o caminho da personalidade jurídica do nascituro, tendo sido inclusivamente, como acabámos de ver, esboçadas diferentes vias.

3.4. Constituição de 1976 e jurisprudência do Tribunal Constitucional

Fazendo a ponte com a abordagem anterior, assinala-se que, nos últimos anos, quer no *Comentário ao código civil* quer no *Código civil anotado*, os textos referentes ao artigo 66.º foram elaborados por juspublicistas. No primeiro caso, Catarina Santos Botelho²⁰¹ considera arestos do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional, arrumando a doutrina em três caixas doutrinárias: tese minimalista (recusa ao nascituro de personalidade jurídica, abraçando o elemento literal ou filológico), tese maximalista (o embrião e o feto têm personalidade jurídica) e teses intermédias, neste último caso com maior pendor para uma ou para outra das posições referidas. Já Luísa Neto, no espaço apertado de cerca de uma página, dá conta de alguns problemas e entende que, no n.º 2 do artigo 66.º, se consagra uma condição suspensiva, criticando a tese de

¹⁹⁸ SEQUEIRA (2020), pp. 188-189.

¹⁹⁹ É a posição de GONÇALVES (2000), p. 534, n. 27.

²⁰⁰ O que, diga-se, acaba por ser reconhecido por parte da doutrina: cf. FRADA (2015), p. 245, ao admitir que a releitura do artigo 66.º/1 CCiv que propõe «não carece de afirmar-se por acomodação ao texto constitucional (...). Interessa explorar esta possibilidade, o que tem, aliás, a vantagem de contornar eventuais dissídios interpretativos acerca do alcance do próprio art. 24.º, n.º 1, da Constituição». Também BRITO (2007), pp. 140-141, que, sem prejuízo de ter «*bastantes dúvidas*» (itálico no original), não conclui pela inconstitucionalidade do referido preceito do Código Civil.

²⁰¹ BOTELHO (2014), pp. 162-163.

direitos sem sujeito²⁰². Alude à problemática, de que não curarei aqui, de um «eventual direito a não nascer, direito à não existência»²⁰³. Catarina Santos Botelho²⁰⁴ versa expressamente a perspetiva constitucional.

Apesar de ser também da área de ciência jurídico-políticas, seja-me permitido que me limite a esboçar as linhas de força da questão em sede de jurisprudência do Tribunal Constitucional²⁰⁵. O artigo 24.º/1 CRP – «A vida humana é inviolável» – suscita alguns problemas, desde logo saber do *se* da tutela, ou seja, se a vida pré-natal cai no âmbito de proteção do artigo 24.º CRP. Respondendo positivamente a esta questão, importa averiguar: *quando* começa a proteção?; o *quantum* da tutela (intensidade da proteção): proteção enfraquecida? e ainda *como* opera a proteção: 1) natureza da tutela (nascituro como titular de direitos fundamentais - tutela subjetiva?); 2) meios de proteção enquanto modos de realização do dever de proteção da vida pré-natal. Convocando alguma jurisprudência do Tribunal Constitucional – Ac. TC n.º 25/84 (Costa Aroso); Ac. TC n.º 85/85 (Vital Moreira); Ac. TC n.º 288/1998 (Nunes de Almeida); Ac. TC n.º 617/2006 (Fernanda Palma); Ac. TC n.º 101/2009 (Fernandes Cadilha); Ac. TC n.º 357/2009 (Benjamim Rodrigues); Ac. TC n.º 75/2010 (Sousa Ribeiro) – e sem prejuízo de votos de vencido, podemos dizer que a leitura dominante do Tribunal passa pela defesa da proteção constitucional da vida humana, mas em registo meramente objetivo, não se reconhecendo titularidade subjetiva (*reposta negativa à questão da personalidade jurídica do nascituro*). Além de uma tutela meramente gradativa da vida humana intrauterina, encontra-se a ideia de que sendo uma simples *proteção* objetiva esta é *mais fraca* quando consideradas as posições da mãe jusfundamentalmente convocadas.

²⁰² NETO (2019), p. 97.

²⁰³ NETO (2019), p. 101.

²⁰⁴ BOTELHO (2014), pp. 162-163.

²⁰⁵ Sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, vd. LOUREIRO (2018) e já antes LOUREIRO (2006), com outras indicações bibliográficas.

IV. Meditação (in)conclusiva

«Ide em paz e continuai os vossos estudos. Eu continuei a perguntar, a escutar e a esperar»

Sophia de Mello Breyner, «Melchior»²⁰⁶

Vivemos num tempo em que a questão da pessoalidade e da personalidade jurídica da vida pré-natal continua a ser discutida. Sabe-se que o cristianismo, lido em chave epistemológica²⁰⁷, fez ressoar a voz das vítimas, mas também que a ultravitimização se transformou numa marca do tempo. A partir de diferentes construções, chega-se ao ponto de ver no feto um agressor e um parasita (recorde-se o célebre argumento do violinista de Judith Thomson²⁰⁸). Contudo, Girard, que analisou com profundidade a ultravitimização como uma degeneração da revelação cristã²⁰⁹, tem razão. Abordando expressamente a questão do aborto, escreve:

«(...) quer se seja a favor ou contra, é sempre no interesse das “verdadeiras vítimas”, a avaliarmos por nós, que escolhemos o nosso campo: Quem merece mais lamentações: as mães que se sacrificam pelos filhos, ou as crianças sacrificadas ao hedonismo contemporâneo? Eis a questão»²¹⁰.

Findo este percurso pela questão da personalidade jurídica do nascituro, a que respondo afirmativamente, cabe-me sublinhar que, apesar da tentação do «desnascimento» como forma radical de autonomização, a assentar numa reconstrução do corpo que se pretende emancipatória²¹¹, a nossa primeira experiência do mundo é a de sermos cuidados, em regra, associando o sorriso da mãe²¹². Perante as insuficiências do direito, sublinha-

²⁰⁶ ANDRESEN (1992), p. 175.

²⁰⁷ Para uma leitura em termos epistemológicos, a partir do desvelamento do mecanismo do «bode expiatório», resultante do trabalho de René Girard, vd. DUPUY (2010), p. 123, que fala de «conversion épistémologique au christianisme» (em itálico no original). Assim, independentemente de qualquer prática religiosa, trata-se de ver no cristianismo «un savoir sur le monde humain» (p. 122, em itálico).

²⁰⁸ THOMSON (2005).

²⁰⁹ GIRARD (2002), p. 220, que fala de um «ultracristianismo caricatural».

²¹⁰ GIRARD (2002), p. 218.

²¹¹ Relembre-se, no entanto, BALTHASAR (2014), p. 49: «(...) o ideal da autofabricação do ser humano, é, sem dúvida, uma autodestruição – ele torna-se um *Golem*».

²¹² BALTHASAR (2014). Sobre esta dimensão da obra, vd. SCHINDLER (2018), pp. 19-22.

-se a essencialidade de uma cultura do(s) cuidado(s) e da dádiva, que se baseia na graça – como escreveu George Grant, «Grace simply means that the great things of our existing are given us, not made by»²¹³ e que abre portas à gratidão, um operador essencial à boa ordem do político²¹⁴. Face às possibilidades da técnica, importa estabelecer limites por via da normatividade, mas sem olvidar que o cuidado pela vida do nascituro exige um *homo misericors*²¹⁵, que não descure a importância do coração e do amor como forma (princípio) constitutivo. Desde logo, vem-nos à memória o Cardeal Newman – «o coração fala ao coração» (*cor ad cor loquitur, heart speaks to heart*), na esteira de S. Agostinho²¹⁶; Etty Hillesum e o «coração pensante»²¹⁷; María Zambrano e a «metáfora do coração»²¹⁸ ou ainda Adela Cortina e a defesa de uma «razão cordial»²¹⁹.

Independentemente da construção jurídica que se adote, há uma linha de fundo: a partir do momento em que se existe, não se deve admitir a recusa das condições de possibilidade do nascimento. Só a sua observância permitiu que alguém venha mais tarde a ser confrontado com a tentação de dispor da vida de outrem. A autonomia do ser humano não só é relacional, como pressupõe dimensões de não autonomia. A dependência primeiro – desde logo, em termos de cuidados essenciais

²¹³ GRANT, George («Two Theological Languages», Addendum [1988], in *Collected Works of George Grant*, Vol. 2 (1951-1959), Arthur Davis (ed.), University of Toronto Press, Toronto, 2002, p. 60 *apud* SCHINDLER (2018), p. 9, n. 8. A ideia de graça e de dádiva convocadas no texto são compatíveis com uma versão meramente humanista da experiência humana, que não tem de se traduzir na sua recondução à graça divina, que remete para um horizonte de crença. A partir de uma ontologia da dádiva assente na criaturalidade, vd. SCHINDLER (2018). Repare-se que o gratuito não é isento de ambiguidade, dado que para além de significar «que não requer pagamento; de graça (...)», abarca também a ideia de «sem motivo, sem justificação; infundado» [HOUAISS (2003), p. 1919]. HOUAISS, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Círculo de Leitores, Lisboa, 2003. O termo *umsonst* em alemão é, aliás, mais expressivo: «gratuito, de graça», mas também «em vão». Como sublinha Stefan OSTER (2020, p. 572), convocando o latim: «*as gratis*, the gift without cost, or *as frustra*, that which is futile and altogether worthless. Such a love that is given for free means nothing in the eyes of a world of calculation, profit margins, leveraging of status, egocentrism». A ideia de dom reveste, aliás, uma dimensão ontofenomenológica [ZINI (2011)].

²¹⁴ Sobre a gratidão como operador político, vd. LAZZARICH (2018).

²¹⁵ ANTUNES (2005).

²¹⁶ AGOSTINHO (2004), Livro X, p. 441.

²¹⁷ HILLESUM (2008), p. 323.

²¹⁸ ZAMBRANO (2000).

²¹⁹ CORTINA (2007).

à sobrevivência, a começar no útero materno²²⁰ («bolha», na imagética de Sloterdijk na sua teoria das esferas²²¹) e onde já pode ser vítima de danos não patrimoniais –, mas também uma interdependência que marca a condição antropológica e que não é meramente empírica, antes constitutiva do ser humano. Sem prejuízo da diferença de posições neste campo da vida, vale a pena assinalar a provocante crítica de Martha Fineman, especialista em direito da família e que se pronuncia no título de uma das suas obras: *The autonomy myth: a theory of dependency*²²².

Em relação ao tópico, que podemos converter em pergunta – personalidade jurídica do nascituro? –, a minha resposta é, indubitavelmente, em sentido afirmativo. A montante, na discussão entre ser humano e pessoa, que alimenta muitas das discussões e que, além do mais, é acolhida, por exemplo, na Convenção sobre os Direitos do Homem (agora dos Direitos Humanos)²²³ e a Biomedicina, não encontro razões para denegar que estamos perante uma pessoa humana, merecedora de respeito e da tutela da ordem jurídica. É verdade que, para alguns autores, não há simetria entre este reconhecimento como pessoa num plano ontoantropológico e axiológico e a personalidade jurídica. Pode defender-se a inviolabilidade da vida humana e recusar-se que o nascituro seja pessoa jurídica, aceitando que há uma autonomia dogmática.

Do ponto de vista constitucional, tenho sustentado um modelo forte de proteção da vida humana, que se traduz no reconhecimento de uma tutela subjetiva e não meramente objetiva da vida por nascer. Vivendo numa sociedade plural e hipercomplexa, não desconheço que esta visão não é pacífica. Independentemente da personalidade jurídica ou não do embrião, o consenso mínimo é o de recusa da sua «niilidade». Noutro plano, recuso que os animais, sem prejuízo de deveres dos seres humanos, sejam titulares de direitos fundamentais e muito menos a natureza e a Terra. O «cuidado pela casa comum» não tem nem deve ser sinónimo de um «neopagão»²²⁴ convocar de espíritos. O encantamento das

²²⁰ CABRAL (2014), p. 28, n. 16, a propósito da dependência que se prolonga para lá da fase intrauterina, recorda a ideia, realçada por S. Tomás e outros autores, da família como segundo útero.

²²¹ SLOTERDIJK (2010).

²²² FINEMAN (2004).

²²³ Artigo 1.º Para desenvolvimentos e indicações bibliográficas, LOUREIRO (2022).

²²⁴ Pense-se aqui em correntes, inclusivamente com expressão constitucional, que elevam a natureza a sujeito de direitos. Na América Latina, pode discutir-se a propriedade do termo pagão e numa ótica de história das religiões fala-se de religiões étnicas: cf.

«pinturas da natureza»²²⁵ pode exprimir-se, digamo-lo com Hartmut Rosa²²⁶, numa ressonância, numa «voz da natureza». O reconhecimento do canto dos pássaros, o chamamento do mar, o êxtase do nascer ou do pôr do sol recordam-nos a nossa conexão cósmica, um aspeto particularmente desenvolvido na Patrística grega. Num tempo em que se fala de Novaceno, como época de coexistência entre seres humanos e robôs (mas estes podem desconhecer as leis de Isaac Asimov²²⁷), também tenho por inadequada, pelo menos para já, a atribuição de personalidade jurídica aos robôs: não só não é adequada como é, de um ponto de vista dogmático, perfeitamente dispensável.

Agradecendo novamente o convite, é agora o tempo de tomar a sério a sabedoria do *Eclesiastes* e de me calar para que o comentador possa falar e o diálogo continue, o que pressupõe o escutar da dialógica. Procurando não cair na tentação de Narciso, recusando a arrogância prometeica, fico à escuta das palavras e dos argumentos. Espero não ter sido infiel ao espírito das *Católica Talks* que, certamente, não querem situar-se no registo criticado na canção de Paul Simon: «People talking without speaking, People hearing without listening.»²²⁸

Bibliografia

AGOSTINHO, Santo, *Confissões* (Edição bilingue), 2.^a ed., Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2004.

ALEXY, Robert, *Data und die Menschenrechte: positronisches Gehirn und doppeltriadischer Personenbegriff*, Beitrag im Rahmen der Ringvorlesung des Instituts für Neuere Deutsche Literatur und Medien zur Erforschung von Populärkultur am Beispiel von STAR TREK, de 8.2.2000, Universidade de Kiel (disponível em <http://www.uni-kiel.de/alexystartrek/index.htm>; há tradução espanhola, com um estudo introdutório de Alfonso García Figueroa: *Star Trek y los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valência, 2007).

DÍEZ DE VELASCO (2019), p. 38, que contrasta o culto ao Sol no Perú (ilustração de uma religião imperial) precisamente com os cultos a *Pacha Mama*, também no Perú. Neste último caso, «sus raíces anteriores a los sistemas imperiales y coloniales marcan un carácter étnico (...)» (p. 38). É aqui que se fala de um constitucionalismo latino-americano.

Em rigor, haveria que distinguir diferentes tipos de neopaganismos, por exemplo, na Europa, o neopaganismo da Nova Direita francesa: com outras indicações, vd. FRANÇOIS (2021), esp. Cap. V, pp. 81-96.

²²⁵ HUMBOLDT (2007).

²²⁶ ROSA (2019).

²²⁷ As leis de Asimov apareceram pela primeira vez em: cf. ASIMOV (1942).

²²⁸ *The sound of silence*.

- ANDERS, Günther, *Die Antiquiertheit des Menschen*, vol. 1: *Über die Seele im Zeitalter der zweiten industriellen Revolution*, 6.^a ed., Beck, Munique, 2002.
- ANDRADE, Manuel de, «Esboço de um anteprojecto de Código das Pessoas e da Família na parte relativa ao começo e termo da personalidade jurídica, aos direitos de personalidade, ao domicílio», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 102, 1961, pp. 153-166.
- ANDRADE, Manuel de, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. 1, *Sujeitos e objecto*, 3.^a reimp., Almedina, Coimbra, 1972.
- ANDRESEN, Sophia de Mello Breyner, «Melchior», in *Contos exemplares*, 25.^a ed., Figueirinhas, Porto, 1992, pp. 171-180.
- ANTUNES, Henrique Sousa, *Direito e inteligência artificial*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020.
- ANTUNES, Henrique Sousa, «Inteligência artificial e responsabilidade civil», in *Inteligência artificial e direito*, Manuel Lopes Rocha, Rui Soares Pereira (coord.), Almedina, Coimbra, 2020a, pp. 19-35.
- ANTUNES, Manuel, «O homo misericors», in *Obra completa*, t. II, *Paideia, educação e sociedade*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 83-92 (texto originalmente publicado em 1973).
- ARANGUREN, José Luis L., *Ética*, 7.^a ed., Alianza Editorial, Madrid, 1979.
- ASCENSÃO, Oliveira, *Direito civil: sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 1984.
- ASCENSÃO, Oliveira, *Direito civil. Teoria geral*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- ASIMOV, Isaac, «Runaround», *Astounding Science-Fiction*, n.º 1, 1942, pp. 94-103.
- BALLESTEROS, Jesús, «Nueva gnosis y negación de las diferencias ontológicas», in *Diritto e secolarizzazione: Studi in onore di Francesco D'Agostino*, G. Giappichelli Editore, Turim, 2018, pp. 207-216.
- BALTHASAR, Hans Urs von, *Teología de la historia*, Ediciones Encuentro, Madrid, 1992.
- BALTHASAR, Hans Urs von, *Se não vos tornardes como esta criança*, Paulinas, Prior Velho, 2014.
- BARBAS, Stela, *Direito ao património genético*, Almedina, Coimbra, 1998.
- BARBAS, Stela, «O artigo 66.º do Código Civil português perdido no tempo e contra a ciência», *Brotéria* vol. 148, 1999, pp. 539-547.
- BARBAS, Stela, *Direito do genoma humano*, Almedina, Coimbra, 2007.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, «Em busca da congruência perdida em matéria de proteção da vida do nascituro», *Boletim da Faculdade de Direito* 92, 2016, pp. 23-71.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições de teoria geral do direito civil*, 2.^a ed., Gestlegal, Coimbra, 2022.
- BAUER, Hans-Joachim/POSCH, Martin/MORLOK, Martin (Hrsg.), *Zivilrecht: Sonne oder Planet der Rechtsordnung?*, Arno Spitz, Berlin, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt, *Liquid times: living in times of uncertainty*, Polity Press, Cambridge; Malden, 2007.
- BECK, Ulrich, *The metamorphosis of the world*, Polity Press, Cambridge, 2016.

- BOTELHO, Catarina dos Santos, «Artigo 66.º: Começo da personalidade», in *Comentário ao código civil: parte geral*, Luís Carvalho Fernandes, José Brandão Proença (coords.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 160-165.
- BRADSHAW, Leah, «Love and will in the miracle of birth: an Arendtian critique of George Grant on abortion», in *George Grant and the subversion of modernity: art, philosophy, politics, religion, and education*, Arthur Davies (ed.), University of Toronto Press, Toronto; Buffalo; Londres, 1996, pp. 220-239.
- BRITO, Diogo Lorena, *A vida pré-natal na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2007.
- BRUCKNER, Pascal, *Une brève éternité: philosophie de la longévité*, Bernard Grasset, Paris, 2019.
- BRUNI, Luigino, *La pubblica felicità: economia civile e Political Economy a confronto*, Vita e Pensiero, Milão, 2018.
- BRUSCHY, Manuel Maria da Silva, *Manual de direito civil portuguez segundo a novíssima legislação*, Rolland e Semion, Lisboa, 1868.
- CABRAL, Roque, «“Não há nenhum direito a nascer”», *Brotéria* 147, 1998, pp. 72-76 [republicado em CABRAL (2014), pp. 25-29].
- CABRAL, Roque, *A propósito do que hoje vivemos: reflexões sobre a realidade do nosso tempo*, Lucerna, Parede; Aletheia – Associação Científica e Cultural, Braga, 2014.
- CAMPOS, Diogo Leite de, «A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)», *Revista Jurídica Luso-Brasileira* 2, 2016, pp. 445-454.
- CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de direito da família e das sucessões*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997.
- CAMPOS, Diogo Leite de, «O estatuto jurídico do nascituro», *Revista da Ordem dos Advogados* 56, 1996, pp. 877-886.
- CANULLO, Carla, *Ser madre: reflexiones de una joven filósofa*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2015.
- CARNEIRO, Manuel Borges, *Direito civil de Portugal*, t. 1, Typ. de António José da Rocha, Lisboa, 1851.
- CARVALHO, Orlando de, *Escritos: Páginas de direito* – I, Almedina, Coimbra, 1998.
- CARVALHO, Orlando de, «Não há nenhum direito a nascer», *Público*, 22 de março de 1998, p. 22 [republicado em CARVALHO (2021), pp. 247-269].
- CARVALHO, Orlando de, «Para uma teoria da pessoa humana (Reflexões para uma desmitificação necessária)», in *O homem e o tempo: liber amicorum para Miguel Baptista Pereira*, J. A. Pinto Ribeiro (coord.), Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1999, pp. 527-545.
- CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2021.
- CHESTERTON, Gilbert K., *Autobiografia*, Morais Editora, Lisboa, 1960.
- CHORÃO, Mário Bigotte, «O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. 1, Vária, 2000, pp. 635-644.

- COELHO, Angelino Gomes, *Personalidade jurídica: redimensionamento do conceito à luz da perspectiva personalista*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2020.
- COELHO, Francisco Pereira, *Direito das sucessões: segundo as preleções feitas por Pereira Coelho ao 4.º ano jurídico de 1957-1958* (comp.: Arnaldo Celestino Santos), Coimbra, 1958.
- COELHO, Francisco Pereira, *Direito das sucessões: segundo as preleções feitas por Pereira Coelho ao 4.º ano jurídico de 1966-1967* (comp.: Artur Marques, Helder Rui Leitão), UNITAS, Coimbra, 1967.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil, IV, Pessoas*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019.
- CORTÉS, António, «Direito e responsabilidade: uma reflexão introdutória», in *Católica Talks: responsabilidade*, Elsa Vaz de Sequeira (coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 17-29.
- CORTINA, Adela, *Ética de la razón cordial: educar en la ciudadanía*, Editorial Nobel, Oviedo, 2007.
- COSTA, António Almeida, *Aborto e direito penal: algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez*, Lisboa, 1984 (separata da *Revista da Ordem dos Advogados* 44, 1984).
- COSTA, Vicente José Ferreira Cardoso da, *Que he o código civil?*, Tip. de António Rodrigues Galhardo, Lisboa, 1822.
- COTTA, Sergio, «Aborto ed eutanasia: un confronto», in *Diritto e corporeità*, Francesco D'Agostino (Studi raccolti da), Jaca Book, Milão, 1984, pp. 15-34.
- COTTA, Sergio, *Soggetto umano, soggetto giuridico*, Giuffrè Editore, Milão, 1997.
- D'AGOSTINO, Francesco, *Lezioni di filosofia del diritto*, G. Giappichelli Editore, Turim, 2006.
- DAVIS, Arthur, «Justice and freedom: George Grant's encounter with Martin Heidegger», in *George Grant and the subversion of modernity: art, philosophy, politics, religion, and education*, Arthur Davies (ed.), University of Toronto Press, Toronto; Buffalo; Londres, 1996, pp. 139-168.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal: parte geral, t. 1 – Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 3.ª ed., Gestlegal, 2019.
- DÍEZ DE VELASCO, Francisco, *Breve historia de las religiones*, 2.ª ed. (reimp.), Alianza Editorial, Madrid, 2019.
- DUPUY, Jean-Pierre, *La marque du sacré*, Flammarion, Paris, 2010
- DUQUE, João Manuel, «A devoção da Europa – Elogio da vulnerabilidade», *Didaskalia* 45, 2005, pp. 221-232.
- DUQUE, João Manuel, «Eucaristia e corporeidade: o desafio dos sentidos», *Theologica* 2.ª Série 43, n.º 1, 2008, pp. 121-135.
- EISENSTADT, Shmuel Noah, *Fundamentalismo e modernidade: heterodoxias, utopismo e jacobinismo na constituição dos movimentos fundamentalistas*, Celta Editora, Oeiras, 1997.

- EISENSTADT, Shmuel Noah, *As grandes revoluções e as civilizações da modernidade*, Edições 70, Lisboa, 2011.
- ELLACURÍA, Ignacio, *Filosofia de la realidad histórica*, Editorial Trotta, Madrid, 1991.
- FERREIRA, José Dias, «Analyse critica do projecto de código civil português», *Jornal de jurisprudência* 2, 1866, pp. 17-18, 33-34, 49-51, 65-67; 81 [Plano da obra e Parte Primeira relativa ao artigo 1.º].
- FIGO, Tiago, *Tutela juscivilística da vida pré-natal: o conceito de pessoa revisitado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- FINEMAN, Martha Albertson, *The autonomy myth: a theory of dependency*, The New Press, Nova Iorque; Londres, 2004.
- FINNIS, John, «Secularism, the root of the culture of death», in *Culture of life, culture of death*, Luke Gormally (ed.), The Linacre Centre, Londres, 2002, pp. 13-26.
- FERNANDES, LUIS A. CARVALHO, *Teoria geral do direito civil*, 6.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012.
- FERREIRA, José Dias, *Noções fundamentais de filosofia do direito*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1864.
- FOTION, Nick/HELLER, Jan C. (ed.), *Contingent future persons: on the ethics of deciding who will live, or not, in the future*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997.
- FRADA, Manuel Carneiro, «A protecção juscivil da vida pré-natal: sobre o estatuto jurídico do embrião», in *Forjar o direito*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 229-252.
- FRANÇOIS, Stéphane, *La Nouvelle Droite et ses dissidences: identité, écologie et paganism*, 2021.
- FREITAS, Augusto Teixeira de, *Consolidação das leis civis*, 5.ª ed., J. Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1915.
- GAMBRA, Rafael, *Noções de filosofia*, Livraria Tavares Martins, Porto, 1973.
- GANASCIA, Jean-Gabriel, *O mito da singularidade: devemos temer a inteligência artificial?*, Temas e Debates/Círculo de Leitores, Lisboa, 2018.
- GARCIA, Maria da Glória, «Doutoramento “honoris causa” de António Moreira Barbosa de Melo», in *Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 657-661 (4 de fevereiro de 2011).
- GARCIA, Maria da Glória, «Direito, responsabilidade ... e o futuro?», in *Católica Talks: responsabilidade*, Elsa Vaz de Sequeira (coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 9-15.
- GEORGE, Robert P., «Gnostic liberalism», *First Things* (2016), December (disponível em <https://www.firstthings.com/article/2016/12/gnostic-liberalism>).
- GEORGE, Robert P., *Choque de ortodoxias: direito, religião e moral em crise*, Edições Tenacitas, Coimbra, 2008.
- GIL, José, *Monstros*, Relógio D'Água Editores, Lisboa, 2006.
- GIRARD, René, *Eu vi Satanás cair do céu como um raio*, Instituto Piaget, Lisboa, 2002.
- GONÇALVES, DIOGO COSTA, *Studia: direito civil – teoria geral*, Príncipia, Cascais, 2020.

- GONÇALVES, Diogo Costa, *Lições de direito de personalidade: dogmática geral e tutela nuclear*, Princípiar, Cascais, 2022.
- GONÇALVES, Gabriel António Órfão, «Da personalidade jurídica do nascituro», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 61, 2000, pp. 525-539.
- GRACIA, Diego, *Como arqueros al blanco: estudios de bioética*, Triacastela, Madrid, 2004.
- GRACIA, Diego, *Construyendo valores*, Triacastela, Madrid, 2013.
- GRANT, George, «English-speaking justice (1974)», in *The George Grant reader*, William Christian, Sheila Grant (eds.), University of Toronto Press, Toronto; Londres; Buffalo, 1998, pp. 108-122.
- GRANT, George, «Introduction to the Carleton Library Edition», in *Lament for a nation: the defeat of Canadian nationalism*, McGill-Queen's University Press, Montreal e Kingston; Londres; Ithaca: 2003. pp. 9-14.
- GRÖSCHNER, Rolf, «Rechtsdogmatik», in *Handbuch Rechtsphilosophie*, Eric Hilgendorf; Jan C. Joerden (Hg.), J.B. Metzler Verlag, Estugarda, 2017, pp. 61-66.
- GUIMARÃES, Maria Raquel, «A tutela da pessoa e da sua personalidade como fundamento e objecto da disciplina civilística: questões actuais», in *Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 291-311.
- HABERMAS, Jürgen, *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?*, Almedina, Coimbra, 2006.
- HADJADI, Fabrice, *¿Qué es una familia? seguido de La trascendencia en paños menores (y otras consideraciones ultrasexistas)?*, Nuevo Inicio, Granada, 2015.
- HILLESUM, Ety, *Diário (1941-1943)*, Assírio e Alvim, Lisboa, 2008.
- HÖRSTER, HEINRICH EWALD; SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA, *A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019.
- HÖRSTER, Norbert, *Abtreibung im säkularen Staat: Argumente gegen den § 218*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991.
- HUMBOLDT, Alexander von, *Pinturas da natureza: uma antologia*, Assírio & Alvim, Lisboa, 2007.
- ISIDORO, Santo, Arzobispo de Sevilla, *Etimologías*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2004.
- JONAS, Hans, *The gnostic religion: the message of the alien God and the beginnings of Christianity*, 3.^a ed., Beacon Press, Boston, 2001.
- KASPER, Walter, «Dogma/ Dogmententwicklung», in *Neues Handbuch theologischer Grundbegriffe*, 1, Peter Eicher (Hrsg.), Kösel-Verlag, Munique, 1991, pp. 292-309.
- KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, 4.^a ed., Arménio Amado, Coimbra, 1976.
- LAMELAS, Isidro, «Gnosticismo e dualismo anticósmico: génese remota de uma crise», *Ephata* 4 (2022), pp. 39-78.
- LARENZ, Karl, *Derecho civil: parte general*, Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.
- LAZZARICH, Diego, *Gratitudine politica, I. Dall'età classica al Medioevo*, Mimesis, Milão; Udine, 2018.

- LIMA, Fernando Pires de/VARELA, João de Matos Antunes, *Código civil anotado*, vol. 1, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
- LOCKE, John, *Ensaio sobre o entendimento humano*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999.
- LOUREIRO, João Carlos, «Tomemos a sério os direitos do embrião e do feto», *Cadernos de Bioética*, n.º 14, 1997, pp. 3-63.
- LOUREIRO, João Carlos, «*Aegrotationis medicinam ab iure peto?* Notas sobre a saúde, a doença e o direito», *Cadernos de Bioética* 11, n.º 25, 2001, pp. 19-53.
- LOUREIRO, João Carlos, «Dignidade e direitos do embrião», *Cadernos de Bioética* – 16, n.º 39, 2005, pp. 369-404.
- LOUREIRO, João Carlos, «Sobre o aborto: algumas questões em tempos de referendo», *Estudos*, n.º 6, 2006, pp. 61-140.
- LOUREIRO, João Carlos, «Pessoa, dignidade e cristianismo», in *Ars iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Jorge de Figueiredo Dias, José Joaquim Gomes Canotilho, José de Faria Costa (org.), vol. 1: *Filosofia, teoria e metodologia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 669-723.
- LOUREIRO, João Carlos, «A tentação de Midas: panconstitucionalismo(s), idolatria(s) e realização do direito», in *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*, Fernando José Bronze et. al. (coord.), Instituto Jurídico, Coimbra, 2016, pp. 87-117.
- LOUREIRO, João Carlos, «Estatuto del nasciturus: una(s) mirada(s) europea(s): vulnerabilidad, derecho(s) y el “imperativo tecnocientífico” (considerando especialmente la vida *in vitro*)», in *La protección jurídica del nasciturus en el derecho español y comparado*, Antonio José Sánchez Sáez (coord.), Editorial Comares, Granada, 2018, pp. 83-137.
- LOUREIRO, João Carlos, «São Cosme e São Damião, saúde(s) e responsabilidade(s): algumas notas em registo de posfácio», in *Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2021, pp. 603-662.
- LOUREIRO, João Carlos, «Comentário ao Artigo 1.º», in *Convenção para a protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina – 20 anos de vigência em Portugal*, João Carlos Loureiro, André Dias Pereira, Carla Barbosa (coord.), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2022, pp. 27-45.
- LOUREIRO, João Carlos, «Robotización, salud y (bio)constitución en un tiempo de “metamorfosis” (4.0): Desafíos al derecho constitucional desde la ciencia y la tecnología médica: robótica», in *Bioderecho y retos: M-Health, genética, IA, robótica y criogenización*, Cristina Gil Membrano (dir.), Editorial Dykinson, Madrid, 2022.
- LOVELOCK, James, *Novaceno: o advento da era da hiperinteligência*, Edições 70, Lisboa, 2020.
- LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- MAGALHÃES, David, «A muito limitada protecção jurídica do nascituro: de um código civil viscoso ao *Roe v. Wade* à portuguesa», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 95, t. 1, 2019, pp. 283-336.

- MARCIC, René, *Rechtsphilosophie: eine Einführung*, Verlag Rombach, Freiburg, 1969.
- MARIANO, João Cura, «A indemnização do dano de morte do nascituro já concebido e os imperativos constitucionais de tutela do direito à vida», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II – *Direito constitucional e justiça constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra; Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, pp. 93-112.
- MARIAS, Julián, «Una visión antropológica del aborto», *Cuenta y razón* (1983), n.º 10, pp. 9-14.
- MARKSCHIES, Christoph, *La gnosi*, Claudiana, Turim, 2019.
- MARQUES, Mário Reis, *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, 2003.
- MARTINS, Rosa, *A família entre o público e o privado: a proposta metodológica da autonomia relacional na análise do regime jurídico do casamento*, Almedina, Coimbra, 2020.
- MATTA, Caeiro da, *Direito civil português*, I, *Parte geral*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907.
- MELO, António Barbosa de, «Da vida à morte: depoimento de um jurista», in *Da vida à morte*, Associação dos Médicos Portugueses, Coimbra, 1988, pp. 255-269.
- MENDES, João de Castro, *Direito civil (Teoria geral)*, I, Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1967.
- MENEZES, Tobias Barreto de, *Questões vigentes de philosophia e de direito*, Livraria Fluminense, Pernambuco, 1888.
- NETO, Luísa, «Artigo 66.º», in Ana Prata (coord.), *Código Civil anotado*, vol. I, 2.ª ed. Almedina, 2019, pp. 101-102.
- NEVES, António Castanheira, «Fontes do direito», in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Verbo, Lisboa; São Paulo, 1984, pp. 1512-1578.
- NEVES, António Castanheira, *Teoria do direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1998.
- NIETZSCHE, Friedrich, *The will to power*, Walter Kaufmann (ed.), Vintage, Nova Iorque, 1968.
- ORS, Álvaro d', *Direito e senso comum: sete lições de direito natural como limite do direito positivo*, Diel, 2011.
- OSTER, Stefan, «Of the love that is “for nothing”: in honor of Ferdinand Ulrich», *Communio* 47 (2020), pp. 570-576.
- OTERO, Paulo, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Almedina, Coimbra, 1999.
- PAIVA, Vicente Ferrer Neto, *Elementos de direito natural ou de philosophia de direito*, 2.ª ed., Imprensa da Universidade, Coimbra, 1850.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed. (António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto), Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- RHONHEIMER, Martin, *Absolute Herrschaft der Geborenen? Anatomie und Kritik der Argumentation von Norbert Hoersters «Abtreibung im säkularen Staat»*, IMABE, Viena, 1995.

- RIBAS, Antonio Joaquim, *Curso de direito civil brasileiro, 1 – Introdução ao estudo do direito civil*, B.L. Garnier, Rio de Janeiro, 1880.
- ROCHA, Manuel Coelho da, *Instituições de direito civil portuguez*, 3.^a ed., Imprensa da Universidade, Coimbra, 1852.
- ROSA, Hartmut, *Resonancia: una sociología de la relación con el mundo*, Editorial Katz, Madrid, 2019.
- RUDMAN, Stanley, *Concepts of person and Christian ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.
- SCHALL, James V., *Filosofia politica della Chiesa Cattolica*, Edizioni Cantagalli, Siena, 2011.
- SCHINDLER, David, *Heart of the world, center of the church: Communio ecclesiology, liberalism, and liberation*, Eerdmans/ T&T Clark, Grand Rapids, Michigan/Edimburgo, 1996.
- SCHINDLER, David L., *The generosity of creation*, Humanum Academic Press, Pontifical John Paul II Institut for studies on Marriage and Family, Washington, DC, 2018.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Dogmática jurídico-administrativa: um balanço intermédio sobre a evolução, a reforma e as funções futuras*, Editora Saraiva, São Paulo, 2016.
- SCHNEIDER, Elisabeth, «Naturae rationalis individua substantia: eine theologische oder juristische Definition der Person?», in *Boethius as a paradigm of late Ancient thought*, Thomas Böhm, Thomas Jürgasch, Andreas Kirchner (Hrsg.), De Gruyter, Berlin, Boston, 2014, pp. 245-269.
- SCHULZE, Gerhard, *Die Erlebnis-Gesellschaft: Kultursoziologie der Gegenwart*, Campus-Verlag, Frankfurt a. M.; Nova Iorque, 1992.
- SCHWAGER, Raymund, *Banished from Eden: original sin and evolutionary theory in the drama of salvation*, Gracewing, Herefordshire; Surrey, 2006.
- SCHWAGER, Raymund, *Dogma und dramatische Geschichte*, Herder, Friburgo; Basileia; Viena, 2014.
- SEQUEIRA, Elsa Vaz de, *Teoria geral do direito civil: princípios fundamentais e sujeitos*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020.
- SEQUEIRA, Elsa Vaz de (coord.), *Católica Talks: responsabilidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020.
- SEQUEIRA, Elsa Vaz de (coord.), *Católica Talks: direito e tecnologia*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021.
- SEQUEIRA, Elsa Vaz de (coord.), *Católica Talks: direito e pandemia*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2022.
- SLOTERDIJK, Peter, *Bulles: Sphères I, Pluriel*, Paris, 2010.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Teoria geral do direito civil*, vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- SPAEMANN, Robert, *Personen: Versuche über den Unterschied zwischen «etwas» und «jemand»*, 2.^a ed., Klett-Cotta, Estugarda, 1998.

- TAVARES, José, *Os princípios fundamentais do direito civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1922.
- TEUBNER, Gunther, «Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten/Digital personhood? The status of autonomous software agents in private law», *Ancilla Iuris*, 2018, pp. 106-149 (<https://www.anci.ch>).
- THOMSON, Judith J., «Uma defesa do aborto», in *A ética do aborto: perspectivas e argumentos*, Pedro Galvão (org.), Dinalivro, Lisboa, 2005, pp. 25-49.
- TORGA, Miguel, «Pena de morte», in *Colóquio internacional comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal, I: Comunicações*, Coimbra, 1967, pp. 1-5.
- TRIBE, Laurence, *Abortion: the clash of absolutes*, W.W. Norton & Company, Nova Iorque; Londres, 1992.
- VARELA, Antunes, «A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro», *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 127 e 128 (1994/95), pp. 162-163, 194-196, 266-270, 325-326, 66-70, 98-101.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria geral do direito civil*, 9.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006.
- VELOZO, Francisco José, «Na iminência de um novo código civil português. Orientações filosóficas do Código de 1867 e do actual projecto», *Brotéria* 83 (1966), pp. 145-174.
- VOEGELIN, Eric, *A nova ciência da política*, 2.^a ed., Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1982.
- XAVIER, Rita Lobo, «O Direito civil e a protecção dos nascituros: algumas considerações acerca do momento da aquisição da personalidade jurídica no Direito português», *Brotéria: Cristianismo e Cultura*, vol. 147, 1998, pp. 76-84.
- ZAMBRANO, María, *A metáfora do coração e outros escritos*, 2.^a ed., Assírio e Alvim, Lisboa, 2000.
- ZINI, Francesco, *Il dono nella prospettiva della filosofia del diritto*, G. Giappichelli Editore, Turim, 2011.
- ZUBIRI, Xavier, *El hombre y Dios*, 4.^a ed., Alianza Editorial, Madrid, 1988.

Jurisprudência (Seleção)

- AC. TC n.º 25/84 (COSTA AROSO)
- AC. TC n.º 85/85 (VITAL MOREIRA)
- AC. TC n.º 288/1998 (NUNES DE ALMEIDA)
- AC. TC n.º 617/2006 (FERNANDA PALMA)
- AC. TC n.º 101/2009 (FERNANDES CADILHA)
- AC. TC n.º 357/2009 (BENJAMIM RODRIGUES)
- AC. TC n.º 75/2010 (SOUSA RIBEIRO)

Algoritmo Pessoa: realidade, distopia ou utopia?¹

MAFALDA MIRANDA BARBOSA*

1. Introdução

Falar de *algoritmo pessoa* é provocatório e pretende servir de pórtico de entrada para uma reflexão que nos faz deambular entre a realidade (e as exigências de sentido que o ordenamento jurídico nos coloca) e a distopia (ou talvez a utopia dos que mais entusiasticamente olham para as potencialidades da inteligência artificial). Anuncia, por outro lado, a posição de alguns juristas que têm vindo a defender que, a par das pessoas singulares e das pessoas coletivas, o ordenamento jurídico deveria forjar uma terceira categoria de sujeitos – os sistemas de inteligência artificial. Vários têm sido os argumentos avançados para justificar tal posição. Diria que, para além dos argumentos que se possam mobilizar para a fundar, há fatores que permitem explicar a tentativa de subjetivação dos algoritmos. Não cremos, contudo, que os argumentos possam ser acolhidos e que os fatores explicativos a que aludimos sejam absolutamente determinantes do modo como se perspetiva o problema. Nas páginas que se seguem procuraremos, por isso, dialogar com cada um deles, de modo a logarmos obter uma resposta para a questão pressuponente: *algoritmo pessoa – realidade, distopia ou utopia*²?

* Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Associada. <https://orcid.org/0000-0003-0578-4249>

¹ O texto que agora se apresenta corresponde, com alguns aditamentos, à conferência proferida na Universidade Católica Portuguesa, no âmbito das *Católica Talks*, no dia 14 de dezembro de 2021. Para outros desenvolvimentos, cf. BARBOSA (2021). Algumas das conclusões a que chegámos no estudo citado são aqui reproduzidas. Por outro lado, atento o contexto de emergência deste texto que agora se publica, o discurso será marcado por notas de oralidade que procuram garantir a fidelidade à nossa intervenção.

² O foco será marcadamente jurídico, sem embargo de considerações de pendor filosófico que se nos afiguram imprescindíveis para garantir o acerto da solução que propomos.

2. A personalidade jurídica como conceito técnico-jurídico com um conteúdo axiológico

Do ponto de vista jurídico, a introdução do conceito de pessoa enquanto conceito técnico-operativo só ocorreu no período do jusracionalismo iluminista³. E se a ligação à pessoa e à sua natureza era afirmada⁴ com clareza, não é menos certo que o formalismo próprio da jurisprudência dos conceitos, fruto da degenerescência da Escola Histórica e da Pandectística, acabou por condenar o jurista a uma visão tecnicista da categoria.

Partindo-se de uma nem sempre clara distinção entre a personalidade jurídica e a capacidade jurídica⁵, a dicotomia seria afirmada inicialmente, entre nós, por Guilherme Moreira⁶, e antecipada, na Alemanha, pela distância que separava o § 1.º AktG de 1937 do § 11.º InsO⁷. Assim, enquanto a capacidade era reconduzida à suscetibilidade da vontade, a personalidade resultava de um atributo da própria pessoa⁸.

Simplesmente, se o jusracionalismo ainda permitia a ligação à dignidade do ser humano, embora, à época, entendido como indivíduo, a evolução posterior do pensamento jurídico haveria de transformar os conceitos em meras categorias formais técnico-operativas.

Ao ter exercido uma influência determinante em Savigny, o pensamento kantiano determinou a transformação de um pensamento que se pretendia histórico (nos alvares da Escola Histórica) num pensamento puramente racional. O direito convertia-se, então, num sistema conceitual e abstrato e a Escola Histórica acabou por se vir a encontrar com a Escola da Exegese na sua projeção metódica. Com o conceitualismo alemão, o direito reduziu-se a um conjunto de conceitos sistematicamente construídos que se aplicariam lógica e dedutivamente aos casos concretos. A objetividade do pensamento jurídico acabaria por dominar os autores da Escola Histórica (nas suas sucessivas degenerescências na Pandectística e na Jurisprudência dos Conceitos), e a certeza e a segurança do direito acabariam por triunfar no quadro axiológico proposto por esta corrente.

³ Cf. GONÇALVES (2018), pp. 583 ss.

⁴ Cf. WINDSCHEID/KIPP (1984), pp. 220 ss.

⁵ Cf. CORDEIRO (2019), p. 371. Veja-se, ainda, num acesso direto às fontes, ANDRADE (1992), pp. 30 ss.

⁶ MOREIRA (1907), pp. 169 s.

⁷ Cf. GONÇALVES (2015), p. 126.

⁸ Novamente, CORDEIRO (2019), pp. 371 ss.

A partir de uma interpretação de tipo hermenêutico retirar-se-iam das normas os conceitos, que auxiliaram a posterior subsunção. E se a formulação doutrinal inicial se deve a Savigny⁹, outros autores posteriores, como Puchta, haveriam de desenvolver mais sistematicamente o método. Puchta, de facto, fiel ao sistematismo dogmático, foi o responsável pela elaboração, segundo as regras da lógica formal, de uma pirâmide de conceitos («genealogia dos conceitos»), que, encabeçada por um supremo, permitia a dedução de todos os outros¹⁰. Como esclarece Larenz, urgia que aquele tivesse algum conteúdo que, não podendo resultar dos conceitos inferiores, foi colhido na filosofia do direito e no conceito kantiano de liberdade, pelo que, segundo o autor, verdadeiramente não se poderia, ainda, acusar o jurista alemão de ser cultor de um positivismo estrito¹¹. Acontece que, à medida que se ia descendo na pirâmide conceptual, o fundamento ético em que a mesma assentava ia-se rarefazendo progressivamente, «a tal ponto que vem a tornar-se, em último termo, irreconhecível»¹².

Estava, portanto, aberta a porta ao formalismo, que triunfaria definitivamente com o pensamento de Windscheid, o «último sistematizador do Direito Comum»¹³, que se mantém fiel a Puchta na estrutura da pirâmide conceptual idealizada e na identificação neutral das normas que garantissem o ajuizamento das condutas humanas.

É este pensamento, dominado pelo formalismo, que está na base das categorias que alicerçam tradicionalmente a sistematização da Teoria Geral do Direito Civil, entre as quais avulta a relação jurídica e, dentro dos seus elementos, a de sujeitos da relação jurídica, a implicar a personalidade. A centralidade do direito já não residiria no ser humano, mas nos próprios conceitos¹⁴.

Desta forma, a personalidade jurídica, despida de qualquer sentido ético-axiológico que a predicasse, surgia como a suscetibilidade para se ser, em abstrato, titular de direitos e de obrigações, sem qualquer

⁹ Cf. SAVIGNY (1841), pp. 327-328.

¹⁰ LARENZ (1997), p. 25.

¹¹ LARENZ (1997), p. 26, nota 8.

¹² LARENZ (1997), p. 25. Larenz esclarece, ainda, que «a maneira como ele [Puchta] constrói os conceitos ulteriores, ou seja, o processo lógico-dedutivo, deriva não da filosofia idealista, designadamente da hegeliana, mas (...) do racionalismo do século XVIII, em especial do pensamento de Christian Wolff».

¹³ A expressão é de LARENZ (1997), p. 34.

¹⁴ FRADA (2007), p. 373.

preocupação explicativa acerca da precedência lógica e axiológica entre os dois termos da categoria, isto é, sem se indagar se a titularidade dos direitos, uma vez constatada, determinava o reconhecimento da personalidade jurídica ou se esta, impondo-se no seu reconhecimento ao próprio legislador, implicava o igual reconhecimento de um núcleo mínimo de direitos na titularidade de certos entes.

No quadro conceptual, neutral e formalista saído do positivismo, poderia ser sujeito da relação jurídica todo aquele a quem a norma atribuísse tal estatuto. O homem, reduzido em certa medida a um mero elemento da relação, era colocado lado a lado com outros entes, como as pessoas coletivas¹⁵. E, nessa medida, poderia ser também, sem qualquer objeção de princípio, atribuída personalidade jurídica a outros entes, como os algoritmos artificialmente inteligentes.

Porém, as mais recentes correntes metodológicas ensinam-nos não só que as normas jurídicas não podem ser entendidas como um puro texto, interpretável no autista confronto entre letra e espírito, de acordo com uma racionalidade de tipo hermenêutico, antes como um problema a cuja intencionalidade acedemos no confronto com o problema do caso concreto e dos princípios que a sustenta, como nos evidenciam que os conceitos – sendo operativos – não podem deixar de ser preenchidos à luz da materialidade subjacente a toda a juridicidade. Significa isto que a personalidade jurídica, enquanto suscetibilidade para, em abstrato, se ser titular de direitos e obrigações, não pode continuar a ser vista de um puro ponto de vista formal, desnudado de qualquer referência ético-axiológica.

Significa isto, também, que a dignidade inerente à pessoalidade (humana) impõe o reconhecimento (que não atribuição) da personalidade jurídica a todo e qualquer ser humano, independentemente das suas condições particulares.

A montante da personalidade jurídica existe uma outra realidade com cunho ético-axiológico: a pessoalidade ou personalidade humana. É esta que impõe uma ideia de suscetibilidade para se ser titular de direitos. A personalidade jurídica reclamada pelo estatuto e dignidade da pessoa verter-se-ia, depois, numa ideia de subjetividade jurídica.

Como explica Orlando de Carvalho, «a personalidade jurídica é a projeção no direito (no mundo do normativo jurídico) da personalidade humana (...). A personalidade jurídica traduz-se, em ordem ao mundo das relações jurídicas, em subjetividade jurídica, que é a qualidade de

¹⁵ Para uma crítica da perspectiva, cf. CARVALHO (1981), pp. 73 ss.

quem é sujeito de direito, ou seja, de quem tem a suscetibilidade abstrata de ser titular de direitos e de deveres, de ser sujeito de relações jurídicas, de ser sujeito de direitos. Se a personalidade jurídica, como projeção da personalidade humana, constitui juridicamente um *esse*, a subjetividade jurídica constitui um *posse*. Posse abstrato: não se refere a poder-se ser concretamente titular do direito a ou b, mas a poder-se ser abstratamente titular de direitos e obrigações. Nisso se distingue da capacidade jurídica (...) que é um posse concreto, relativo a direitos concretos. A subjetividade jurídica é uma qualidade diretamente dependente da personalidade jurídica, não dependente dos direitos e dos deveres que se reconhecem ao indivíduo em questão (sendo, por isso mesmo, algo de não quantificável, algo que ou se tem ou não se tem, mas que não se poder ter mais ou menos, em maior ou menor medida). Todavia, é um *posse* necessário: ninguém é verdadeiramente pessoa jurídica se não tiver a suscetibilidade abstrata de ser titular de direitos e deveres, se não tiver o estatuto permanente de sujeito de direito. O que não significa que a personalidade jurídica se esgote nessa suscetibilidade necessária que é a subjetividade jurídica, que o *esse* se resume a esse *posse*: a personalidade jurídica é, para o direito, não só um centro de decisão e um centro de imputação – papel que lhe é garantido com a subjetividade jurídica –, mas também um objeto de proteção, que não tutela essa subjetividade pura e simples (e que a subjetividade pode inclusivamente comprometer, pois não defende a personalidade contra o seu próprio arbítrio)»¹⁶.

Assim sendo, podemos concluir que a personalidade jurídica apenas poderá ser reconhecida a quem seja portador da ineliminável dignidade que se impõe ao próprio legislador. Não obstante, esta personalidade jurídica não se limita a ser uma projeção da ideia de personalidade humana. A comprová-lo a existência de pessoas coletivas.

Significa isto que a atribuição de personalidade jurídica aos sistemas de inteligência artificial implica que se estabeleça uma analogia bastante com as pessoas singulares ou que se encontre uma razão justificativa daquela atribuição à semelhança do que ocorre a propósito da constituição de pessoas coletivas.

Haveremos, portanto, de tentar perceber se existe uma aproximação suficiente entre as pessoas singulares e os algoritmos, a justificar a subjetivação, e que se tente perceber a *ratio* da criação das pessoas

¹⁶ CARVALHO (1981-1982), pp. 81 s. Para outros desenvolvimentos, cf. BARBOSA (2021-2022), pp. 34 ss.

coletivas, indagando se idênticas razões podem ser avocadas no tocante aos sistemas de inteligência artificial.

3. O homem e os sistemas de inteligência artificial

Numa tradição que remonta aos gregos, a característica mais marcante do ser humano, que o individualiza e o eleva acima dos outros animais, é identificada com a razão. O homem surge como um ser eminentemente racional, a quem foi dado o *logos* como forma de superar a sua comprovada incompletude, de tal forma que a inteligência assomaria no horizonte como uma dimensão espiritual, que não biológica, que, em última instância, o transformaria em medida de todas as coisas, à boa maneira aristotélica. O homem, capaz de ser senhor do mundo, compreendia-se, não obstante, no contexto da sua relação com o cosmos e a comunidade.

A dignidade humana decorreria da sua inteligência. Simplesmente, a inteligência era compreendida em termos latos. Para a afirmação daquela dignidade muito terá contribuído, ao longo do tempo, a teologia cristã e a sua noção de pessoa, que, afastando-se da *persona* do teatro grego, é agora tributária quer do dogma da Santíssima Trindade, quer do mistério da Encarnação do Verbo, na pessoa de Jesus Cristo, quer na conceção do homem como criatura feita à imagem e semelhança de Deus¹⁷.

O iluminismo racionalista não haveria, contudo, de deixar incólume a compreensão que o homem tinha de si mesmo. A primazia da subjetivação associada à exaltação da razão, entendida à boa maneira cartesiana em termos puramente dedutivos, enfatizaria no homem a sua dimensão psíquica, a sua consciência. A precisão do raciocínio matemático conduziria a um empobrecimento da inteligência globalmente considerada e condenaria o homem ao fechamento de si mesmo, ao abstrato solipsismo. Como sintetiza Puppink, «a dignidade, nesta segunda perspetiva, já não decorre do corpo e alma, mas unicamente do espírito, que é o que distingue o homem relativamente aos animais e o torna superior. Nessa medida, vemos despontar a ideia de que o homem se vai elevando em dignidade à medida que se desenvolve a sua espiritualidade e diminui a sua corporeidade. Resulta daqui que, quanto mais capaz o homem for de realizar atividades abstratas, intelectuais e artísticas, mais digno será»¹⁸.

¹⁷ Cf. GONÇALVES (2008), pp. 51 ss.

¹⁸ PUPPINCK (2019), pp. 42 ss.

A lenta desencarnação do homem – a culminar na defesa dos direitos transumanos – permite explicar, em certa medida, a razão pela qual é possível chegar à afirmação de uma personalidade eletrônica.

Por um lado, a razão absolutamente dedutiva baseia-se no processamento de dados, transformando-se a inteligência na capacidade de gerir informação, de tal sorte que é possível construir uma máquina com as características da inteligência humana ou até uma máquina apta a superar as capacidades do homem, pelo acesso massivo aos dados e pela rapidez do seu processamento¹⁹. O tempo atual, com as suas idiosincrasias, é espelho disso mesmo: o homem, consumidor de informação em termos nunca outrora imaginados, perde a sua capacidade reflexiva e problematizadora, ora computando o que acriticamente recebe, ora especializando-se num saber técnico cada vez mais minucioso. Diante deste homem, necessariamente empobrecido, não seria difícil estabelecer uma concreta analogia com a inteligência artificial que, em certa medida, até superaria a humana.

Por outro lado, se como explica Puppink, a nova compreensão do homem oferece-nos uma moral em que o bem é visto como um progresso da evolução; o espírito apresenta uma transcendência ilimitada, sendo o homem, ele próprio, transcendente; os indivíduos não têm todos a mesma dignidade, sendo esta relativa e ficando esta dependente do grau específico de espiritualidade; os homens são naturalmente desiguais, dependendo o seu valor do lugar mais ou menos elevado que ocupa no eixo do progresso; a vontade tem a primazia sobre os aspetos materiais da sociedade; o espírito domina o corpo, o que significa que ele deixa de ter de ser respeitado de acordo com a sua própria natureza; o homem encontra a felicidade na sua realização e quanto mais usufrui de si mais feliz é; os indivíduos são naturalmente rivais²⁰, torna-se perceptível a ideia

¹⁹ A expressão inteligência artificial remonta a 1955, quando John McCarthy, Marvin Minsky, Nathan Rochester e Claude Shannon apresentaram um projeto sobre a forma de abordar, com máquinas, as faculdades cognitivas humanas. A partir deste ponto, alguns filósofos julgaram que a inteligência artificial poderia ser entendida como uma tentativa de racionalização da mente inaugurada pelo iluminismo e continuada pelos materialistas e mecanicistas. De certo modo, haveria um paralelo entre o funcionamento da mente e o funcionamento dos computadores (a dualidade cérebro vs. psiquismo seria equiparável à dualidade *hardware* vs. *software*) – explicitando-o, cf. GANASCIA, (2018), pp. 75 ss., que nesta nota acompanhamos de muito perto.

²⁰ PUPPINK (2019), pp. 50 ss.

de que alguns seres humanos – pelas suas próprias características (os débeis, os infantes, os embriões, os comatosos, os doentes) – apresentariam, inclusivamente, índices de inteligência e, em certa medida, de dignidade inferiores aos computadores dotados de inteligência artificial. Talvez por isso o novo mundo que não se choca em oferecer uma escala gradativa de pessoalidade, retirando a qualidade a certos seres humanos, seja o mesmo onde se assiste à defesa da personificação dos algoritmos.

O caldo cultural e filosófico a que se alude – de hipervalorização da razão cartesiana e de busca pela superação individualista do homem, pela sua espiritualização e desencarnação – permite chegar mais longe. Na verdade, ao mesmo tempo que se adivinha como possível a defesa de uma personalidade eletrónica, criam-se as condições para a invocação de direitos que prologam artificialmente o projeto de direitos individuais. É neste quadro que se inserem os direitos transumanos e, no que à inteligência artificial concerne, a (não tanto, segundo os estudiosos na área da computação) utópica tentativa de – por meio da redefinição computacional do homem e da sua miscigenação com a máquina – superação dos limites da própria mortalidade.

A este propósito, Ray Kurzweil fala de *singularity*, um período futuro durante o qual a tecnologia evoluirá de forma tão rápida e com um impacto tão profundo que o ser humano ficará irremediavelmente transformado, podendo superar os limites da sua própria mortalidade, através da migração dos dados da rede neuronal do homem para um ambiente digital, onde este continuaria a viver como um avatar²¹. Outros autores aventam que, graças ao desenvolvimento da inteligência artificial, seria possível superar as limitações do homem, que se fundiria com a máquina, transformando-se num ciborgue.

Em causa duas perspetivas diversas, que convergem no otimismo em relação ao futuro da inteligência artificial. Uma primeira perspetiva coloca o acento tónico na ideia de que surgiria um novo homem, resultado da miscigenação entre homem e máquina, ou pela introdução de componentes

²¹ KURZWEIL (2005). O autor fala de seis períodos ou épocas de evolução: física e química; biologia e ADN; evolução cerebral; evolução tecnológica; combinação entre a tecnologia humana com a inteligência artificial. Num último período, segundo Kurzweil, «the universe wakes up».

Sobre a singularidade tecnológica, cf. VINGE (1993), considerando que o estatuto do homem se modificará; BOSTROM (2014), afirmando que existirá uma nova forma de humanidade; MORAVEC (1988).

Numa perspetiva crítica, GANASCIA (2018), p. 21.

humanas na máquina ou pela implantação de componentes tecnológicas nos corpos humanos; uma segunda perspectiva que afirma a existência futura de dispositivos super inteligentes que, adquirindo consciência, passariam a agir por si mesmos e para si mesmos e, subsequentemente, disseminar-se-iam, dotando-se de meios mais poderosos que levariam à destruição do homem, sucedendo-lhe na grande cadeia de evolução²².

A miscigenação entre o homem e a máquina permitira ultrapassar qualquer objeção à personificação dos algoritmos, não muito distantes do homem, compreendido na sua inteligência enquanto capacidade de computação de informação e de cálculo, ou mesmo capazes de superar o homem tal como o conhecemos.

Porém, é duvidoso que as previsões científicas – ou algumas previsões científicas – possam tornar-se efetivamente uma realidade no futuro. A ideia, fiel ao dualismo entre *hardware* e *software*, de que o segundo se poderia separar do primeiro, o que significa que um programa poderia correr noutros espaços, não é exequível. De facto, não é possível separar a conduta do seu corpo, da mesma maneira que não é possível separar as sinapses do sistema neuronal do corpo onde se produzem²³. Cada um é o resultado de uma complexa unidade entre corpo e consciência. Como explica Jean-Gabriel Ganascia, a singularidade tecnológica conduz «ao dualismo radical que é simétrico do dualismo radical dos pensamentos gnósticos. Para aceder ao desenvolvimento pleno, a mente tem de se dissociar totalmente do universo material», e a máquina cumpriria esse desiderato, ao permitir descarregar as nossas consciências no seu *network*²⁴. Simplesmente, estamos diante de uma perspectiva radicalmente materialista, própria do positivismo das ciências cognitivas²⁵, que é inconsonante com o sentido onto-ontológico do ser humano.

Por outro lado, chega mesmo a ser duvidoso que se possa atingir a chamada inteligência artificial forte²⁶, pelos limites que a predição necessariamente conhece: ao partir-se do axioma da uniformidade do

²² Apresentando estas duas perspectivas, GANASCIA (2018), pp. 26 s.

²³ RUSSO/PONCIANO (2002), p. 354.

²⁴ GANASCIA (2018), p. 83.

²⁵ GANASCIA (2018), p. 100.

²⁶ GANASCIA (2018), pp. 83 s., falando de inteligência artificial fraca, inteligência artificial forte (que já pressuporia uma abordagem filosófica) e de inteligência artificial geral (que visaria refundar a inteligência artificial sobre bases matemáticas sólidas).

curso da natureza, ela torna-se inviável em muitos domínios humanos marcados pela complexidade²⁷.

Além disso, mesmo que o anunciado fosse concretizável, nem tudo o que é possível deve ser admitido. Com efeito, o direito não pode ser entendido como uma mera forma. Pelo contrário, o direito deve ser entendido como uma ordem normativa que encontra o seu fundamento último na dignidade humana, ou seja, tem necessariamente um fundamento axiológico. O direito só o é se e quando convocar a especial *dignitas* da pessoa como fundamento e pilar de sustentação. O direito serve o homem – pessoa, da qual parte e na qual se fundamenta, e, por isso, não pode deixar de encontrar na dignidade inerente a esta categoria ética o referente último de sentido que o colora como direito.

Ora, parece ser este sentido da dignidade humana que é quebrado com a tentativa de criar um super-homem computadorizado que ultrapasse as fronteiras da própria vida. Não raros são os autores que denunciam que o pós-humanismo nos conduz à degradação do ser humano, ao mesmo tempo que configura uma ameaça aos outros humanos comuns²⁸. Leon Kass considera que as formas de alteração da natureza humana são degradantes, conduzindo-nos a uma desumanização absoluta²⁹. Na verdade, a introdução dos dados neuronais humanos num computador, habilitado desta feita com uma mente concreta, implica uma coisificação do homem, contrariando o plano de desenvolvimento pessoal que culmina na morte. O prolongamento artificial da vida por meio de um elemento computacional atinge o núcleo da pessoalidade, já que a pessoa, apesar de ser uma categoria ética, não sobrevive na ausência da corporização, porque, ainda que a alma sobreviva à morte do corpo e fique a aguardar a sua ressurreição, estamos aí a falar de uma dimensão que ultrapassa aquela em que o direito intervém. O ser humano não pode deixar de ser encarado na sua unitária complexidade, sendo inviável olhar para ele sem ser na pluralidade corpo, mente, espírito e alma.

De facto, a pessoa não pode ser objetivada de qualquer forma, mas é vivida e assumida na existência relacional com outros seres humanos³⁰. Já não é o ser solipsista, encerrado sobre si mesmo, mas o ser que se realiza na relação comunicativa com o seu semelhante e que tem no

²⁷ GANASCIA (2018), p. 92.

²⁸ BOSTROM (2005).

²⁹ Cf. KASS (2016), p. 43. Em comentário ao pensamento do autor, cf. BOSTROM (2005).

³⁰ NEVES (2008), pp. 89 ss.

encontro, que obtém o seu «sentido último no encontro primeiro do homem com a Transcendência, verdadeiramente com Deus»³¹, o seu referencial de sentido. Quer isto dizer que a pessoa – de que se parte ao nível do discurso jurídico – não é apenas objetivação de capacidades corporais e mentais, mas um todo complexo vivificado pela sua alma, pelo que a tentativa de sobrevivência computadorizada, ainda que implique a melhoria das condições neuronais de memória e conhecimento e um controlo absoluto da vontade, mais não representa do que a degradação do ser humano.

A base do ideário transumanista está, afinal, ligada a um escopo eugénico de apuramento da espécie. É por isso que, fora das situações de ligação entre a tentativa de prolongamento da vida e a computação, também avultam problemas graves no tocante a estas práticas. Aliás, consoante explicitam os autores, o modo de superação do homem com recurso à tecnologia poderia, noutras situações (que não aquelas em que nos confrontamos), conduzir a formas de manipulação genética, levando os pais, ao abrigo da liberdade morfológica e reprodutiva, a decidir quais as tecnologias reprodutivas que deveriam usar na conceção dos filhos, com o que se poria em causa a dignidade da própria criança³².

Fora das situações radicais de confluência entre humanos e não humanos, isto é, de surgimento do homem pós-humano, colocam-se igualmente problemas acerca da compatibilidade entre o direito (o sentido do direito que o queira verdadeiramente ser) e a aplicação das suas regras aos algoritmos na vertente subjetiva. Na verdade, se o direito implica um fundamento ético-axiológico, como poderemos tratar os algoritmos como sujeitos e impor-lhes normas gerais e abstratas, a estabelecer um padrão de comportamento ético. De facto, os computadores – por mais sofisticados que sejam – não são suscetíveis de agir eticamente. Dito de outro modo, embora possam ser programados para atuar de acordo com procedimentos preestabelecidos, tal comportamento não corresponde a um agir ético que possa ser valorado à luz da intencionalidade jurídica³³, pelo que esse mundo computacional – de convivência regulada entre humanos e não humanos – corresponderia, afinal, a uma radicalização do sistema em que o direito passa a ser «um subsistema social sem

³¹ NEVES (2008), pp. 89-90.

³² BOSTROM (2005).

³³ Este parece ser, aliás, um dos argumentos avançados no sentido de afastar a personalidade jurídica das máquinas dotadas de inteligência artificial.

sujeitos – melhor sem pessoas»³⁴. Donde, também aqui, neste estrito domínio que não nos leva tão longe quanto o transumanismo sustenta, o direito surgiria funcionalizado: naquele convívio entre humanos e não humanos, o homem concreto perderia o referencial comunicacional do outro, pelo qual se reconhece e ao qual dirige uma pretensão de respeito, a implicar o salto para o patamar da axiologia. Perder-se-ia a perspectiva do homem-pessoa, para nos encaminharmos para um sistema de regulação global de uma sociedade, que se orienta pela eficiência e pela planificação computacional³⁵.

Ora, é exatamente esse anúncio que choca com o sentido da juridicidade. Sendo o direito uma ordem normativa, ela não pode encontrar o seu fundamento na simples (se bem que profundíssima) afirmação tomasiana da pessoa como *subsisten in rationalis natura*, antes o devendo procurar na pressuposição de uma Razão Criadora que ofereça à natureza e à humanidade os seus valores e os seus princípios, de tal sorte que o homem – com a sua inteligência, a sua memória e a sua vontade, de que falava Santo Agostinho –, ao afirmar-se como pessoa, não pode deixar de estabelecer com o outro – igualmente pessoa – uma relação de cuidado misericordioso. Dito de outro modo, não nos podemos bastar com uma pressuposição ontológica ou ontoantropológica, exigindo-se o salto para uma dimensão ontoaxiológica, que nos evidencia a distância que separa o homem pessoa dos sistemas de inteligência artificial.

Se partimos exclusivamente do dado ontoantropológico, não conseguimos, concludentemente, aceder ao agir ético porque ele, colocando-se no plano do dever ser, não pode ser colhido dedutivamente – à semelhança do que pretendia uma visão dedutiva jusnaturalista – do ser. O que este nos transmite é a impertinência racionalizante dos extremos: a solidão atomizante do individualismo e a sufocante hipertrofia socializante. Mas, se o plano do ser nos permite, logo, afastar determinadas mundividências jus-culturais, ela não logra, só por si, fundar a normatividade. A necessidade do outro não é impreterivelmente, como nos mostrou Castanheira Neves, a necessidade do agir ético, podendo cumprir-se na indiferença

³⁴ A expressão foi utilizada, num outro contexto, por NEVES (2008-2), p. 118.

³⁵ A este propósito, Horst Eidenmüller considera que o tratamento jurídico que se dispense aos robôs vai depender da *deep normative structure of society*, isto é, vai variar consoante nos centremos no utilitarismo ou numa visão humanista/kantiana – cf. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/03/robots'-legal-personality>. Segundo o autor, de um ponto de vista utilitarista, não seria utópico pensar-se na atribuição de personalidade jurídica aos robôs.

da sobreposição adjacente de existências que não se abrem ao outro nem atuam no âmago da sua dignidade humana.

Estamos, pois, em condições de extrair algumas conclusões importantes. Em primeiro lugar, o homem não encontra a sua dignidade na pura subjetividade individualista, reduzida à dimensão cognitiva. Em segundo lugar, a pessoalidade que o caracteriza pressupõe uma dimensão ontoaxiológica, implicando, por um lado, a compreensão do homem como intelecto, vontade, espírito e alma, e, por outro lado, uma estrutura relacional que, envolvendo a mobilização de uma específica axiologia comunicada pelo quadro filosófico-cultural e teológico de que somos herdeiros, estabelece como fundamental uma ligação em termos de cuidado-com-o-outro, em que se virá a traduzir uma certa compreensão da liberdade responsável do sujeito.

Dito isto, estamos muito longe de poder estabelecer qualquer analogia entre a dignidade da pessoa humana e uma suposta dignidade algorítmica.

Do mesmo modo que estamos muito longe de poder fazer qualquer tipo de comparação entre a inteligência humana, que, mostrando-se apta a pensar e não apenas a coligir informação, é também integrada pela sensibilidade, pela intuição, pela fé, pela capacidade de transcendência e de autoajuizamento, e uma suposta inteligência artificial, que apenas pode ser captada no sentido de agregação de conhecimento.

Como explica Jean-Gabriel Ganascia, «a inteligência não equivale nem a uma frequência de execução de operações elementares, nem ao número de informações armazenadas numa memória. Nem o aumento da capacidade computacional, nem a capacidade de armazenagem produzem automaticamente inteligência»³⁶.

No fundo, a mente humana não pode ser reduzida a um computador, nem é possível que as funções cognitivas sobrevivam para além das estruturas cerebrais que as realizam. Acresce que a inteligência artificial apenas se mostra apta a realizar atividades de forma mecânica, não acedendo ao sentido, ou seja, à semântica da própria linguagem³⁷.

³⁶ GANASCIA (2018), p. 51. Mais acrescenta o autor que «as teorias contemporâneas de Stanislas Dehaene corroboradas por observações realizadas por meio de imagiologia funcional cerebral mostram, de uma forma irrefutável, que atividades aparentemente elementares como o cálculo ou da leitura mobilizam inúmeras faculdades diferentes segundo o contexto».

³⁷ GANASCIA (2018), 79. No mesmo sentido, cf. JULIA (2021), sustentando que não devemos falar de inteligência artificial, mas de inteligência aumentada, porque o que está em causa é o processamento bruto de dados, que não são dotados de sentido.

Esta impossibilidade de recondução da pessoa a um mundo computorizado é reforçada se considerarmos o problema do ponto de vista da autonomia que se reclama para os algoritmos.

Como Noorman explica, o conceito que autonomia que habitualmente mobilizamos é diferente do conceito de autonomia específico das ciências da computação³⁸. Neste contexto, a autonomia traduz a possibilidade de o algoritmo realizar independentemente complexas operações num ambiente imprevisível³⁹. Eles não seriam capazes de controlar as suas ações, funcionando como um mero instrumento avançado de um programador⁴⁰. Mas, é um facto que, quanto mais sofisticados e complexos se apresentam os ditos algoritmos, mais conseguem assumir decisões independentes. Os cientistas prestam especial atenção a esta particularidade e ao facto de terem ou virem a ter a capacidade de refletir acerca do significado moral e social do seu comportamento⁴¹. Além disso, as escolhas éticas (*ethical decision making*) estão já integradas em alguns sistemas computacionais⁴². Em rigor, os programadores estão hoje a trabalhar conjuntamente com os produtores no sentido de, por exemplo com referência aos veículos autónomos, determinar se, no caso de um acidente, o automóvel deve preservar o condutor ou o peão que atravessa a via. Neste âmbito, alguns pensadores defendem que os entes dotados de inteligência artificial podem ser percecionados como *autonomous moral agents*, tanto quanto eles possam beneficiar de um nível significativo de autonomia e possam ter um comportamento intencional⁴³. Sullins aduz, ainda, que os algoritmos irão desenvolver um papel social, o qual envolverá certas responsabilidades e nos mostrará que poderão entender os seus deveres diante de outros agentes morais⁴⁴. Numa perspetiva funcionalista, aliás, a qualidade de agente moral pressuporia, apenas, a existência de certos comportamentos funcionalmente equivalentes aos comportamentos que nos permitiriam atribuí-la ao homem⁴⁵. Bastaria, para que fosse considerado agente moral, que o ente artificial tivesse capacidade para processar informação, iniciando a sua ação com base

³⁸ NOORMAN (2008), p. 32; JOHNSON/NORMANN (2014), pp. 143-158.

³⁹ NOORMAN (2018), p. 46.

⁴⁰ JOHNSON (2006), p. 200.

⁴¹ NOORMAN (2018), p. 32.

⁴² NOORMAN (2018), p. 34.

⁴³ SULLINS (2006), pp. 23-29.

⁴⁴ SULLINS (2006), p. 28. Cf, também, NOORMAN (2018).

⁴⁵ Cf. JOHANSSON (2010), pp. 65-73.

nela. A partir daqui, poderíamos passar a considerar que as características relevantes – compreendidas sob o signo de categorias observáveis – existiriam, tratando-se a máquina como um agente moral.

A posição não é unanimemente aceita. Pelo contrário, há quem recuse atribuir responsabilidade moral aos algoritmos e, assim, recuse vê-los como *moral agents*, por serem estes sempre o produto de um comportamento humano, mesmo que indiretamente⁴⁶.

Outros sugerem que a qualificação dos entes dotados de inteligência artificial como *moral agents* só é possível na presença de *higher-order-intentional computer systems*, ou seja, de sistemas de inteligência artificial caracterizados pela atribuição de crenças, desejos e uma certa racionalidade⁴⁷. Noutras palavras, tudo dependerá do estágio de evolução dos computadores, por um lado, e do tipo de algoritmo, por outro lado.

Em 2006, Moor distinguiu três tipos de *ethical agents*⁴⁸: *implicit ethical agents*, aqueles que têm registada a ética do programador no sistema; *explicit ethical agents*, isto é, computadores que podem determinar, com base num certo modelo ético, o que está certo e o que está errado; e *full ethical agents*, que podem formular juízos morais e justificá-los. Apenas esta última categoria exigiria a consciência e o livre arbítrio. Ora, esta visão gradativa permitiria integrar no conceito de *agency* determinadas realidades artificiais, tanto quando a categoria não ficasse restringida às hipóteses de existência de livre arbítrio e consciência.

O certo é que, não obstante a crescente complexidade dos computadores, não é ainda possível encontrar um que, independentemente de um modelo ético que alguém tenha inserido no sistema, atue eticamente. Pelo contrário, cada decisão autónoma assumida por um ente dotado de inteligência artificial resulta de uma prévia determinação do programador, ainda que modificada pela autoaprendizagem. No campo da inteligência artificial, a ação é sempre determinística, o que implica que o algoritmo não poderia atuar de outro modo. Consoante explica Jean-Gabriel Ganascia, o agente atua sozinho e toma decisões sem a ajuda de outrem (v.g., o caso do automóvel autónomo que escolhe o itinerário), porque existe «um encadeamento de causalidades materiais que vão da recolha de informação, por sensores, à decisão e à ação que não faz intervir um

⁴⁶ JOHNSON (2006), p. 203.

⁴⁷ DENNETT (1997), p. 352.

⁴⁸ MOOR (2006), pp. 18-24.

agente externo»⁴⁹. As máquinas não adquiririam, contudo, autonomia num segundo sentido, qual seja o que se relaciona com a capacidade de atribuirmos a nós próprios as nossas regras. É que não só as regras são ditadas pelo programador, como são explicitadas numa linguagem formal que, se for demasiado pobre, não permite expressar as diferenças necessárias a uma correta tomada de decisão, e, se for demasiado complexa, «afoga os procedimentos de aprendizagem na imensidão de teorias possíveis»⁵⁰.

Simplemente, a partir do momento em que os computadores aprendem por si mesmos, com base na interação com o meio, esse determinismo é imprevisível. Ao terem capacidade para operar escolhas diferentes das que foram previstas, torna-se difícil fazer retroceder a responsabilidade para a esfera do programador, que deixa de conseguir controlar o sistema e prever os resultados⁵¹, ainda que essa dificuldade – que se terá de enfrentar em termos jurídicos, sobretudo – não apague a presença do ser humano na retaguarda de atuação do *software*⁵².

Por outro lado, se as qualidades para se ser, do ponto de vista filosófico, agente e, como tal, responsável passam pela consciência e a autonomia/livre arbítrio, e se justificadamente os autores alegam que a autonomia algorítmica não se pode confundir com a autonomia do ser humano, que não é predeterminada, então somos desafiados pelas correntes do pensamento que afastam do horizonte do ser humano a liberdade decisória para falarem em determinismo neuronal. Em bom rigor, a aceitarem-se por boas, mais do que justificarem a analogia entre homem e máquina dotada de inteligência artificial, tais teorias deitam por terra a possibilidade de responsabilização do próprio ser humano, exceto se olharmos para essa responsabilidade no tal sentido da *accountability*.

Na verdade, como no passado o determinismo colocou inúmeros problemas à responsabilidade (devido ao facto de, num mundo determinístico, os factos serem absolutamente fixos), forçando os compatibilistas a forjar formas de conciliação entre essa ideia e o livre arbítrio, como um pré-requisito da responsabilidade, hoje em dia, as descobertas no campo das neurociências conduzem-nos a outro tipo de considerações. O determinismo neuronal torna atual a discussão acerca da liberdade humana,

⁴⁹ GANASCIA (2018), p. 67.

⁵⁰ GANASCIA (2018), p. 69.

⁵¹ Cf. SPARROW (2007), pp. 62-77; POWERS (2013), pp. 227-236.

⁵² Num sentido próximo, cf. GRODZINSKY/MILLER/WOLF (2008), pp. 115 ss.

justificando a analogia com o problema que se enfrenta a propósito dos entes dotados de inteligência artificial.

Graças às novas técnicas de ressonância magnética, tomografia computadorizada, tomografia com emissão de positrões e tomografia com emissão de fótons, os neurocientistas surgem a defender que processos neuronais inconscientes controlam as decisões humanas. O homem sociológico é substituído pelo homem neurobiológico⁵³: todos os processos mentais dão lugar a processos neurofisiológicos. A vontade humana e as capacidades cognitivas dependem exclusivamente das estruturas neuronais. Os autores pós-conexionistas defendem que o dualismo entre o mundo externo e o mundo mental e que a ideia segundo a qual acedemos àquele através da correspondência de um código ou símbolos predefinidos deve ser ultrapassado⁵⁴. Ao invés, o mundo exterior é criado pelo organismo mental humano quando produz as suas sequências neuronais. O fenómeno mental é agora reduzido ao resultado de disposições neuronais que estruturam os mecanismos e os processos neurobiológicos⁵⁵. Neste sentido, o livre arbítrio desaparece, tanto quanto cada decisão seja entendida como o resultado de um processo neuronal determinístico. As ressonâncias magnéticas, as tomografias computadorizadas, as tomografias por emissão de positrões e as tomografias por emissão de fótons permitem-nos saber que, mesmo antes de uma pessoa tomar uma decisão, determinadas áreas do cérebro tornam-se ativas, o que significa que a decisão é preordenada por conexões neuronais e que a liberdade decisória é apenas uma ilusão.

Assim sendo, a liberdade humana não se distanciaria muito da liberdade programada dos entes dotados de inteligência artificial, o que deporia a favor de uma analogia que alguns autores invocam. Por outro lado, temos de assumir que a responsabilidade não é possível em termos gerais, ou temos de assumir que os entes dotados de inteligência artificial podem ser responsáveis. Quer homens, quer algoritmos estariam, afinal, privados de uma absoluta liberdade e a responsabilidade moral converter-se-ia num atributo apenas concebível no sentido de ausência de coerção externa.

Ao encontrarmos o fundamento da juridicidade na pessoalidade, enquanto categoria ético-axiológica, o sentido da liberdade/autonomia não pode deixar de ser condicionado por ele. Assim, a liberdade deixa de ser entendida como uma simples liberdade negativa, enquanto ausência de

⁵³ ROTH (2003), p. 555. Cf, também, BRAGA (2014), p. 120, com uma perspetiva crítica.

⁵⁴ RUSSO/PONCIANO (2002), p. 353.

⁵⁵ BRAGA (2014), p. 121.

construção heterónoma, bem como como uma simples liberdade positiva, enquanto possibilidade de escolha entre diversas alternativas de ação, para necessariamente passar a ser compreendida à luz da pessoalidade em que radica. A afirmação de uma liberdade positiva desarraigada de um sentido ético subjacente que a vivifique só poderia ser logicamente aceite se, *a priori*, aceitássemos que o direito (dito objetivo) fosse uma pura forma, que se contasse com a mera ordenação de condutas que aparentemente poderiam ser chanceladas de livres, ou seja, um conjunto de regras predispostas (ou impostas) pelo legislador, ao ponto de se dizer que tudo o que não era proibido por ele seria permitido. Ora se é impensável reduzir o direito a um conjunto de normas colocadas na dependência da *voluntas* tendencialmente arbitrária do legislador, há que afirmar também a impossibilidade de a liberdade – no direito – ser ancorada na pura vontade subjetiva do agente decisor, sob pena de se chancelar como valiosa uma conduta materialmente desvaliosa só porque vestida com a capa formal da liberdade e, com isso, se contrariar a intencionalidade do próprio jurídico. No fundo, porque o direito não se pode compreender como uma pura ordem formal ordenadora de condutas, como um conjunto de regras, para que a liberdade que se invoca seja juridicamente relevante, ela tem de comungar com o ordenamento em que se inscreve a predicação axiológica que permite que o direito efetivamente o seja. A ação livre não pode, pois, continuar a ser vista na solidão atomizante do homem-vazio que atende à sua vontade no sentido instintivo do seu ser. O posso, quero e mando em que ela se vem a traduzir desvirtua a dimensão em que se polariza e converte um valor num não-valor. A escolha livre deve, então, ser vista como a decisão que, na autodeterminação pessoal, não olvida a essência predicativa do ser pessoa. Ou dito de outro modo, a liberdade só o é verdadeiramente, enquanto dimensão ontológica da pessoa, se ela não se descaracterizar, isto é, se for e enquanto for a manifestação da pessoalidade de quem a reivindica, sendo, por isso, contaminada com a exigível dimensão axiológica a que temos vindo a fazer referência.

Torna-se, por isso, inviável estabelecer qualquer analogia entre a autonomia humana e a autonomia dos algoritmos. Esta é uma autonomia tecnológica, fundada nas potencialidades da combinação algorítmica que é fornecida ao *software*. A inteligência artificial baseia-se na acumulação de conhecimento, sendo incapaz de interpretações criativas ou de julgamentos acerca do que é certo ou errado. Está sempre condicionada pelos *inputs* do programador, não sendo suscetível de suportar a

responsabilidade. Os entes dotados de inteligência artificial estão, como vimos, longe do agir ético dos humanos, em que radica o ser pessoa. Falta-lhes, em cada tomada de decisão, a pressuposição ética, falha a relação de cuidado com o outro, até porque, em muitos casos, ela pode mostrar-se incompatível com a eficiência que está na base da programação computacional. A personalidade e a absoluta dignidade que a acompanha não existem por referência à inteligência artificial, razão pela qual se, ainda que em concreto um ser humano esteja privado da capacidade de agir, não lhe pode ser negado o estatuto de pessoa (e de pessoa para o direito), o mesmo não pode ser sustentado por referência aos algoritmos.

Se estas considerações são bastantes para afastar um dos principais argumentos que estão na base da proposta de personificação dos algoritmos, importa refutar a perspectiva segundo a qual o ser humano agiria de forma totalmente determinada.

Em primeiro lugar, no que respeita à dimensão cognitiva, o facto de as novas tecnologias permitirem a visualização da ativação de certos mecanismos neuronais não significa que eles sejam responsáveis pela formação do processo⁵⁶. Como Joaquim Braga sustenta, as experiências laboratoriais não podem escrutinar as ligações, como os processos que são visualizados e mensurados durante uma estimulação sensorial não têm de estar ligados com os objetos conexionados⁵⁷. A nova tecnologia não é capaz de visualizar conceitos.

Em segundo lugar, no que respeita à formação da dimensão de vontade, Joaquim Braga afasta as conclusões a que determinadas experiências neurobiológicas chegam⁵⁸, designadamente aquela que foi levada a cabo por Libet, em 1983. Aqueles que foram submetidos à experiência tinham de executar um simples movimento e assinalar o momento em que tomaram a decisão. A atividade neuronal foi monitorizada e o resultado foi simples: mesmo antes de os participantes assinalarem o momento da decisão alguns processos neuronais foram ativados, o que significa que a decisão foi tomada mesmo antes de os sujeitos terem consciência dela. Como Joaquim Braga sublinha⁵⁹, aqueles que foram submetidos à experiência tinham de executar um movimento com os seus corpos; contudo, não tinham de escolher entre um leque de diferentes possíveis

⁵⁶ BRAGA (2014), p. 124.

⁵⁷ BRAGA (2014), p. 124.

⁵⁸ BRAGA (2014), p. 125.

⁵⁹ BRAGA (2014), p. 129.

ações. Além disso, o sujeito podia ter decidido executar o movimento num momento diferente. Por outras palavras, podemos decidir e adiar a decisão para um momento posterior, mesmo que esse momento não diste muito tempo da decisão em si mesmo.

Em terceiro lugar, o autor explica que o erro dos neurocientistas é reduzir a ação à prontidão do ato, sem ter em consideração que certos processos volitivos não estão articulados em ações e que nem todos os atos têm como referência específicas ações, e sem ter em consideração o contexto da tomada de decisão⁶⁰.

A liberdade humana é muito mais do que uma mera possibilidade de decisão. Envolve a possibilidade de decidir tendo em consideração os interesses dos outros e, portanto, a possibilidade de nos transcendermos a nós próprios. Ora, nenhum destes aspetos pode ser capturado por uma imagem tomográfica, porque envolve dimensões que ultrapassam uma decisão imediata tomada sob impulso ou de acordo com um comando.

É claro que a ação humana terá sempre um certo grau de condicionamento. Este poderá ser encontrado na estrutura genética e nos fatores ambientais, designadamente a educação e o meio envolvente. Mas o ser humano, com as suas potencialidades decisórias, não é escravo das suas circunstâncias, podendo superá-las. Só isso, aliás, explica os diversos percursos biográficos de sujeitos dotados de estruturas genéticas idênticas e submetidos ao mesmo ambiente condicionante. Em rigor, esta tentativa de redução do ser humano ao determinismo neurológico acaba por esquecer dimensões essenciais do modo de ser pessoa, devendo ser rejeitada.

A consideração da pessoa, com as suas características ontológicas e com a sua dimensão axiológica, torna inviável qualquer tentativa de alicerçar a personalidade jurídica dos sistemas de inteligência artificial numa eventual analogia (entendida como aproximação) entre o homem e a máquina.

4. As pessoas coletivas

Porque os sujeitos da relação jurídica não se esgotam nas pessoa singulares, haveremos de considerar, a este nível, as pessoas coletivas para tentar perceber se é ou não possível estabelecer com elas uma concreta analogia que justifique a subjetivação dos algoritmos.

⁶⁰ BRAGA (2014), p. 131.

A personalidade coletiva não resulta de uma necessidade axiológica de reconhecimento, em nome da dignidade que lhes subjaz; é atribuída em função de determinados interesses das pessoas que estão na base da sua constituição⁶¹. Só que tal atribuição não funciona no vazio; antes resulta da elevação de um determinado substrato – que pode não ser o mesmo por referência a cada uma das categorias de pessoas coletivas – à condição de sujeito de direito. Pelo que a par da ideia de expediente técnico-jurídico, haverá a considerar um substrato, no qual se integra o fim em torno do qual a pessoa coletiva se organiza. Ora, é precisamente este fim, central para inúmeros aspetos da disciplina das pessoas coletivas, que justifica a atribuição da personalidade jurídica a estes entes. Trata-se, portanto, de uma personalidade jurídica funcionalizada à prossecução de determinados interesses humanos coletivos ou comuns ou, e dito de outro modo, de um expediente técnico que permite que os sujeitos (pessoas físicas) prossigam determinados interesses de modo diverso e mais consentâneo com a sua natureza.

É exatamente esta justificação que falha por respeito aos entes dotados de inteligência artificial⁶². Inexiste um interesse humano que possa ser mais bem prosseguido com a atribuição do estatuto aos algoritmos, exceto se virmos na não responsabilidade do operador daquele a principal razão para a personificação. Simplesmente, tal contrariaria o entendimento do direito como uma ordem axiológica fundada na dignidade da pessoa vista como um ser de responsabilidade⁶³. Do mesmo modo, não nos parece suficiente para justificar esta personalização o facto de os ordenamentos jurídicos terem de lidar com questões atinentes à titularidade da propriedade intelectual dos dados gerados pelos algoritmos. Ainda que estes possam ser gerados pelo algoritmo, não podem ser entendidos como uma projeção do sistema, mas antes como uma consequência da criação humana de um sistema dotado das potencialidades de combinação estatística.

⁶¹ Cf. VASCONCELOS/VASCONCELOS (2020), p. 137, considerando que a posição das pessoas coletivas é hierarquicamente muito inferior à das pessoas humanas, constituindo um meio para a realização dos seus fins.

⁶² Em sentido próximo, VASCONCELOS/VASCONCELOS (2020), p. 146, considerando que, se não seria difícil atribuir personalidade jurídica a um condomínio, não seria possível fazê-lo em relação a uma mesa ou a um cavalo, por faltar aí a analogia com as pessoas singulares.

⁶³ NEVEJANS (2016), p. 16.

Há, porém, autores que se opõem a este entendimento. Teubner⁶⁴ considera que, existindo riscos associados aos *softwares* – risco de autonomia, risco de associação entre os agentes artificiais e as pessoas que com eles se relacionam e o *network risk*, ou seja, o risco de interação entre diversos sistemas computacionais –, o direito deveria procurar definir o estatuto jurídico de cada tipo de algoritmo, propondo, a este propósito, a atribuição de uma personalidade jurídica limitada, a par da consideração de uma associação homem-máquina e de uma *risk pool*. A personalidade jurídica limitada permitiria, inclusivamente, que o algoritmo pudesse celebrar contratos como representante de terceiros, numa posição que, entre nós, foi analisada por Francisco Pereira Coelho⁶⁵. Ora, neste quadro, Teubner afasta qualquer objeção ao facto de a responsabilização do algoritmo, através da sua personalização, configurar um escudo contra a responsabilidade dos seres humanos. O *liability shield* a que o autor alude verificar-se-ia, também, ao nível da constituição de pessoas coletivas de responsabilidade limitada. Não cremos, porém, que o argumento seja totalmente transponível. Na verdade, do que se trata aí – ao nível das pessoas coletivas – é de considerar a responsabilidade por dívidas, encontrando-se uma solução que assenta na autonomia patrimonial; ao invés, o que se questiona agora é o problema da eventual responsabilização por força do cometimento de um ato ilícito e danoso: ora, numa hipótese como esta, do ponto de vista delitual, a existência de uma pessoa coletiva não afasta a responsabilidade do sujeito físico que concretamente atuou, antes lhe servindo de garantia. E se do ponto de vista contratual a pessoa coletiva é diretamente responsável – por se constituir como devedora – importa não esquecer que ela se efetiva pela existência de um património próprio do ente jurídico, algo que inexistente por referência aos algoritmos.

Do mesmo modo, parece espúria qualquer consideração atinente à existência de direitos de personalidade dos entes dotados de inteligência artificial, já que eles são indissociáveis da personalidade humana, cuja dignidade intrínseca reclama o seu reconhecimento. A atribuição de direitos de personalidade às pessoas coletivas resulta da necessidade de salvaguarda do ente criado para prossecução de interesses humanos, o que, aliás, justifica que a tutela fique dependente da necessidade e conveniência da prossecução dos seus fins. Repare-se, aliás, que os dados

⁶⁴ TEUBNER (2018), pp. 42 ss.

⁶⁵ TEUBNER (2018), p. 36.

gerados pelo *software* não podem ser entendidos como uma projeção da capacidade criadora deles, ligada à sua especial dignidade, pelo que o único problema que resta é o de saber a quem deve ser atribuída a titularidade dos dados gerados, para efeitos de aproveitamento económico. Algo similar se observa por referência às pessoas coletivas – estas não são titulares de direitos de autor, por não serem criadoras, mas de direitos de propriedade intelectual. Simplesmente, a dimensão económica que estes encerram só faz sentido se e quando puder haver aproveitamento material do objeto sobre que incidem. E tal aproveitamento não está ao alcance de um simples *software*. Teubner, em rigor, reconhece que a personalidade dos algoritmos só faria sentido se eles fossem titulares de recursos económicos e se pudessem prosseguir o seu próprio escopo lucrativo⁶⁶.

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel de, *Teoria geral da relação jurídica*, I, Almedina, Coimbra, 1992.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *Inteligência artificial. Entre a utopia e a distopia, alguns problemas jurídicos*, Gestlegal, Coimbra, 2021.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições de teoria geral do direito civil*, Gestlegal, Coimbra, 2021-2022.
- BOSTROM, Nick, «Em defesa da dignidade pós-humana», *Bioethics*, vol. 9, n.º 3, 2005, pp. 202-214 [trad. Brunello Stancioli (Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG), Daniel Mendes Ribeiro, Anna Rettore, Nara Pereira Carvalho].
- BOSTROM, Nick, *Superintelligence: paths, damages, strategies*, Oxford University Press, 2014.
- BRAGA, Joaquim, «Ciência e ideologia científica: o reducionismo ontológico nas neurociências», *DEDiCA. Revista de educação e humanidades*, 6, 2014.
- CARVALHO, Orlando de, *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*, Centelha, Coimbra, 1981.
- CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral do direito civil*, Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do segundo ano do curso jurídico de 1980/81, Centelha, Coimbra, 1981-1982.
- CORDEIRO, A. Menezes, *Tratado de direito civil*, IV, 5.ª edição com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, 2019.
- DENNETT, Daniel C., «When HAL kills, who's to blame? Computer ethics», *Hal's Legacy: 2001's Computer as Dream and Reality*, edited by D. Stork, MIT Press, Cambridge, MA, 1997.
- FRADA, M. Carneiro da, «Tutela da personalidade e dano existencial», *A evolução do Direito no século XXI – Estudos em homenagem ao Professor Arnoldo Wald*, Almedina, Coimbra, 2007.

⁶⁶ TEUBNER (2018), p. 42.

- GANASCIA, Jean-Gabriel *O mito da singularidade. Devemos temer a inteligência artificial*, Temas e Debates, Lisboa, 2018.
- GONÇALVES, Diogo Costa, «O que é o homem?», *Pessoa e direitos de personalidade. Fundamentação ontológica da tutela*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 51 ss.
- GONÇALVES, Diogo Costa, «Personalidade vs. Capacidade jurídica – um regresso ao monismo conceptual?», *Revista da Ordem dos Advogados*, 75, 1, 2015, pp. 126 ss.
- GONÇALVES, Diogo Costa, «Início da personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial», *Revista de Direito Civil*, 2018/III, pp. 583 ss.
- GRODZINSKY, F./MILLER, K./WOLF, M., «The ethics of designing artificial agents», *Ethics and Information Technology*, 10, n.ºs 2-3, 2008, pp. 115 ss.
- JOHNSON, D., «Computer systems: moral entities but not moral agents», *Ethics and Information Technology*, 8-4, 2006, pp. 195-204.
- JOHANSSON, L., «The functional morality of robots», *International Journal of Technoethics*, 2010, pp. 1-4.
- JOHNSON, Deborah G./NORMANN, Merel, «Artefactual agency and artefactual moral agency», *The moral status of artefacts*, Peter Kroes e Peter-Paul Verbeek (eds.), Springer, Heidelberg/Londres/Nova Iorque, 2014, pp. 143-158.
- JULIA, Luc, *L'intelligence artificielle n'existe pas*, First Editions, Paris, 2021.
- KASS, Leon, *Life, Liberty and Defense of Dignity: The Challenge for Bioethics*, Encounter Books, São Francisco, 2016.
- KURZWEIL, Ray, *The singularity is near*, Penguin Publishing, 2005.
- LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.
- MOOR, J. H., «The nature, importance and difficulty of machine ethics», *IEEE Intelligent systems* 21, n.º 4, 2006.
- MORAVEC, Hans, *Homens e robots: o futuro da inteligência humana e robótica*, Gradiva, Lisboa, 1988.
- MOREIRA, G., *Instituições do direito civil português*, I, Parte geral, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907.
- NEVES, A. Castanheira, «Uma reflexão filosófica sobre o direito – o deserto está a crescer ou a recuperação da filosofia do direito?», *Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- NEVES, A. Castanheira, «O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas», *Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008-2.
- NEVEJANS, Nathalie, *European Civil Law Rules in Robotics*, 2016.
- NOORMAN, Merel E., *Mind the gap: a critique of human/technology analogies in artificial agents discourse*, Maastricht Universitaire Press, Maastricht, 2008.

- NOORMAN, Merel E., «Computing and moral responsibility», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Julho 18, 2012 (revisto a 16.02.2018), <https://plato.stanford.edu/entries/computing-responsibility/>
- POWERS, T., «On the moral agency of computers», *Topoi*, 32, n.º 3, 2013, pp. 227-236.
- PUPPINCK, Grégor, *Os direitos do homem desnaturado*, Princípia, Cascais, 2019.
- ROTH, G., *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert (suhrkamp taschenbuch wissenschaft)*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. M., 2003.
- RUSSO, Jane/PONCIANO, Ednal T., «O sujeito da neurociência: da naturalização do homem ao re-encantamento da natureza», *PHYSIS: Revista Saúde Coletiva*, 12, n.º 2, 2002.
- SAVIGNY, Friedrich von *System des heutigen römischen Rechts*, I, § 4 (tradução SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, Frimin Didot Frères, Paris, 1841).
- SPARROW, R., «Killer robots», *Journal of Applied Philosophy*, 24, n.º 1, 2007, pp. 62-77.
- SULLINS, John P., «When is a robot a moral agent?», *International Review of Information Ethics*, 6, n.º 12, 2006, pp. 23-29.
- TEUBNER, «Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Software-agenten/Digital personhood? The status of autonomous software agents in private law», *Ancilla Iuris*, 2018.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de/VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria geral do direito civil*, Almedina, Coimbra, 2020.
- VINGE, Vernor, «The coming technological singularity», *Vision-21: interdisciplinary science and engineering in the era of cyberspace*, 1993, [whhttps://ntrs.nasa.gov/citations/19940022856](https://ntrs.nasa.gov/citations/19940022856)
- WINDSCHEID, Bernhard/KIPP, Theodor, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 9. Auflage, 1984.

Desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais e tutela de credores

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO*

1. A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade comercial como meio de tutela dos seus credores

Tem sido proposto em Portugal o recurso à desconsideração da personalidade jurídica como solução para o problema da tutela dos credores das sociedades comerciais, por quotas ou anónimas, em determinados grupos de casos (nos quais se entende que ao comportamento dos sócios deve corresponder a perda do benefício da limitação da responsabilidade) – nomeadamente na subcapitalização material, na mistura de patrimónios, no controlo da sociedade por um sócio e na «descapitalização» voluntária da empresa societária¹ (ou seja, tipicamente, para aqueles casos em que se entende que os sócios agiram em prejuízo do ente societário e, reflexamente, dos seus credores). Defende-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade com o objectivo de permitir aos credores a possibilidade de exigirem a satisfação dos seus créditos aos sócios da sociedade «desconsiderada»². Este mecanismo, de criação doutrinária e

* Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, <https://orcid.org/0000-0002-1801-1432>

Por opção da autora, o presente artigo não segue o novo acordo ortográfico.

¹ Sobre estes grupos de casos, cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 177 ss. Na jurisprudência dos tribunais superiores, cf., entre outros, os acórdãos do STJ de 07.11.2017 (Alexandre Reis), de 19.06.2018 (Graça Amaral), de 09.05.2019 (Ilídio Sacarrão Martins); do TRL de 31.05.2011 (Maria João Areias), de 06.09.2018 (Ondina Alves); do TRP de 29.03.2012 (Teresa Albuquerque); do TRC de 14.01.2020 (Alberto Ruço).

² Este problema distingue-se daquele outro que consiste na desconsideração da personalidade jurídica de sociedade comercial com o objectivo de imputar aos seus sócios características, conhecimentos ou comportamentos da sociedade e vice-versa. Sobre esta última modalidade de desconsideração da personalidade jurídica, cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 133 ss., 300 ss. e 312 ss.

jurisprudencial, não se encontra previsto ou regulado pelo direito positivo português – como, de resto, acontece nos restantes países da Europa.

No continente europeu, as primeiras tentativas de, em casos concretos, pôr em causa o hermetismo da personalidade jurídica de sociedades comerciais remontam ao final do século XIX (terá sido pioneiro o caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*³), mas os trabalhos doutrinários de teorização da desconsideração da personalidade jurídica apenas começam a surgir a partir de meados do século passado (sendo o mais representativo desses trabalhos a obra *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, de Rolf Serick)⁴. A fundamentação dogmática da figura sempre constituiu um problema de difícil solução, tendo surgido essencialmente nesse âmbito as teorias do abuso, subjectivo ou objectivo (institucional), da personalidade jurídica⁵ e as teorias da aplicação da norma (que partem da *ratio* da norma cuja aplicação está em causa para decidir se essa norma vai aplicar-se, no caso concreto, à pessoa colectiva ou às pessoas que constituem o seu substrato pessoal)⁶. Todavia, cedo surgiram, por seu turno, as chamadas teorias negativistas, que rejeitam a existência de um instituto desconsideração da personalidade jurídica – teorias que ganharam expressão, sobretudo, no final do século passado, particularmente no âmbito das construções que propõem a revisão do conceito de pessoa colectiva para o entender como uma expressão linguística utilizada para resumir uma dada disciplina normativa⁷. A estas teses negativistas deve ser reconhecido o mérito de trazerem maior rigor à análise do problema da tutela dos credores sociais (nomeadamente, privilegiando soluções que, no direito positivo de cada ordenamento jurídico, permitem assegurar essa tutela), partindo da realidade jurídica que é a personalidade da pessoa colectiva⁸.

Em Portugal, a doutrina cedo se manifestou favorável à recepção deste mecanismo, que acolheu com receptividade crescente. Todavia, só muito recentemente surgiram as primeiras monografias sobre o tema⁹. Por seu turno, os tribunais, que começaram por actuar de modo extremamente cauteloso, parecem cada vez mais tentados a resolver os problemas de

³ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 97 ss., nota 34.

⁴ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 98 ss.

⁵ Tema que será retomado *infra*, ponto 3.

⁶ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 99 ss.

⁷ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 110 ss.

⁸ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 125 ss.

⁹ Cf. a análise de RIBEIRO (2009-I), pp. 299 ss.

tutela dos credores sociais através da desconsideração da personalidade jurídica, mesmo em casos em que a mesma solução pode ser assegurada com recurso à aplicação das regras do direito positivo.

2. A distinção entre responsabilidade de gerentes e administradores e responsabilidade de sócios

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que, em regra, estará *prima facie* em causa nos referidos grupos de casos a responsabilidade dos membros do órgão de administração da sociedade¹⁰, não a dos seus sócios. É certo que, frequentemente, os sócios serão membros desse órgão (sobretudo nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas de pequena dimensão), o que contribui bastante para que possa existir alguma confusão na análise destas questões, a par da habitual referência ao «sócio-gerente»: existe nesta expressão uma sugestão de «fungibilidade» entre as figuras do sócio e do gerente, que acaba por esbater a necessária nitidez do discurso jurídico. Mas numa sociedade comercial o órgão que detém as funções de gestão e de representação é o órgão de administração, pelo que a prática de qualquer dos actos característicos destes casos, em nome da sociedade, pressupõe a actuação dos seus membros.

Acresce ao exposto que a responsabilidade de gerentes e administradores, neste contexto, dificilmente poderá ficar excluída pelo facto de os respectivos actos assentarem em deliberação social (o que, tendo em conta o disposto no artigo 259.º do CSC, será mais frequente no âmbito da sociedade por quotas¹¹)¹²: qualquer deliberação dos sócios cujo conteúdo, directa ou indirectamente, ponha em causa a prossecução do interesse social, nos termos do artigo 6.º do CSC, será nula [por força da aplicação do artigo 56.º, n.º 1, alínea *d*), do CSC]. Ainda que não seja claramente esse o caso, sempre subsiste a possibilidade de essa deliberação ser considerada abusiva; então, se for de afirmar a sua anulabilidade, nos termos dos artigos 58.º, n.º 1, alínea *b*), do CSC¹³, os sócios que tenham

¹⁰ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 103 ss., nota 51.

¹¹ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 454 ss., nota 135.

¹² Ou seja, a responsabilidade dificilmente poderá ser afastada pelo recurso ao preceituado no artigo 72.º, n.º 5, do CSC.

¹³ XAVIER (1998), pp. 367 ss., defendeu a interpretação restritiva do n.º 4 do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 49 381, a cujo texto corresponde actualmente o n.º 5 do artigo 72.º do CSC, ao excluir a responsabilidade dos administradores quando o acto ou omissão assente em deliberação da assembleia geral, na parte que se refere à deliberação anulável.

formado maioria podem ser chamados a responder solidariamente para com a sociedade pelos prejuízos causados (o que, indirectamente, vai prover à tutela dos interesses dos credores sociais)¹⁴.

Assim, cumpre salientar desde já que o ponto de partida desta análise é a distinção clara entre a responsabilidade de sócios e a responsabilidade de gerentes e administradores¹⁵. Por isso, numa mesma situação pode estar em causa, simultaneamente, a responsabilidade de uns e de outros – a títulos (e com fundamentos) diferentes. E se a mesma pessoa é sócio e membro do órgão de administração da sociedade, poderá responder enquanto sócio e enquanto gerente ou administrador, desde que estejam preenchidos os requisitos de que a lei o faz depender em cada caso.

3. A subsidiariedade do recurso à desconsideração da personalidade jurídica

Simplesmente, quanto à responsabilidade do sócio enquanto tal, é de afirmar a subsidiariedade do recurso à chamada desconsideração da personalidade jurídica¹⁶: se as pretensões dos credores sociais puderem ser satisfeitas através do recurso a institutos jurídicos legalmente consagrados, não deve recorrer-se a este mecanismo de contornos vagos e imprecisos, fruto da elaboração – entre nós, errática – da doutrina e da

Para XAVIER, últ. ob. cit., pp. 368 ss., a interpretação do texto legal é necessariamente restritiva para os casos em que os administradores «*tiveram consciência*» do facto, sabiam que a deliberação seria, muito provavelmente, impugnada, e não ignoravam que a respectiva execução poderia provocar prejuízos consideráveis e dificilmente remediáveis pela anulação subsequente. Contudo, a solução defendida é a mesma, ainda, nos casos em que os administradores não estavam na posse de todos estes dados: os administradores devem, perante uma deliberação social, examinar as «probabilidades de anulação» e os «inconvenientes da [...] execução» de deliberação que muito provavelmente será anulada, sendo responsáveis perante a sociedade se não actuarem no sentido que, em concreto, melhor sirva a sociedade [cf. XAVIER (1998), p. 372]. O contrário, nota o Autor, ob. cit., pp. 369 ss., traduziria a ideia – irrazoável – de que os administradores, perante uma deliberação da assembleia geral, estão «dispensados de quaisquer averiguações e apreciações». Esta posição tem colhido a adesão da doutrina. Cf. RIBEIRO (2009-I), p. 601, nota 115.

¹⁴ Sobre o tema, cf., desenvolvidamente, RIBEIRO (2009-I), pp. 557 ss., e RIBEIRO (2012), 507-556, *passim*.

¹⁵ Neste sentido, cf. ABREU (2010), ano 2, vol. 3, 49-64, pp. 52 ss.

¹⁶ Fala-se de um «princípio de subsidiariedade», ou *Subsidiarität der Durchgriffshaftung*. Cf. NIRK (1985), 443-462, p. 460; ZIMMER (1996), p. 333; ALTMPEPPEN (2005), 3-24, pp. 6 ss.; REHBINDER (1969), pp. 101 ss.

jurisprudência e propiciador de casuísmo e insegurança jurídica¹⁷. A não ser assim, em rigor, tal solução violaria as mais elementares regras do Direito, pois é de repudiar o recurso à chamada desconsideração da personalidade jurídica, visando colmatar uma lacuna, sempre que não esteja concretamente demonstrado que a situação em análise não encontra solução no ordenamento legal vigente¹⁸. Para mais, nas sábias palavras de BAPTISTA MACHADO, «[s]empre que seja possível resolver um problema dentro de quadros jurídicos mais precisos e rigorosos, é metodologicamente incorrecto recorrer a quadros de pensamento de contornos mais fluidos»¹⁹.

Então, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade nos referidos grupos de casos não se apresenta, em geral, como a via adequada para, em primeira linha, assegurar a tutela dos seus credores sociais, por duas ordens de razões. Desde logo, porque o nosso ordenamento jurídico coloca à disposição do intérprete, para o efeito, uma multiplicidade de soluções, como se analisará neste trabalho. Depois, os já referidos problemas de casuísmo e a insegurança no recurso a este mecanismo, bem como a falta de rigor dogmático na respectiva fundamentação, são fragilidades que comprometem a eficiência de uma solução deste teor, sobretudo quando se põe em causa um dos pilares dos institutos sociedade por quotas e sociedade anónima, que é o da limitação da responsabilidade dos sócios²⁰.

Entre nós, a proibição do abuso do direito tem sido o fundamento maioritariamente adoptado pela doutrina que analisa e aceita o recurso a soluções que passam pela desconsideração da personalidade jurídica, quer para efeitos de imputação, quer de responsabilidade²¹.

¹⁷ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 76 ss., e a bibliografia referida na nota 11 da p. 76.

¹⁸ Cf. RIBEIRO (2009-II), pp. 35-56, pp. 55 ss.; RIBEIRO (2011-I), 43-84, pp. 75 ss. *É a este propósito que se fala de «subsidiariedade» do recurso à desconsideração da personalidade jurídica, questão que retomaremos *infra*, ponto 3.*

¹⁹ Cf. MACHADO (1996), p. 199.

²⁰ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 76 ss.; RIBEIRO (2011-II), 173-212, pp. 179 ss. Para uma análise desenvolvida na perspectiva da análise económica do Direito, cf. BAINBRIDGE/HENDERSON (2016), *passim*.

²¹ Cf. CORREIA (1989), pp. 243 ss.; CORDEIRO (1994), pp. 105 ss., e 122 ss.; ASCENÇÃO (1993), pp. 86 ss.; FIGUEIRA (1990), pp. 87 ss.; ABREU (1996), pp. 205 ss.; ABREU (2010), pp. 57 ss.; CORDEIRO (2000), p. 123; DUARTE (2007); COSTA (2010), pp. 62 ss.; ANTUNES (2007), pp. 60 ss.

Mas mesmo o recurso ao abuso do direito, neste contexto, exige reflexão cuidada²². Desde logo, cabe esclarecer que a própria concepção do abuso do direito não pode deixar de partir de critérios objectivos (até porque a exigência da consciência do abuso viria a beneficiar «aqueles que não conhecem escrúpulos»²³);²⁴ e também no âmbito da tentativa de fundamentação dogmática da desconsideração da personalidade jurídica da pessoa colectiva vieram conquistar espaço as teorias institucionais ou do abuso objectivo. Daí resulta que se considera relevante uma utilização objectivamente ilícita do instituto pessoa colectiva, como os tribunais alemães cedo afirmaram²⁵ e tem sido defendido pela doutrina e jurisprudência dos restantes países europeus²⁶.

Mas a doutrina levanta a questão de saber em que termos poderá operar a responsabilização do sócio, uma vez que o artigo 334.º do Código Civil apenas parece proscrever o comportamento abusivo²⁷: directamente, a eficácia desta norma é «preclusiva ou impeditiva»²⁸. Para resolver satisfatoriamente o problema, pode ser proposta a adesão à construção de SINDE MONTEIRO²⁹: a esta luz, a proscrição do abuso do direito consagrada no artigo 334.º do Código Civil também revelaria o carácter ilegítimo do comportamento em causa, pelo que a norma poderá ter um conteúdo delitual, a «desentranhar» pela doutrina e pela jurisprudência. Em consequência, a violação do disposto no artigo 334.º do Código Civil constituirá ilícito³⁰ que autoriza o recurso às regras sobre responsabilidade civil³¹. De resto, cumpre referir que já existe entre nós

²² Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 105 ss., e 161 ss.; RIBEIRO (2011-I), pp. 59 ss.

²³ Cf. HÖRSTER/SILVA (2019), p. 383.

²⁴ Por isso, qualquer construção jurídica que parta da noção de abuso acaba por ser objectivada. Para mais desenvolvimentos, cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 106 ss., nota 63.

²⁵ Cf. a decisão do BGH de 30 de Janeiro de 1956, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* 20, 4, pp. 12 ss., sobretudo p. 13, onde se afirma que a teoria subjectiva do abuso é demasiado restritiva. Para mais desenvolvimentos, cf. RIBEIRO (2009-I), cit., pp. 107 ss., sobretudo a bibliografia indicada na nota 66.

²⁶ Cf. RIBEIRO (2009-I), cit., pp. 107 ss.

²⁷ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 162 ss., nota 147.

²⁸ Cf. FRADA (2004), pp. 165 ss., nota 121; COSTA (2002), pp. 723 ss., nota 951.

²⁹ Cf. MONTEIRO (1989), pp. 545 ss.

³⁰ Por a norma constituir «cláusula residual de ilicitude». Cf. COSTA (2002), p. 723, nota 951.

³¹ Neste sentido, cf. também VASCONCELOS/VASCONCELOS (2019), pp. 287 ss. Assim, nas palavras de CARNEIRO DA FRADA, ultrapassa-se a «eficácia meramente preclusiva da conduta inadmissível», fundamentando-se a responsabilidade própria dos sócios perante

tradição doutrinal na defesa da responsabilização civil daquele que actua abusivamente no exercício de direitos, em violação do disposto no artigo 334.º do Código Civil^{32/33}.

Simplemente, cabe aqui, em nosso entender, um reparo: sempre que esteja em causa a responsabilização do sócio perante os credores sociais no âmbito da alegada desconsideração da personalidade jurídica, o recurso à proibição do abuso do direito, ainda que apenas no âmbito da sua eficácia meramente preclusiva ou impeditiva, teria automaticamente efeitos responsabilizadores. Se o sócio deixar de poder invocar, perante os credores sociais, a existência da sociedade de responsabilidade limitada, ou mesmo só concretamente os preceitos que lhe atribuem o «benefício da responsabilidade limitada» (como os artigos 197.º, n.º 3, e 271.º do CSC), ele responderá necessariamente perante esses credores, por ser essa a consequência do facto de já não «existir», em concreto, a personalidade jurídica da sociedade em causa, ou do facto de ele já não ser, em concreto, «sócio de responsabilidade limitada». Este esclarecimento releva no âmbito da qualificação da responsabilidade do sócio – que, neste último caso, será uma responsabilidade patrimonial, enquanto à luz das teses descritas terá o carácter de responsabilidade aquiliana. Ora, sempre que se defenda a responsabilização do sócio através do recurso ao instituto da responsabilidade civil, não se justifica o apelo à chamada desconsideração da personalidade jurídica.

De todo o modo, como se expõe, o recurso à desconsideração da personalidade jurídica não é, em geral, necessário nem adequado para os grupos de casos enumerados.

os credores sociais [FRADA (2004), p. 170, nota 121]. Também COUTINHO DE ABREU chega ao mesmo resultado, mas adicionando o abuso do direito aos casos constantes na previsão do artigo 483.º do Código Civil, «como forma de antijurídico» [ABREU (1983), pp. 76 ss.]

³² Nesta linha, cf. a bibliografia indicada *in* RIBEIRO (2009-I), pp. 163 ss., nota 147.

³³ De resto, tal construção encontrava consagração expressa no Anteprojecto do Código Civil da autoria de VAZ SERRA – cf. SERRA (1960) –, onde a matéria aparecia tratada na parte consagrada ao Direito das Obrigações, precisamente como fonte das obrigações: no capítulo dedicado à responsabilidade civil, previa-se nos artigos 735.º e 736.º, a pp. 116 ss., que os actos praticados em abuso do direito, quando causadores de danos e enquanto «antijurídicos», gerariam obrigação de indemnizar.

4. A análise dos grupos de casos em que se defende a desconsideração da personalidade jurídica à luz do ordenamento jurídico português

Tradicionalmente, defende-se o recurso à desconsideração da personalidade jurídica de sociedade comercial nos casos de controlo da sociedade por um sócio, subcapitalização material e mistura de patrimónios; recentemente, defende-se a mesma solução para os casos da chamada «descapitalização» da sociedade (ou atentado à sua existência).

a) O controlo da sociedade por um sócio

O controlo da sociedade por um sócio não pode (ou já não pode), como facilmente se percebe, constituir só por si fundamento para a responsabilização ilimitada desse sócio pelas dívidas da sociedade – não é o facto de um sócio controlar a sociedade que ameaça a tutela dos seus credores e que, portanto, reclama uma reacção jurídica, mas antes (e apenas) o facto de um sócio, por controlar a sociedade, adoptar comportamentos que possam pôr em causa a satisfação dos credores sociais; então, essa reacção deve dirigir-se aos comportamentos do sócio pelos quais este causa o referido dano e não à situação de facto que lhes subjaz. De resto, com a consagração legal da possibilidade de constituição de sociedades unipessoais, deixou de fazer sentido a inclusão desta situação no grupo de casos que reclamam a desconsideração da personalidade jurídica (apesar de subsistirem, no ordenamento jurídico português, normas que discriminam negativamente a sociedade unipessoal e o seu sócio único; é, nomeadamente, o caso do artigo 270.º-F, n.º 4, do CSC³⁴).

Todavia, ainda se defende a desconsideração da personalidade jurídica, para estes casos, no âmbito das relações de domínio, ou seja, quando uma sociedade pode exercer sobre outra uma influência dominante. Em nosso entender, nessas situações, a tutela dos credores da sociedade dominada estará assegurada pelo recurso às regras que consagram a responsabilidade dos membros do órgão de administração (artigos 72.º e ss. do CSC) e daquelas que estabelecem a possível responsabilidade solidária do sócio controlador (artigo 83.º do CSC)³⁵.

³⁴ Cf. RIBEIRO (2009-III), *passim*; RIBEIRO (2017), *passim*.

³⁵ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 255 ss.; RIBEIRO (2014), *passim*. Subsistirá apenas a questão de saber como tutelar os interesses dos credores sociais quando a responsabilidade dos membros do órgão de administração e, conseqüentemente, do sócio controlador, fique afastada com fundamento no facto de o acto danoso ter assentado em deliberação social

b) A subcapitalização material da sociedade

Também a subcapitalização material não pode, em nosso entender, constituir fundamento para a aplicação deste mecanismo³⁶ – sobretudo tendo em conta as mais recentes alterações legislativas em matéria de capital social mínimo necessário para a constituição de sociedades por quotas. Por subcapitalização material originária deve entender-se a situação em que os sócios colocam ao dispor da sociedade, que constituem, meios de financiamento manifestamente insuficientes para a prossecução da actividade económica que constitui o seu objecto social, sem que essa insuficiência seja compensada por empréstimos (ou outros meios de natureza financeira equivalente) por parte dos sócios³⁷. A subcapitalização material será superveniente se esta insuficiência vier a verificar-se já depois de constituída a sociedade, ou seja, se os meios colocados ao dispor da sociedade deixam de ser suficientes em virtude, nomeadamente, de uma alteração do respectivo objecto social³⁸.

(o que excluirá a responsabilidade que resulta dos artigos 72.º e seguintes do CSC e a responsabilidade solidária que resultaria do artigo 83.º do mesmo diploma). Aí, propomos o recurso ao regime da invalidade das deliberações abusivas, nomeadamente, para a responsabilização daquele sócio que tenha, com o seu voto abusivo, formado a maioria necessária para a aprovação da deliberação em causa, em termos que desenvolvemos na últ. ob. cit., pp. 557 ss. Cf. RIBEIRO (2012), *passim*.

³⁶ Distinta da subcapitalização material é a subcapitalização formal ou nominal, que existe quando o financiamento de que a sociedade necessita é concedido, directa ou indirectamente, pelos sócios, não a título de entrada, mas através de empréstimos ou outros actos de natureza equivalente do ponto de vista financeiro; em consequência, o valor desse financiamento não ingressa no capital social da sociedade em causa (não constitui «capital próprio»), sendo que o objectivo dos sócios é precisamente o de não sujeitar a quantia que lhe corresponde às regras que tutelam a conservação do capital social e ao consequente risco. Só pode falar-se, porém, de subcapitalização quando exista desproporção manifesta entre este tipo de financiamento dos sócios e o valor do capital social. Para a distinção entre subcapitalização formal ou nominal e subcapitalização material, cf. a bibliografia indicada *in* RIBEIRO (2009-I), pp. 189 ss., nota 171.

³⁷ Cf. PAZ-ARES (1983), p. 1594; WIEDEMANN/FREY (2002), p. 273. Entre nós, cf. DUARTE (1996), pp. 56 ss.; DOMINGUES (2004), pp. 223 e 229 ss.; CUNHA (2019), pp. 284 ss.; PINTO (2007), pp. 846 ss.; ABREU (2011), pp. 38 ss. Para uma análise dos elementos que compõem esta definição de subcapitalização material, cf. VONNEMANN (1992), pp. 80 ss.

³⁸ Cf. PAZ-ARES (1983), p. 1618, que admite que a subcapitalização superveniente possa conduzir apenas à responsabilização dos sócios controladores, ao invés do que defende para os casos de subcapitalização originária, que conduzirão à responsabilização de todos os sócios. No mesmo sentido, cf. ABREU (2021), p. 183.

Actualmente, o legislador português parece ter prescindido de atribuir ao capital social qualquer papel no âmbito da garantia dos credores na sociedade por quotas, autorizando a externalização total do risco de exploração da empresa societária: com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 33/2011, de 7 de Março, «[o] montante do capital social é livremente fixado no contrato de sociedade, correspondendo à soma das quotas subscritas pelos sócios»; uma vez que o valor mínimo de cada quota não pode ser inferior a um euro, está o capital social mínimo indirectamente fixado em um euro para as sociedades unipessoais e em dois ou mais euros para as pluripessoais (correspondendo o número de euros ao número de sócios)³⁹. Esta evolução terá resultado de uma conjugação de factores: a influência do exemplo norte-americano e de alguns países da Europa, bem como a tentativa de manutenção da competitividade do tipo societário sociedade por quotas no espaço europeu⁴⁰.

Como o legislador nunca impôs aos sócios a obrigação de dotarem a sociedade comercial de um capital social mínimo materialmente adequado a cada projecto empresarial específico⁴¹, sempre foi, como é hoje, relativamente frequente o fenómeno da subcapitalização da sociedade de responsabilidade limitada, embora essa subcapitalização seja, essencialmente, «uma confissão de esperança de crédito»⁴²: os sócios sabem que o capital social não é suficiente para o desenvolvimento da actividade económica correspondente ao objecto social, mas esperam obter o crédito necessário para suprir essa falha, ainda que, para o efeito, se vejam forçados a garanti-lo tal crédito. Nos casos em que existe manifesta desproporção entre o capital social (e outros meios de financiamento provenientes dos sócios) e a actividade que a sociedade prossegue ou se propõe prosseguir, o intérprete sente-se compelido a procurar uma reacção da ordem jurídica que tutele, concretamente, os interesses dos credores sociais⁴³.

³⁹ Além disso, estas entradas devem ser realizadas até ao momento da celebração do negócio jurídico pelo qual se constitui a sociedade; mas se se tratar de entradas em dinheiro podem ser entregues pelos sócios nos cofres da sociedade até ao final do primeiro exercício económico (sem prejuízo de estipulação contratual que preveja o seu diferimento).

⁴⁰ Sobre o tema, cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 180 ss., nota 167; RIBEIRO (2011-I), pp. 50 ss.; CARVALHO (2011), pp. 18 ss.

⁴¹ Cf. BLAUROCK (2005), pp. 7 ss.

⁴² Cf. VENTURA (1996-I), p. 76.

⁴³ Cf. PORTALE (1991), pp. 41 ss.

Ora, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade subcapitalizada não se apresenta como a via adequada para a tutela dos seus credores, por duas ordens de razões. Desde logo, a ausência de imposição legal de dotação de um capital social mínimo adequado ao objecto da sociedade implica a inexistência de lacuna carecida de preenchimento ao nível da responsabilidade (nem sequer pode afirmar-se a existência de uma lacuna ao nível da exigência de um capital social mínimo necessário para a constituição de sociedade adequado ao objecto social, pois não pode reconhecer-se a existência de lacuna quando o legislador estatui expressamente em sentido contrário⁴⁴: um euro é capital social manifestamente inadequado para a exploração de qualquer actividade). Depois, a falta de rigor dogmático, a insegurança e o casuismo no recurso a este mecanismo são fragilidades que comprometem a eficiência de uma solução deste teor, nos termos já expostos *supra*.

Porém, mesmo as propostas de solução «desconsiderantes» para o problema da subcapitalização material nem sempre conduzirão, em rigor, à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, pois os autores que defendem neste grupo de casos a responsabilização dos sócios não se satisfazem, em regra, com um desequilíbrio ou uma desproporção de carácter objectivo entre o capital social necessário e o capital social efectivo⁴⁵: exigem, como pressuposto para o recurso à solução supostamente «desconsiderante», que o facto de o capital social ser insuficiente tenha sido claramente conhecido dos sócios; e que estes estivessem conscientes da existência de uma grande – muito superior ao habitual – probabilidade de insucesso comercial à custa dos credores (ou seja, que se trate de uma *qualifizierte Unterkapitalisierung*)⁴⁶. Logo, sujeita-se a possibilidade de recurso à desconsideração da personalidade jurídica à

⁴⁴ Ou seja, não é possível identificar aqui uma «incompletude contrária ao plano do Direito vigente». Cf. MACHADO (1996), pp. 194 ss.

⁴⁵ Essa é a posição daquela doutrina (minoritária) que defende a responsabilidade ilimitada do sócio de responsabilidade limitada em todos os casos de subcapitalização simples (*einfachen Unterkapitalisierung*), ou seja, sempre que fosse possível verificar que os sócios não dotaram, em concreto, a sociedade de capital suficiente para a exploração do seu objecto negocial, independentemente do seu conhecimento do facto. É o caso de WINKLER (1969), p. 1202; IMMENGA (1970), pp. 402 ss.; WIEDEMANN (1980), pp. 565 ss. (sobretudo, p. 572).

⁴⁶ Esta posição predominava entre a doutrina alemã que considerava a subcapitalização um dos grupos de casos de responsabilidade *Durchgriff*. Cf. a bibliografia indicada in RIBEIRO (2009-I), p. 209, nota 201.

verificação do requisito da culpa dos sócios a responsabilizar⁴⁷. Nesta perspectiva, já não estará em causa o recurso a uma verdadeira solução «desconsiderante», mas apenas à aplicação directa do instituto da responsabilidade civil por factos ilícitos⁴⁸.

Em qualquer caso, uma responsabilização directa dos sócios perante os credores sociais – apesar de não pôr necessariamente em causa, como se expõe, a personalidade jurídica da sociedade, nem tampouco a sua autonomia patrimonial – não se apresenta como adequada, por ser juridicamente infundada e excessiva, pelo que tende a ser abandonada^{49/50}. De facto, e como já se assinalou em sede própria, a subcapitalização é um

⁴⁷ Mais precisamente, do dolo eventual. Cf. FLUME (1983), pp. 82 ss.; GRIGOLEIT (2006), p. 243. Então, na ordem jurídica alemã, estará em causa a aplicação, a estes casos de «subcapitalização qualificada», do § 826 BGB, que prevê a responsabilidade pelos danos causados dolosamente através de comportamentos ofensivos dos bons costumes. Também a doutrina e a jurisprudência espanholas parecem convergir neste ponto, concluindo que, então, apenas poderá estar em causa nos casos de subcapitalização material a responsabilidade daqueles sócios que possam exercer uma influência dominante na sociedade em apreço, e nunca a dos meros «sócios investidores». Cf. VICENT CHULIÁ (2006), pp. 486 ss. Recorde-se, contudo, que PAZ-ARES (1983), p. 1618, se afasta desta orientação, defendendo a responsabilidade de todos os sócios nos casos de subcapitalização material originária.

⁴⁸ De resto, entre nós, COUTINHO DE ABREU exclui aqui a responsabilidade dos sócios (responsabilidade supostamente decorrente da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade) perante aqueles credores «fortes» (de entre os voluntários ou contratuais) que «conheciam a situação de subcapitalização e /ou assumiram, com escopo especulativo, os riscos (quando podiam não contratar ou exigir garantias de um ou mais sócios)», por aplicação do disposto no artigo 570.º do Código Civil (culpa do lesado) – do que se infere que, para o Autor, a responsabilidade dos sócios nestes casos em que defende a desconsideração da personalidade jurídica é, afinal, responsabilidade civil. Cf. ABREU (2011), p. 40. Também TARSO DOMINGUES funda a responsabilidade que decorre da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade no instituto da responsabilidade aquiliana (em consequência do abuso do direito do sócio ou dos sócios em causa) – afirma o Autor que esta é «a melhor solução que pode fundar a aplicação do *Durchgriff*» –, sem questionar, sob prisma algum, a permanência da personalidade jurídica da sociedade em causa. Cf. DOMINGUES (2022), pp. 222 ss.

⁴⁹ Cf. a análise de RIBEIRO (2009-I), pp. 210 ss., com indicações bibliográficas.

⁵⁰ Esta tendência é confirmada pela análise da jurisprudência mais recente do *Bundesgerichtshof*, nomeadamente no seu acórdão *Gamma*, de 28 de Abril de 2008, onde foi expressamente rejeitada a possibilidade de os sócios de uma sociedade subcapitalizada serem responsabilizados através do recurso à *Haftungsdurchgriff*, por inexistência de lacuna que o justificasse. Contudo, o tribunal deixou expressamente em aberto a possibilidade de aplicação do § 826 BGB, desde que verificados os respectivos pressupostos note-se que se trata, aqui, de uma responsabilidade interna, dos sócios perante a sociedade.

fenómeno até certo ponto assumido e tolerado pelo legislador, sobretudo no âmbito do modelo da sociedade por quotas⁵¹. Um mecanismo que permitisse aos tribunais responsabilizar directamente os sócios sempre que, em concreto, considerassem uma determinada sociedade subcapitalizada poderia transformar-se num entorse ao princípio da responsabilidade limitada dos sócios em determinados tipos societários, relativamente aos quais o legislador pretendeu, precisamente, favorecer a realização de projectos empresariais arriscados⁵².

Acresce ao exposto que, uma vez que resulta do regime legal de determinados tipos societários que o legislador autoriza a transferência de parte significativa dos riscos da actividade empresarial para os credores da sociedade, não pode ser inequivocamente afirmada a existência de uma obrigação legal de capitalização adequada, o que põe em causa a possibilidade de identificação de um ilícito e de responsabilização dos sócios pela subcapitalização da sociedade⁵³.

Cabe neste contexto, ainda, considerar a evolução legislativa recente relativa ao papel dos sócios no nível de capitalização da sociedade comercial. É sintomática, a este propósito, a alteração mais recente do artigo 35.º do CSC, ou seja, do regime vigente no nosso ordenamento jurídico para as «perdas graves», a que o legislador se refere como «perda de metade do capital», que é a situação em que o património líquido da sociedade desce significativamente abaixo do valor do capital social, por razões que não dependem da vontade dos sócios⁵⁴. Do texto

⁵¹ Pode afirmar-se que o legislador permite a limitação da responsabilidade dos sócios na exploração da empresa e que esse é, até, um fenómeno «economicamente desejável», ainda quando seja transferida para os credores uma parte significativa dos riscos dessa exploração, enquanto aos sócios cabe a totalidade dos proveitos. Cf. VETTER (2005), p. 789.

⁵² Cf. BOLDÓ RODA (1998), p. 293.

⁵³ Entre nós, cf. VENTURA (1996-I), pp. 80 ss.; PINTO (2002), p. 128. No mesmo sentido, na doutrina de outros países, cf. a bibliografia indicada in RIBEIRO (2009-I), p. 213, nota 208.

⁵⁴ Na «descapitalização», foram colocados ao dispor da sociedade meios suficientes para o exercício da actividade que constitui o objecto social, mas, por razões de mercado e em virtude do funcionamento da empresa, o valor do património da sociedade desceu perigosamente abaixo do nível desses meios considerados suficientes. No fundo, a diferença reside no carácter dos factos que deram origem à falta de adequação dos meios necessários à exploração da empresa: se os sócios tomam decisões que podem determinar a necessidade de mais meios, como a alteração do objecto, fala-se de subcapitalização superveniente; se os sócios dotaram a sociedade de meios suficientes, mas a sociedade veio a perdê-los, fala-se de descapitalização. No primeiro caso, assiste-se a uma

do artigo 35.º do CSC resulta agora que a situação de «perdas graves» impõe aos membros do órgão de administração o dever de convocarem ou mandarem convocar uma assembleia geral de sócios⁵⁵, para que estes deliberem sobre medidas de nivelamento entre capital social e «capital próprio da sociedade» (património social). No entanto, a manutenção da situação de desconformidade entre estes dois valores já não é fundamento de dissolução da sociedade, por sentença proferida a requerimento de algum interessado ou automática; pelo que essa situação pode manter-se, se tal corresponder à vontade dos sócios expressa em assembleia geral, por tempo indeterminado^{56/57}. Acresce ao exposto, ainda, que também ao nível das alterações introduzidas ao regime da redução do capital social se assiste à atribuição, aos sócios, de uma crescente liberdade: resulta do actual regime da redução do capital social que os sócios podem livremente decidir⁵⁸ que já não lhes interessa manter a dimensão da empresa e recuperar parte do seu investimento na sociedade, ou seja, o reembolso do capital investido, embora essa operação represente uma potencial diminuição da garantia dos credores sociais, apesar dos mecanismos de tutela consagrados no artigo 96.º do CSC. Nestes termos, o legislador português reconhece aos sócios a liberdade de procederem a uma redução da própria dimensão do projecto empresarial em cuja exploração consiste a actividade do ente societário, permitindo-lhes, de certo modo, o «desinvestimento» pessoal e financeiro na sociedade comercial⁵⁹.

transferência voluntária, operada pelos sócios, do risco da exploração empresarial para terceiros. No segundo caso, a situação vai naturalmente ser prejudicial para os credores sociais, mas não é conscientemente causada pelos sócios, que vêem também os seus interesses ameaçados. Não cabe aqui a situação em que existem condutas da sociedade que provocam uma diminuição real do património social com a intenção de prejudicar os credores da sociedade (o que acontece se a sociedade destruir, danificar, inutilizar ou fizer desaparecer parte do seu património) e que acabam por ter como consequência a insolvência da mesma. Neste caso, está preenchido o tipo legal de crime de insolvência dolosa, punível nos termos do artigo 227.º do Código Penal (punição que se estende ao gerente de facto).

⁵⁵ Dever que, para COSTA (2006), p. 43, pode ser razoável estender aos administradores de facto.

⁵⁶ Cf. PINTO (2006), pp. 133 ss.

⁵⁷ Sobre esta evolução legislativa, cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 70 ss.

⁵⁸ Uma vez que o Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de Janeiro, veio eliminar a necessidade de intervenção do tribunal nas operações de redução do capital social, ficando estas dependentes de simples deliberação dos sócios.

⁵⁹ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 73 ss.

De tudo o que fica exposto retira-se que a tutela dos credores de sociedade subcapitalizada deve realizar-se não através da responsabilização dos sócios (a menos, evidentemente, que um sócio, apesar de não ser parte na relação contratual entre a sociedade e um credor, suscite neste uma confiança pessoal – contribuindo de modo significativo para criar neste a confiança de que a sociedade terá meios para satisfazer as obrigações que, para ela, decorram da conclusão do negócio em causa; nesse caso, e até porque o sócio pode ser visto como alguém directamente interessado, do ponto de vista económico, na celebração do negócio, ele poderá vir a responder perante esse credor por *culpa in contrahendo*⁶⁰), sobre os quais não recai afinal nenhum dever de capitalização adequada, mas através da responsabilização dos administradores e gerentes, de direito e de facto, particularmente no que toca à inobservância do dever de apresentação pontual da sociedade à insolvência; e, conseqüentemente, do rigoroso apuramento das consequências que podem advir da respectiva violação. Interessa, ainda, salientar que impende sobre os administradores de sociedade constituída com um capital social manifestamente insuficiente para a prossecução do seu objecto o dever de procurarem obter os meios de financiamento adequados e, caso isso não seja possível, o dever de informarem os sócios desse facto. Ainda no âmbito da concretização do dever de cuidado, atente-se no facto de os gerentes e administradores não deverem obediência a toda e qualquer instrução dos sócios de sociedade subcapitalizada no sentido de prosseguirem, sem os meios de financiamento necessários, a actividade da sociedade. De outro modo, estarão sujeitos à responsabilidade resultante da aplicação dos artigos 72.º e seguintes do CSC e/ou da qualificação da insolvência como culposa (nomeadamente, devido ao incumprimento do dever de apresentação à insolvência)⁶¹.

c) A «descapitalização» da sociedade

Também se tem defendido o recurso à desconsideração da personalidade jurídica para os casos de «descapitalização» da sociedade, ou seja, tipicamente, para aqueles casos em que bens, trabalhadores e oportunidades

⁶⁰ O tema será retomado *infra*, ponto 6.

⁶¹ Cf. o disposto nos artigos 18.º, 19.º, 186.º e 189.º do CIRE. Sobre o dever de apresentação à insolvência e as consequências da sua violação em sede de qualificação da insolvência, cf. SERRA (2021), pp. 61 ss., 108 ss., 174 ss., e 298 ss.; MARTINS (2022), pp. 113 ss., e 562 ss.

de negócio de uma determinada sociedade são «transferidos» para a esfera de um dos seus sócios ou para uma outra sociedade entretanto constituída por estes, em prejuízo da primeira – sobretudo, em prejuízo do seu património e, reflexamente, dos seus credores⁶². O facto de se pretender responsabilizar os sócios prende-se com a circunstância de este «desvio» se efectuar normalmente em seu favor, ou de outra sociedade entretanto constituída pelos mesmos sócios da sociedade «descapitalizada» (ou por pessoas especialmente relacionadas com estes, como os respectivos cônjuges).

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que, em regra, mais uma vez estará *prima facie* em causa neste tipo de situações a responsabilidade dos membros do órgão de administração da sociedade, não a dos seus sócios. A prática dos factos caracterizadores deste grupo de casos só pode ser levada a cabo pelo órgão de administração, quando muito em obediência a deliberação da assembleia geral. De todo o modo, como se expõe, o recurso à desconsideração da personalidade jurídica não é, em geral, necessário nem adequado para os casos de «descapitalização» da sociedade⁶³ – o que poderá justificar-se se, no caso, puder afirmar-se a existência de mistura de patrimónios⁶⁴. Apesar de, cada vez mais, se afirmar a existência de um dever de lealdade que impende sobre os sócios (também) de sociedades de capitais – dever que pode gerar para estes a obrigação de indemnizarem a sociedade (e não os seus credores) –, é consensual que à sociedade não é reconhecido nenhum direito à existência (ou melhor, à subsistência) e que o colectivo dos sócios é livre

⁶² Neste sentido, cf. ABREU (2010), pp. 57 ss.; COSTA (2010), pp. 55 ss.; DOMINGUES (2022), p. 226.

⁶³ De resto, à mesma conclusão se chegou já há mais de uma década na Alemanha, depois da institucionalização de um grupo de casos *Haftungsdurchgriff* denominado *Existenzvernichtungshaftung* [sobre o tema, cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 268 ss.]: com efeito, o comportamento dos sócios que, atentando contra a existência ou subsistência da sociedade, ponha em causa a satisfação dos credores sociais, gera – a menos que se trate, simultaneamente, de um caso de «mistura de patrimónios», nos termos que serão definidos *infra* – responsabilidade interna, ou seja, os sócios responderão perante a própria sociedade e não perante os credores reflexamente prejudicados; pelo que a *Existenzvernichtung* deixa de justificar o recurso à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade (na verdade, é hoje geralmente aceite na doutrina e na jurisprudência alemãs que apenas a «mistura de patrimónios» o pode justificar). Para mais desenvolvimentos, cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 289 ss.

⁶⁴ Nos termos que se definirão na alínea *d*) deste ponto 3.

de, em cada momento, se desinteressar da empresa societária (mesmo quando tem a intenção de reinvestir num projecto de características em tudo semelhantes). Contudo, neste caso, a sociedade deverá ser dissolvida e liquidada nos termos estabelecidos na lei – passando, eventualmente, por um processo de insolvência⁶⁵.

Então, afastada que está – em princípio – a possibilidade de fazer responder os patrimónios dos sócios pelas obrigações da sociedade, a resposta ao problema da tutela dos credores sociais deverá encontrar-se no regime legal vigente, tendo em conta as especificidades e os contornos do caso em análise (as soluções possíveis e adequadas passarão, nomeadamente, pela declaração de nulidade dos actos de transmissão dos activos, pela sua impugnação pauliana, pela responsabilização de gerentes ou administradores – de direito⁶⁶ e de facto – e de membros dos órgãos de fiscalização, pela responsabilização do sócio controlador da sociedade «descapitalizada», pela identificação de actos de concorrência desleal pela nova sociedade constituída e sua consequente responsabilização pelos prejuízos causados, pela qualificação da insolvência da sociedade «descapitalizada» como culposa)⁶⁷.

d) A mistura de patrimónios

O grupo de casos «mistura de patrimónios» merece uma abordagem distinta. Só existe «mistura de patrimónios» para o efeito de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade comercial se a autonomia patrimonial da sociedade – a separação entre o património da sociedade e o património de sócio ou sócios – não tiver sido respeitada⁶⁸; mas ainda

⁶⁵ Sobre o tema, cf., desenvolvidamente, RIBEIRO (2009-I), pp. 190 ss., notas 32 ss.; RIBEIRO (2011-IV), *passim*.

⁶⁶ Pois a responsabilidade de administradores de direito não afasta a responsabilidade de administradores de facto. Cf. RIBEIRO (2022), *passim*.

⁶⁷ O tema será retomado *infra*, pontos 5 e 6.

⁶⁸ Os exemplos de comportamentos dos sócios que a ilustram são inúmeros: um sócio imputa as suas despesas pessoais (nomeadamente, alimentação, vestuário, ou viagens) à sociedade, fazendo-as pagar através do património desta última; os trabalhadores da sociedade prestam serviços pessoais a um sócio (por exemplo, efectuem trabalhos de reparação ou construção civil na sua residência), continuando a ser pagos pela sociedade, como se tivessem estado sempre ao seu serviço; um sócio age de forma a tornar impossível a manutenção de uma contabilidade social organizada, servindo-se frequentemente do dinheiro e das contas bancárias da sociedade como se fossem seus, e vice-versa. Não pode deixar de salientar-se que da análise deste quadro de situações resulta que a

é de exigir que não seja possível identificar/individualizar os actos pelos quais não foi respeitada a separação entre esses patrimónios (por outras palavras, «opacidade» contabilística)⁶⁹. A este propósito, cabe reafirmar que o leque de actos normalmente identificáveis na «descapitalização» não constitui fundamento para que se possa equacionar a negação da personalidade jurídica da sociedade em cujo contexto são praticados. Mas por vezes, apesar de se poder afirmar a existência de actos que põem em causa a integridade do património societário, em benefício dos sócios, é impossível identificar cada um deles, deixando de ser possível determinar com clareza a composição do mesmo – e esta situação é normalmente acompanhada de «opacidade contabilística».

Aí, a par de outros meios (como a responsabilidade de gerentes e administradores), a desconsideração da personalidade jurídica será o meio apto para tutelar os interesses dos credores sociais – embora, no fundo, a personalidade jurídica da sociedade já estivesse previamente desconsiderada, por força da inexistência da respectiva autonomia patrimonial⁷⁰. Na verdade, a mistura de patrimónios, assim definida, constitui um típico grupo de casos neste contexto⁷¹, única situação na qual, em nosso entender, é de afirmar sem reservas a insubsistência da personalidade jurídica da sociedade⁷² para, conseqüentemente, fazer os sócios responder perante os credores sociais (de facto, uma vez posta em

mistura de patrimónios só existe se o sócio puder, de alguma forma, «controlar» a vida da sociedade e, sobretudo, os titulares do respectivo órgão de gestão (recorde-se que, frequentemente, o sócio em causa será, ele próprio, gerente único da sociedade; ou, até, seu gerente de facto) e de fiscalização (se existir, em concreto, órgão de fiscalização). Dadas as características deste tipo societário, a sociedade por quotas é frequentemente palco de situações de domínio, formal (quando se trate de sociedade unipessoal) ou material (quando a sociedade tenha mais do que um sócio, mas em condições que permitam a um deles o seu controlo total). O domínio ou controlo da sociedade, como já ficou exposto, não constitui, à partida, um problema e não merece, por isso, o repúdio da ordem jurídica. Mas é verdade que andam muitas vezes associados a esta circunstância comportamentos que põem em causa os interesses dos eventuais sócios minoritários e, no que respeita ao objecto do nosso trabalho, dos credores sociais.

⁶⁹ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 262 ss. De outro modo, para tutela dos credores sociais será adequado o recurso às normas que consagram o chamado princípio da «intangibilidade do capital social», com destaque para os artigos 30.º e seguintes do CSC.

⁷⁰ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 265 ss., e pp. 341 ss.

⁷¹ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 260 ss., notas 274 e 275, e a bibliografia aí indicada.

⁷² Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 260 ss.

causa a autonomia patrimonial de sociedade comercial, fica arredada a possibilidade de se afirmar a personalidade jurídica desse ente⁷³).

Mas a questão da tutela dos credores sociais é geradora, nestas situações específicas de «mistura de patrimónios», de algumas perplexidades. Desde logo, porque àqueles credores está, à partida, vedado o acesso a uma informação completa e fidedigna acerca da factualidade relevante, suficiente para que a situação em causa possa ser reconduzida a este «grupo de casos»: uma vez que faz parte do seu quadro caracterizador o facto de existir «opacidade contabilística», será praticamente impossível que a realidade patrimonial e empresarial da sociedade seja suficientemente conhecida de terceiros. Então, a questão da distribuição do ónus da prova assume um papel essencial, à qual o recurso ao disposto no artigo 344.º,

⁷³ A autonomia patrimonial encontra expressão em dois sentidos: ser o património da sociedade o único responsável pelo cumprimento das suas obrigações (os bens alheios a esse património não respondem pelas dívidas da sociedade) e ser esse património apenas responsável pelo cumprimento das obrigações da sociedade (os bens que integram esse património não respondem por dívidas de outras pessoas jurídicas, nomeadamente pelas dívidas dos sócios). Se este segundo aspecto é essencial para que possa afirmar-se a existência de autonomia patrimonial, o mesmo não acontece quanto ao primeiro: existem casos em que o património dos sócios (na sua totalidade ou em parte) é ou poderá ser responsável pelas obrigações do ente social (a ideia de personalidade jurídica não exige a forma mais perfeita da autonomia patrimonial, que traduziria o duplo fenómeno indicado: pressupõe apenas o último aspecto referido). Nestes casos, a autonomia será imperfeita, embora não inexistente [e o facto de outros patrimónios ou bens de outros patrimónios vierem a responder pelas obrigações da sociedade não põe em causa a ideia de personalidade jurídica. Cf. CORREIA (1968), pp. 62 ss.; XAVIER (1987), pp. 18 ss.; OLIVEIRA (1979), p. 261; GOUBEAUX (1984), pp. 209 ss.; GRIGOLEIT (2006), pp. 10 ss.]: a responsabilidade do sócio de responsabilidade ilimitada (nas sociedades em que podem existir, ou seja, sociedades em nome colectivo e sociedades em comandita) será – como se exporá em sede própria – sempre subsidiária. Quando um sócio pode responder solidariamente com a sociedade (poderá ser o caso da responsabilidade do quotista prevista no artigo 198.º, n.º 1, do CSC, que tanto pode revestir natureza subsidiária como solidária), essa responsabilidade será necessariamente limitada (note-se que esta última possibilidade foi prevista pelo legislador apenas para o caso da sociedade por quotas, o que demonstra, mais uma vez, a importância que pode revestir a concreta pessoa do sócio, neste tipo social, para os credores sociais). Concluindo, podemos afirmar com CORREIA (1982-1983), p. 43, que a ideia de personalidade jurídica apenas postula a insensibilidade do património social às obrigações contraídas por outro sujeito económico e jurídico no prosseguimento dos seus fins pessoais. E que «[s]e outros patrimónios vierem somar as suas forças às do acervo dos bens separados, não será isso uma razão por si decisiva para a negação da personalidade jurídica» [de resto, o mesmo acontece na fiança, sem que seja posta em causa a manutenção da personalidade jurídica do devedor. Idêntico argumento pode ser encontrado em GRIGOLEIT (2006), p. 11].

n.º 2, do Código Civil permite dar resposta adequada: deve deslocar-se para a esfera da parte «que tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado» o ónus de demonstrar que a autonomia patrimonial ainda existe. Por outras palavras: perante indícios seguros da existência de comportamentos de sócios que impliquem desrespeito pela separação de patrimónios e uma vez que os credores sociais não se encontram, em princípio, em condições de fazer a prova dos factos relevantes, deverá caber aos sócios a quem tais comportamentos são imputados, a fim de evitarem as consequências que eventualmente venham a ser estabelecidas para o caso de «mistura de patrimónios», fazer a prova de que os comportamentos que atentaram contra a separação patrimonial podem ser individualizados, e os respectivos no património social neutralizados através do recurso às soluções do direito civil e/ou societário positivo. Nos casos em que os sócios não fizerem ou não conseguirem fazer essa prova, pode afirmar-se a insubsistência da autonomia patrimonial da sociedade e a impossibilidade de determinação exacta daquele que seria o património social na ausência dos referidos comportamentos dos sócios. Em suma, pode afirmar-se a existência de uma situação de «mistura de patrimónios», para o efeito de fazer o património desses sócios responder pelas obrigações sociais.

Neste caso, já não subsistindo a personalidade jurídica – instituto cuja existência não prescinde da existência da autonomia patrimonial do ente personificado –, responderão as pessoas que constituem o substrato pessoal da sociedade, ou seja, os sócios. Cabe ainda, todavia, dar resposta à questão se saber se todos os sócios deverão ser chamados a responder, ou apenas aqueles a quem é imputável a «mistura de patrimónios» e, em qualquer caso, com que fundamento. Uma das vias possíveis – com a vantagem de poder conduzir apenas à responsabilização daqueles sócios cujos comportamentos deram origem à situação e daqueles que nisso consentiram – será, em nosso entender, o recurso à aplicação analógica do regime da sociedade comercial antes do registo⁷⁴.

⁷⁴ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 341 ss.

5. Os sócios das sociedades «de responsabilidade limitada» e os meios de tutela dos interesses dos credores sociais disponíveis no ordenamento jurídico português

Assim sendo, excluído que está o recurso à desconsideração da personalidade jurídica nos casos em análise⁷⁵, com excepção da situação de mistura de patrimónios, cabe analisar os meios de que o intérprete pode lançar mão para assegurar a tutela dos credores de sociedades que, pela actuação dos seus sócios ou dos membros do seu órgão de administração, se mostram incapazes de os satisfazer.

Em regra, os sócios das sociedades ditas «de responsabilidade limitada»⁷⁶ não responderão directamente perante os credores sociais, a menos que a tal se tenham obrigado nos termos do artigo 198.º do CSC (aplicável, exclusivamente, à sociedade por quotas⁷⁷). Mas respondem perante a sociedade pela realização da sua entrada (além disso, na sociedade por quotas, por todas as entradas convencionadas no contrato social), bem como – em certos casos – pelos danos que lhe tenham causado, nomeadamente na qualidade de sócios controladores⁷⁸; nestas hipóteses, os sócios poderão ser demandados pelos credores em via sub-rogatória (desde que preenchidos os pressupostos de que a lei o faz depender). Apesar de, cada vez mais, se afirmar a existência de um dever de lealdade que impende sobre os sócios (também) de sociedades de capitais⁷⁹ – dever que pode gerar para estes a obrigação de indemnizarem a sociedade (e não os seus credores) –, é consensual que à sociedade não é reconhecido nenhum direito à existência (ou melhor, à subsistência)⁸⁰ e

⁷⁵ Note-se que não fica, de modo algum, afastada a possível responsabilidade interna dos sócios. Por outras palavras: como ficou exposto *supra*, os sócios que, com o seu comportamento, tenham violado o dever de lealdade, podem ter de responder perante a sociedade. Cf. ABREU (2010), p. 59. Sobre o tema, cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 509 ss.

⁷⁶ Incluímos nesta classificação, essencialmente, as sociedades anónimas e as sociedades por quotas, por serem tipos societários onde nenhum sócio responde ilimitadamente pelas dívidas societárias. Preferimos esta designação à de sociedades de capitais, por neste último caso não existir consenso acerca da qualificação das sociedades por quotas. Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 331 ss.

⁷⁷ Sobre o sentido desta norma, cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 37 ss.

⁷⁸ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 624 ss.

⁷⁹ Para uma análise desenvolvida neste ponto, cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 543 ss.

⁸⁰ Não pode afirmar-se um «interesse na existência» da sociedade, entendido como um interesse da própria sociedade, enquanto ente, na sua existência/subsistência, essencialmente semelhante ao direito à vida reconhecido na esfera jurídica das pessoas

que o colectivo dos sócios é livre de, em cada momento, se desinteressar da empresa societária (mesmo quando tem a intenção de reinvestir num projecto de características em tudo semelhantes)⁸¹. Contudo, neste caso,

singulares. Este «direito à vida» não existe na esfera jurídica das pessoas colectivas em si mesmas; cabe aos sócios determinarem, aquando da celebração do contrato de sociedade ou, a qualquer altura, através de deliberação social – artigo 141.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), do CSC, para as sociedades comerciais, e artigo 1007.º, alíneas *a*) e *b*), do Código Civil, para as sociedades civis –, quando se extingue a pessoa jurídica por eles criada.

⁸¹ De facto, quando se pretende, nesta sede, responsabilizar o sócio pelo facto de este retirar «valores» da sociedade, pretende-se ainda abranger as situações em que o sócio priva a sociedade de valores que não fazem parte do património social tal como consta do balanço, como é o caso de oportunidades de negócio, mão-de-obra especializada, ou segredos de fabrico ou comercialização, para os utilizar em proveito próprio ou de terceiros; no fundo, sempre que o sócio se comporta como concorrente da sociedade. Em síntese, coloca-se a questão de saber se pode o sócio concorrer com a sociedade, por si ou através de outra sociedade que ele controla ou administra; e, consequentemente, a de apurar se os sócios podem «desinteressar-se» do projecto empresarial a prosseguir através da sociedade. Ora, à luz do ordenamento jurídico português, a obrigação de não concorrência dirige-se apenas ao sócio de sociedade por quotas que seja, simultaneamente, gerente ou administrador e pretenda obter o consentimento. Na verdade, uma vez que os artigos 254.º e 398.º, n.º 3, do CSC proibem os gerentes e os administradores de exercerem actividade concorrente com a da sociedade, o sócio não poderá concorrer com a sociedade quando seja, simultaneamente, seu gerente ou administrador; e, acrescentamos, deve ser equiparado ao gerente ou administrador de direito, também para este efeito, o gerente ou administrador de facto. Simplesmente, a actividade concorrente poderá ser exercida se os sócios consentirem [como explica VENTURA (1996-II), p. 60, «protegem-se interesses dos sócios, de que estes podem dispor»], embora seja certo que o sócio que seja simultaneamente gerente ou administrador está, nos termos do disposto nos artigos 251.º, n.º 1, alínea *e*) e 384.º, n.º 6, alínea *a*), impedido de votar em deliberação para o efeito [cf. VENTURA (1996-II), p. 60]. De resto, se o sócio da sociedade por quotas ou anónima não for gerente ou administrador de direito e não puder ser considerado gerente ou administrador de facto, não impende sobre ele qualquer dever de não concorrer com a sociedade [ao contrário do que acontece com o sócio de sociedade em nome colectivo, que, nos termos do disposto no artigo 180.º, está proibido de exercer, por conta própria ou alheia, actividade concorrente com a da sociedade, ainda que não exerça funções de gerência; também neste caso a proibição cessa se os outros sócios derem o seu consentimento, pelo que se entende que ela existe no interesse dos outros sócios; cf. VENTURA (1994), p. 247], pelo que a sua actuação deve ser analisada nos mesmos termos em que o seria o comportamento, no mercado, de um terceiro não sócio. Por outras palavras, a menos que os actos praticados violem as regras da concorrência, à luz das quais poderão ser apreciados, não deve o sócio ser responsabilizado pelos danos causados à sociedade pelo mero facto de ter exercido, directa ou indirectamente, actividade concorrente com a da sociedade, ou por se ter desinteressado do seu exercício no âmbito da sociedade em causa, nem pode entender-se que tal actuação constitui violação do dever de lealdade para com a sociedade.

a sociedade deverá ser dissolvida e liquidada nos termos estabelecidos na lei – passando, eventualmente, por um processo de insolvência.

Então, afastada que está – em princípio – a possibilidade de fazer responder os patrimónios dos sócios pelas obrigações da sociedade, a resposta ao problema da tutela dos credores sociais deverá encontrar-se no regime legal vigente, tendo em conta as especificidades e os contornos do caso em análise.

Desde logo, qualquer acto que não seja necessário ou conveniente para a prossecução do fim lucrativo viola o disposto no artigo 6.º do CSC e é nulo⁸², sendo os credores da sociedade pessoas interessadas, nos termos do artigo 605.º do Código Civil, para arguir essa nulidade. Depois, ainda, qualquer acto – seja oneroso ou gratuito – que ponha em causa a consistência do património social e o torne insuficiente para a satisfação dos credores da sociedade pode ser impugnado, nos termos do artigo 610.º do Código Civil⁸³. Ainda pode ter lugar a aplicação do

⁸² Se o negócio não respeitar o fim da sociedade, seja ela unipessoal ou pluripessoal e de qualquer tipo, será nulo por violação do artigo 6.º, n.º 1, do CSC, por força do artigo 294.º do Código Civil.

⁸³ Se os negócios foram gratuitos, nem sequer existem vantagens em recorrer a este instituto, afirmada que está a possibilidade de declaração de nulidade dos mesmos. Se os negócios foram onerosos e serviram o fim da sociedade, então a impugnação pauliana pode ser uma via de tutela eficiente dos interesses dos credores sociais, mas pressupõe a prova de que a sociedade transmitente e o terceiro adquirente agiram de má-fé, ou seja, como resulta do n.º 2 do artigo 612.º do CSC, com consciência do prejuízo que os actos causavam aos credores sociais. Será necessário, portanto, provar que a sociedade e o terceiro, que pode ser também uma sociedade comercial, agiram conscientes do prejuízo que o acto pudesse causar aos credores daquela; ora, tal poderá implicar a imputação à sociedade/terceiro da má fé de sócio(s) seu(s). Na verdade, o STJ já se pronunciou, assumidamente, pelo recurso ao mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica para efeitos de imputação à sociedade da má-fé dos sócios, no âmbito dos pressupostos da impugnação pauliana. No Acórdão do STJ de 21 de Janeiro de 2003 (AFONSO CORREIA), disponível *in* www.dgsi.pt, decidia-se, entre outras questões, da possibilidade de aplicação do instituto da impugnação pauliana a negócios celebrados entre um comerciante/devedor e uma sociedade da qual apenas ele e as suas duas filhas eram sócios (negócios pelos quais tinha sido transmitida a propriedade de determinados bens imóveis do primeiro), uma vez que, tratando-se de actos onerosos, o artigo 612.º do Código Civil exige a má-fé do devedor e do terceiro, entendendo-se aqui por má-fé a mera consciência do prejuízo que o acto causa ao credor. O Tribunal não duvidou da má-fé do devedor alienante e da sociedade adquirente, afirmando que os sócios desta se apresentaram «com a roupagem da sociedade» e vendo neste caso uma «[h]ipótese clássica de desconsideração da personalidade colectiva». Sobre os requisitos da impugnação pauliana, cf. RIBEIRO (2019-I), *passim*; RIBEIRO (2019-II), *passim*. Para

disposto nos artigos 31.º e seguintes do CSC se por algum meio os actos em causa corresponderam a uma distribuição ilícita de bens aos sócios (com particular destaque para o disposto no artigo 34.º, que obriga à restituição desses bens à sociedade, equiparando-se ao seu recebimento qualquer facto que tenha feito beneficiar ilicitamente o património desses sócios)⁸⁴. Se a sociedade foi entretanto declarada insolvente, podem ser resolvidos em benefício da massa todos os actos prejudiciais à mesma que, praticados dentro dos quatro anos anteriores à data do início do processo, tenham diminuído, frustrado, dificultado, posto em perigo ou retardado a satisfação dos seus credores, preenchidos que estejam os requisitos expostos no artigo 120.º do CIRE; todavia, para os actos referidos no artigo 121.º, a resolução é incondicional⁸⁵.

Uma vez que também está quase sempre em causa, sobretudo nos casos de «descapitalização», a «transferência» de vários dos elementos da empresa da sociedade devedora para uma outra sociedade e que o objectivo deste conjunto de operações é, frequentemente, que esta beneficie da reputação e da clientela da primeira, não é raro que se possa reconhecer a prática de actos de concorrência desleal, ou seja, de actos de concorrência contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica, tal como definidos pelo artigo 311.º do CPI – actos de entre os quais destacamos aqueles que são susceptíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços da sociedade devedora. Esta actuação, ilícita, gera (entre outras consequências) a obrigação de indemnizar por perdas e danos, nos termos gerais do Direito. E é um meio de tutela eficiente dos interesses dos

a análise de um caso em que se defendia o recurso à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, quando a tutela dos credores sociais estaria (também) assegurada pela impugnação pauliana de actos da mesma sociedade, cf. RIBEIRO (2009-II), pp. 45 ss.

⁸⁴ Sendo certo que os credores sociais podem, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, propor acção para restituição à sociedade das importâncias em causa, a restituição dos bens também pode ser pedida pela sociedade. Os interesses de terceiros estão, aqui, particularmente acautelados, também pelo facto de os sócios serem obrigados a restituir tudo o que indevidamente receberam ainda que estejam de boa-fé, desconhecendo a irregularidade. Cf. DOMINGUES (2004), pp. 139 ss. Só nos casos em que os bens tenham sido indevidamente recebidos a título de lucros ou reservas a obrigação de restituição está dependente da prova de que eles conheciam ou, tendo em conta as circunstâncias, não deviam ignorar a irregularidade da distribuição, nos termos do disposto no artigo 34.º, n.º 1, do CSC.

⁸⁵ Cf. RIBEIRO (2017-II), *passim*.

credores sociais, uma vez que eles podem, agindo em via sub-rogatória, pedir para a sociedade devedora a indemnização devida.

A tutela dos credores sociais é ainda assegurada pelo recurso às regras de responsabilização de gerentes e administradores. Estes serão responsáveis pelos danos causados pela prática dos actos cuja subsistência ou validade possa ser posta em causa através do recurso aos mecanismos que foram referidos, mas também por outros comportamentos bastante comuns no tipo de situações em análise, como o desvio de oportunidades de negócio para uma outra sociedade⁸⁶. Esta será uma responsabilidade interna, ou seja, perante a própria sociedade que administram, mas os credores sociais podem subrogar-se à sociedade no caso de inércia desta⁸⁷ – e deve ter-se presente que o facto de o acto ou omissão assentar em deliberação da assembleia geral de sócios apenas afasta esta responsabilidade se essa deliberação não for nula, o que será o caso se o seu conteúdo for contrário ao disposto no artigo 6.º do CSC. À responsabilidade dos titulares do órgão de administração acresce ainda a responsabilidade solidária de sócios que possam, nos termos do disposto nas diversas alíneas do artigo 83.º do CSC, ser considerados sócios controladores⁸⁸.

Mas os credores sociais têm ainda ao seu dispor uma acção directa contra gerentes e administradores quando estes tenham culposamente violado normas destinadas à protecção daqueles⁸⁹, sempre que, em consequência, o património social se tenha tornado insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos, nos termos do artigo 78.º, n.º 1, do CSC. Entre outros preceitos legais que podem ser aqui convocados, destaca-se o artigo 6.º do CSC.

Finalmente, ainda releva nesta sede a responsabilidade decorrente da qualificação da insolvência como culposa, passível de afectar administradores de direito e de facto, bem como revisores oficiais de contas

⁸⁶ Sobre a responsabilidade de gerentes e administradores pelo desvio de oportunidades de negócio societárias em benefício próprio ou de terceiros, cf. RIBEIRO (2011-III), *passim*.

⁸⁷ Não está, naturalmente, excluído o recurso à acção directa dos credores sociais prevista no artigo 78.º, n.º 1, do CSC se, por força do desvio da oportunidade de negócio, o património social deixou de conseguir satisfazer esses credores.

⁸⁸ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 624 ss.

⁸⁹ Normas de protecção que podem ter natureza legal ou estatutária. Sobre o tema, bem como sobre o sentido da expressão «norma de protecção», em geral e particularmente quando se trate de normas de protecção de credores sociais, cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 459 ss.; COSTA (2010), pp. 52 ss.

e contabilistas certificados – «nomeadamente», como expressamente se consagra no texto da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 189.º do CIRE⁹⁰.

6. A possível responsabilidade dos sócios por *culpa in contrahendo*

Finalmente, existem situações nas quais não está em causa a personalidade jurídica da sociedade e os sócios podem – e devem – ser directamente responsabilizados pelos danos causados aos credores sociais: é de afirmar a *culpa in contrahendo* de qualquer sócio cuja intervenção, no negócio entre a sociedade e os credores sociais, tenha fundamentamente constituído, para estes, «um autónomo factor de confiança, pela credibilidade e competência, que o próprio reivindica e o mercado lhe reconhece [...], de que retira proventos». Pois se os sócios tiverem participado nas negociações de contrato entre a sociedade e terceiro e, embora não sendo partes no contrato, tiverem podido «influenciar significativamente o processo negocial e o seu desfecho, com intervenção causal na produção de danos», pode entender-se, com a nossa doutrina, que eles estão incluídos no «círculo de responsabilidade» desenhado pelo artigo 227.º do Código Civil, especificamente por violação dos deveres de informação^{91/92}. Note-se que nesta posição estarão geralmente os gerentes e administradores das sociedades comerciais – até porque, por força do exercício das suas funções, participarão quase sempre nas negociações entre a sociedade que representam e os terceiros que com ela contratam; todavia, nada obsta a que também os sócios possam actuar nos referidos termos (importante é que se retenha que, caso um sócio participe sistematicamente em negociações da sociedade, em condições de as influenciar significativamente, deve ser ponderada a sua qualificação como gerente ou administrador de facto⁹³, para o efeito de o sujeitar, ainda, às regras de responsabilidade,

⁹⁰ Cf. RIBEIRO (2015), *passim*.

⁹¹ Cf. RIBEIRO, J. (2009), p. 759. Neste sentido, cf. já FRADA (2004), pp. 154 ss.

⁹² Também FRADA (2004), pp. 169 ss., depois de procurar na responsabilidade por *culpa in contrahendo* um fundamento para a responsabilização dos sócios de sociedade por quotas ou anónima nos casos em que esteja em causa a invocação da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, acaba por concluir, na p. 173, que esta «aceitação [...] da existência de normas jurídicas a imputar directamente aos sócios determinados prejuízos pela sua conduta torna em rigor perfeitamente dispensável o recurso à desconsideração enquanto noção técnica».

⁹³ Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 465 ss. Este fenómeno é particularmente visível nos casos em que a sociedade por quotas tenha carácter personalista, ou quando seja unipessoal. Cf. GRIGOLEIT (2006), p. 115.

perante a sociedade ou os próprios credores sociais, que o Código das Sociedades prevê nos artigos 72.º e seguintes)⁹⁴.

A existência dos referidos deveres de informação é de afirmar neste contexto, uma vez que existe, normalmente, assimetria informativa: os sócios e/ou membros do órgão de administração da sociedade têm fácil acesso a conteúdos relevantes para a celebração do contrato, conteúdos esses a que a outra parte não pode aceder, pelo menos com dispêndio razoável de esforço. E uma vez que a sua afirmação assenta neste desequilíbrio, cessam os deveres de informar onde começa o ónus de a outra parte diligenciar no sentido de obter a informação relevante⁹⁵.

O que acaba de se expor vale para o grupo de casos em análise, mas também para as situações em que a sociedade, através da actuação dos seus representantes ou com intervenção dos seus sócios, continua a estabelecer relações contratuais com terceiros depois de esgotado o prazo durante o qual deveria ter sido apresentada à insolvência, ou quando a sociedade se encontra em situação de manifesta subcapitalização material⁹⁶.

Contudo, ainda cabe aqui uma especificação: se, em qualquer destes contextos, os sócios e/ou os membros do órgão de administração da sociedade levaram terceiros a contratar com a mesma através do emprego de sugestão ou artifício – que não sejam usuais nem considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico –, com a intenção de induzir ou manter em erro esses terceiros, as declarações negociais destes podem ainda ser anuladas com base no facto de a sua vontade ter sido determinada por dolo – sendo certo que, por estarmos perante dolo de terceiro, se deve considerar que a sociedade tinha ou devia ter conhecimento dele, nos termos dos artigos 253.º e 254.º do Código Civil.

Ainda é possível considerar que o dolo é do próprio contraente e não de terceiro, ou seja, que existe dolo da sociedade, desde que se impute à sociedade o dolo do sócio – e aí (como, de resto, na anterior afirmação de imputação à sociedade do conhecimento do dolo do seu sócio) estaríamos eventualmente no âmbito do recurso à desconsideração da personalidade

⁹⁴ Cf. FRADA (2004), pp. 120 ss., e 169 ss.

⁹⁵ Cf. RIBEIRO, J. (2009), p. 752.

⁹⁶ Cf. RIBEIRO (2011-I), p. 74.

jurídica para efeitos de imputação (e não de responsabilidade)^{97/98}; Todavia, também neste tipo de casos uma significativa parte da doutrina nega a necessidade de recurso a tal solução, uma vez que ao mesmo resultado se chegaria através de uma interpretação finalista das normas em causa (estamos no âmbito das chamadas teses «negativistas» relativamente à desconsideração da personalidade jurídica, que – recordamos – têm encontrado expressão significativa na doutrina italiana, particularmente no âmbito daquelas construções que propõem a revisão do conceito de pessoa colectiva, no sentido de o entender como uma expressão linguística utilizada para resumir uma dada disciplina normativa⁹⁹).

Bibliografia

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Do Abuso de Direito. Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais Abusivas*, Almedina, Coimbra, 1983.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, «Diálogos com a Jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica», *Direito das Sociedades em Revista*, Março 2010, ano 2, vol. 3, pp. 49-64.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, «Subcapitalização de sociedade e desconsideração da personalidade jurídica», in *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal* (coord. Maria Miguel Carvalho/Paulo de Tarso Domingues), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 37-41.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial. Vol. II. Das Sociedades*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2021.

⁹⁷ Valem aqui, *mutatis mutandis*, as considerações que já tivemos oportunidade de tecer em sede de imputação à sociedade da má-fé de sócio, no âmbito da impugnação pauliana de negócio jurídico celebrado entre a sociedade e terceiro. Cf. RIBEIRO (2009-I), pp. 319 ss.; RIBEIRO (2009-II), pp. 54 ss.; RIBEIRO (2009-IV), pp. 17 ss.

⁹⁸ Em qualquer caso, é ainda pensável a possibilidade de anulação de negócio jurídico celebrado entre a sociedade e terceiro quando, no contexto em análise, não possa falar-se de dolo, mas tão-só de erro, nos termos dos artigos 251.º e 247.º do Código Civil. A lei sujeita a anulabilidade ao facto de o declaratório (neste caso, a sociedade) conhecer ou não dever ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro.

⁹⁹ Estas construções partem da proposta de revisão do conceito de pessoa colectiva de ASCARELLI, numa tentativa de ultrapassar a incerteza a que, necessariamente, conduz o recurso à desconsideração da personalidade jurídica. Sobre o tema, cf. RIBEIRO (2016), *passim*.

- ALTMEPPE, Holger, «Existenzvernichtungshaftung und Scheinauslandsgesellschaften», in *Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag*, Otto Schmidt, Colónia, 2005, pp. 3-24.
- ANTUNES, Ana Filipa Morais, «O abuso da personalidade jurídica colectiva no direito das sociedades comerciais. Breve contributo para a temática da responsabilidade civil», in *VV.AA., Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Comercial*. Volume IV. *Sociedades Comerciais*, Lisboa, 1993.
- BAINBRIDGE, Stephen M./HENDERSON, M. Todd, *Limited Liability. A Legal and Economic Analysis*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2016 .
- BLAUROCK, Uwe, «Mindestkapital und Haftung bei der GmbH», in *Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag*, De Gruyter Recht, Berlin, 2005, pp. 3-22.
- BOLDÓ RODA, Carmen, «La dottrina del levantamiento del velo della personalità giuridica nel diritto privato spagnolo», in *Contratto e Impresa*, I, 1998, pp. 256-313.
- CARVALHO, Maria Miguel, «O novo regime jurídico do capital social das sociedades por quotas», in *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal* (coord. Maria Miguel Carvalho/Paulo de Tarso Domingues), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 9-35.
- CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina, Coimbra, 2000.
- CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais* (reimpressão da edição de 1989), AAFDL, Lisboa, 1994.
- CORREIA, António Ferrer, *Lições de Direito Comercial*. Vol. II. *Sociedades Comerciais. Doutrina geral*, com a colaboração de Vasco Lobo Xavier, Manuel Henrique Mesquita, José Manuel Sampaio e António Agostinho Caeiro, ed. policopiada, Universidade de Coimbra, 1968.
- CORREIA, António Ferrer, «A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 115.º, pp. 1982-1983, n.ºs 3694-3705.
- CORREIA, Luís Brito, *Direito Comercial*. Vol. II. *Sociedades Comerciais*, AAFDL, Lisboa, 1989 .
- COSTA, Ricardo Alberto Santos, *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português. Contributo para o Estudo do seu Regime Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2002.
- COSTA, Ricardo Alberto Santos, «Responsabilidade civil societária dos administradores de facto», in J. M. Coutinho de Abreu/Ricardo Costa/M. Ângela Coelho Bento Soares/A. Soveral Martins/Alexandre Mota Pinto/Gabriela F. Dias, *Temas societários*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 23-43.
- COSTA, Ricardo, «Responsabilidade dos gerentes de sociedade por quotas perante credores e desconsideração da personalidade jurídica – Ac. do TRP de 29.11.2007, Proc. 0735578», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 32, Outubro/Dezembro 2010, pp. 45-70.
- CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019.
- DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do Capital Social. Noção, Princípios e Funções*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

- DOMINGUES, Paulo de Tarso, *O Financiamento Societário pelo Sócios (E o seu Reverso)*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022.
- 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.
- DUARTE, Rui Pinto, «Subcapitalização das sociedades no direito comercial», in *Fisco*, 1996, pp. 55-64.
- FIGUEIRA, Eliseu, «Desconsideração da personalidade jurídica das sociedades de capitais», in *Tribuna da Justiça*, n.ºs 4-5, 1990, pp. 76-88.
- FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. Tomo I. Parte 2. *Die juristische Person*, Springer Verlag, Berlim/Heidelberg/Nova Iorque/Tóquio, 1983.
- FRADA, Manuel António Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004.
- GOUBEAUX, Gilles, «Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens», in *Études Dédiées à René Roblot. Aspects du Droit Commercial Français*, LGDJ, Paris, 1984.
- GRIGOLEIT, Hans Christoph, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH*, C. H. Beck, Munique, 2006.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald/SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, 2.^a ed, Almedina, Coimbra, 2019.
- IMMENGA, Ulrich, *Die personalistische Kapitalgesellschaft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem GmbH-Recht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten*, Athenäum, Bad Homburg, 1970.
- MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 9.^a reimpressão, Almedina, Coimbra, 1996.
- MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Vol. I, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989.
- NIRK, Rudolf, «Zur rechtsfolgende der Durchgriffshaftung», *Festschrift für Walter Stimpel*, Walter de Gruyter, Berlim/Nova Iorque, 1985, pp. 443-462.
- OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1979.
- PAZ-ARES, Cándido, «Sobre la infracapitalización de las sociedades», in *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1587-1639.
- PINTO, Alexandre Mota, *Do Contrato de Suprimento. O Financiamento da Sociedade entre Capital Próprio e Capital Alheio*, Almedina, Coimbra, 2002.
- PINTO, Alexandre Mota, «O artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais na sua versão mais recente», in J. M. Coutinho de Abreu/Ricardo Costa/M. Ângela Coelho Bento Soares/A. Soveral Martins/Alexandre Mota Pinto/Gabriela F. Dias, *Temas Societários*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 107-151.

- PINTO, Alexandre Mota, «Capital social e tutela dos credores. Para acabar de vez com o capital social mínimo nas sociedades por quotas», in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*. Volume I. *Congresso Empresas e Sociedades*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 837-861.
- PORTALE, Giuseppe B., «Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata», in *Rivista delle Società*, 1991, n.º 1, pp. 3-124.
- REHBINDER, Eckard, *Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht*, Gehlen, Bad Homburg/Berlim/Zurique, 1969.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, «Responsabilidade pré-contratual. Breves anotações sobre a natureza e regime», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica n.º 96, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 745-767.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a «Desconsideração da Personalidade Jurídica»*, Almedina, Coimbra, 2009.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «Da pertinência do recurso à “desconsideração da personalidade jurídica” para tutela dos credores sociais – Ac. do TRL de 29.4.2009, Proc. 5499/04», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 27, Julho/Setembro 2009, pp. 35-56.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «O âmbito de aplicação do artigo 270.º-F, n.º 4, do CSC e a responsabilidade “ilimitada” do sócio único», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 1, volume 2, 2009, pp. 201-235.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «Contrato de franquia (*franchising*): o recurso à “desconsideração da personalidade jurídica” para tutela dos interesses do franquiador (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22 de junho de 2009)», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 27, 2009, pp. 1-19.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «O capital social das sociedades por quotas e o problema da subcapitalização material», in *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal* (coord. Maria Miguel Carvalho/Paulo de Tarso Domingues), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 43-84.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «Desconsideração da personalidade jurídica e “descapitalização” de sociedade», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Julho/Dezembro 2011, n.ºs 3-4, pp. 173-212.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias», in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 20, 2011, pp. 23-59.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «Desconsideração da personalidade jurídica e “descapitalização” de sociedade comercial», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Julho-Dezembro 2011, ano LII, n.ºs 3-4, pp. 173-212.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «Responsabilidade dos sócios pelo voto», *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 507-556.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «Responsabilidades nas relações de domínio», in *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 425-465.

- RIBEIRO, Maria de Fátima, «Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 7, volume 14, 2015, pp. 70-111.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «Notas sobre a natureza da personalidade jurídica das pessoas colectivas», in *Direito das Sociedades em Revista*, volume 16, 2016, pp. 77-104.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «O artigo 84.º e a sua função actual na tutela dos credores sociais», in *Congresso Comemorativo dos 30 anos do Código das Sociedades Comerciais* (coord. Paulo de Tarso Domingues), Almedina, Coimbra, 2017, pp. 83-105.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «Um confronto entre a resolução em benefício da massa insolvente e a impugnação pauliana», in *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 131-180.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «Artigo 610.º, Requisitos gerais», in *Comentário ao Código Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, pp. 693-700.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «Artigo 612.º, Requisito da má-fé», in *Comentário ao Código Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, pp. 704-712.
- RIBEIRO, Maria de Fátima «Responsabilidade dos administradores meramente nominais pelos actos praticados por administrador de facto», in *Revista de Direito Comercial*, 2022, disponível em <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/6230f49159c00a6e349a0d9a/1647375506447/2022-12+-+0519-0556+-+LA-PV.pdf>, pp. 519-556.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, «Direito das obrigações (parte resumida) – continuação», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 101, dezembro – 1960, pp. 13-161.
- SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de/ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019.
- VENTURA, Raúl, *Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1994.
- VENTURA, Raúl, *Sociedades por Quotas. Vol. II. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1996.
- VENTURA, Raúl, *Sociedades por Quotas. Vol. III. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1996.
- VETTER, Jochen, «Grundlinien der GmbH-Gesellschafterhaftung», in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2005, pp. 788-831.
- VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*, 19.ª ed., Tirant lo Blanch, Valência, 2006.
- VONNEMANN, Wolfgang, «Haftung von GmbH-Gesellschaftern wegen materieller Unterkapitalisierung», in *GmbH-Rundschau*, 1992, pp. 77-83.
- WIEDEMANN, Herbert, *Gesellschaftsrecht. Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts*. Tomo I. *Grundlagen*, C.H. Beck'sche, Munique, 1980.
- WIEDEMANN, Herbert/FREY, Kaspar, *Gesellschaftsrecht*, 6.ª ed., C.H. Beck, Munique, 2002.

WINKLER, Karl, «Die Haftung der Gesellschafter einer unterkapitalisierten GmbH», in *Der Betriebs-Berater*, 1969, pp. 1202-1207.

XAVIER, Vasco Lobo, *Sociedades Comerciais. Lições aos Alunos de Direito Comercial do 4.º Ano Jurídico*, ed. policopiada, Coimbra, 1987.

XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas* (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1998.

ZIMMER, Daniel, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1996.

A personalidade tributária passiva e a configuração do facto jurídico-tributário: algumas reflexões¹

MIGUEL CORREIA*

1. Introdução

Já há muito que a doutrina, nacional e estrangeira, concluiu que as especificidades mais notáveis do Direito Fiscal, no que respeita à delimitação do seu âmbito subjetivo de aplicação, se referem sobretudo ao domínio da personalidade tributária passiva². O seu aparente desalinhamento com o conceito de personalidade jurídica no direito privado e o polimorfismo da sua específica concretização nos diferentes tributos têm constituído uma fonte profícua de reflexão, tanto no âmbito do Direito Fiscal, como fora dele³. A Personalidade Tributária Passiva impõe-se como um tema incontornável na teorização e na aplicação do Direito Fiscal. Dedicaremos estas reflexões ao seu estudo.

* Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola de Lisboa, Católica Research Centre for the Future of Law, <https://orcid.org/0000-0001-7754-2789>

¹ O presente texto foi inspirado pela intervenção do autor na *Católica Talk* organizada pelo Católica Research Centre for the Future of Law, que teve lugar no dia 8 de março de 2022. Agradeço os valiosos comentários e sugestões que recebi do Professor Doutor Tomás Cantista Tavares e do Professor Doutor João Félix Nogueira. Eventuais erros ou omissões são, naturalmente, da exclusiva responsabilidade do autor.

² O tema da personalidade em direito fiscal é essencialmente reconduzível a três elementos (conhecidos na doutrina como pressupostos subjetivos genéricos da obrigação tributária): a soberania tributária, a personalidade tributária ativa e a personalidade tributária passiva. Embora o tema da soberania tributária e da personalidade tributária ativa sejam temas de indubitável relevo e interesse, é no campo da personalidade tributária passiva que as principais especialidades do direito fiscal se têm revelado ao longo da evolução da disciplina. Cfr., na doutrina nacional, em particular, MARTINEZ (1969), pp. 325 e ss. Na doutrina estrangeira, cfr., com especial relevo, LAVAGNA (1961); GIARDINA (1962); MICHELI (1977); GUTMANN (2015); CANÉ (2021).

³ Cfr. secção 5 *infra*.

Revisitar temas clássicos apresenta alguns riscos. Num tema alvo de décadas de estudo, poder-se-ia concluir que já tudo estaria definido e consensualizado. E que nada de novo haveria a aportar. Não nos parece ser o caso. Face à permanente evolução do Direito Fiscal, emergem novas questões que não são respondidas (ou não são respondidas satisfatoriamente) pelas diferentes teorias existentes. Note-se, ainda, que muitas destas são notoriamente parcelares, cingindo-se ao estudo do tópico no campo dos impostos, subalternizando-se a compreensão do fenómeno noutros tributos, que não deixam de suscitar problemas conceptualmente similares e intrinsecamente relacionados. Tentar-se-á, pois, num esforço de revisitação dos elementos centrais do tema, dar um ou outro passo que possa porventura contribuir, certamente de forma muito modesta, para uma teorização mais compreensiva neste domínio.

O argumento central que se escarpelizará nestas páginas é o de que a compreensão cabal do fenómeno da personalidade tributária passiva exige que recuemos à configuração do facto tributário. Apenas aí, a montante, na reflexão sobre a estrutura e os pressupostos do facto jurídico tributário, poderemos compreender as particularidades da personalidade tributária passiva no Direito Fiscal e a sua articulação com o conceito de personalidade jurídica no Direito Privado. Tentar-se-á demonstrar que a configuração do facto jurídico tributário determina a natureza da personalidade tributária passiva.

Interessa-nos, nestas reflexões, compreender a figura da personalidade tributária passiva em toda a sua extensão, não nos limitando, neste exercício, somente à sua análise no contexto dos impostos, mas abarcando também as figuras das taxas e das contribuições⁴. Assim o exige a necessidade de obtenção de um quadro teórico abrangente que se possa demonstrar válido em toda a disciplina tributária.

Para operar este exercício, impõe-se, primeiro, familiarizarmo-nos com a atual definição de personalidade tributária passiva proposta pela legislação portuguesa, estabelecendo, assim, o perímetro de partida para a nossa análise. Avançaremos, depois, para o exame do facto tributário, no que de interesse releva para este estudo. Em seguida, analisaremos em que medida a configuração do facto tributário molda a natureza da

⁴ A doutrina dedicada à personalidade tributária passiva tem tradicionalmente estudado esta figura tomando por consideração o pressuposto da capacidade contributiva, deixando largamente inexplorada a sua densificação quando o pressuposto é o princípio da equivalência. Cfr., por exemplo, MARTINEZ (1969); LAVAGNA (1961); GIARDINA (1962); MICHELI (1977); e CANÉ (2021).

personalidade tributária passiva, daí retirando as necessárias implicações. Operada esta análise, será, então, tempo de concluir, avaliando-se o enquadramento da figura da personalidade tributária passiva no quadro geral do ordenamento jurídico.

2. A definição de personalidade tributária passiva na legislação nacional

A personalidade tributária é definida pelo legislador nacional no artigo 15.º da Lei Geral Tributária (doravante LGT) como sendo a «susceptibilidade de ser sujeito de relações jurídicas tributárias»⁵. Já no que respeita à personalidade tributária passiva, esclarece a mesma lei, no seu artigo 18.º, n.º 3, que se considera «sujeito passivo a pessoa singular ou coletiva, o património ou a organização de facto ou de direito que, nos termos da lei, está vinculado ao cumprimento da prestação tributária, seja como contribuinte direto, substituto ou responsável».

Da definição legal ressaltam duas constatações primárias: a personalidade tributária passiva não coincide inteiramente com a figura da personalidade jurídica, e a categoria de sujeito passivo é polimorfa⁶.

O nosso ordenamento atribui personalidade tributária passiva a entes de facto, entes geralmente incapazes de assumir a posição de sujeito em relações de direito privado ou em relações de direito público que não de natureza tributária. Além das pessoas jurídicas, podem adquirir a categoria de sujeito passivo os entes desprovidos de personalidade jurídica, como um património ou uma organização de facto ou de direito, desde que vinculados ao cumprimento da prestação tributária⁷. Repare-se que, dentro deste universo abrangente de entes, a concretização da personalidade tributária passiva pode variar, e aliás tende a variar, de tributo para tributo. Um sujeito passivo do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) não reúne necessariamente as características necessárias para ser um sujeito passivo do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC)⁸.

⁵ Neste contexto, ser sujeito significará estar investido legalmente no direito de exigir, no caso do sujeito ativo, ou estar vinculado, no caso do sujeito passivo, ao cumprimento de deveres tributários. Cfr. ROCHA/SILVA (2019), pp. 66 e ss.

⁶ Cfr. ROCHA/SILVA (2019), pp. 76 e ss. (autores falam sugestivamente a este propósito de vários «desdobramentos e subdistinções» no conceito de sujeito passivo).

⁷ Cfr. secção 4 *infra* para aprofundamento deste tema com exemplos da legislação portuguesa.

⁸ Cfr. secção 4 *infra*.

O mesmo se poderá dizer, como veremos de forma mais aprofundada, para a maioria dos tributos.

O próprio conceito legal de sujeito passivo desdobra-se em várias categorias: a do Contribuinte Direto, geralmente entendido como aquele que se encontra vinculado ao pagamento de um tributo em virtude de preencher as normas de incidência; a do Substituto Tributário, ou seja, aquele que fica obrigado ao pagamento do tributo em vez do contribuinte⁹; e a do Responsável Tributário, em termos muito breves, aquele que fica obrigado ao pagamento do tributo além do contribuinte, quando este não seja capaz de o fazer¹⁰. Já ao repercutido tributário, uma categoria central na operação dos impostos indiretos como o IVA e os Impostos Especiais sobre o Consumo (IEC), é recusada a qualidade de sujeito passivo¹¹.

Vemos, assim, que o legislador nos propõe uma definição de sujeito passivo polimórfica, convocando terceiros, para lá do Contribuinte Direto, para o auxiliar nas tarefas de declaração, liquidação e cobrança dos impostos, potenciando, por razões a descortinar, a criação de relações tributárias trilaterais ou multilaterais¹².

Em conclusão, o conceito de personalidade tributária passiva na legislação portuguesa concretiza-se de diferentes formas, assumindo distintos formatos e funções. Cumpre-nos agora tentar compreender porquê.

3. A estrutura do facto tributário e a natureza da relação jurídico-tributária

O facto tributário é o facto constitutivo de toda e qualquer relação jurídico-tributária, assumindo, por decorrência, uma natural prioridade lógica na análise tributária¹³. Nele assenta a constituição de todas as

⁹ Pense-se, nomeadamente, no caso do mecanismo da retenção na fonte. Cfr. art. 20.º, n.º 2, da LGT e, por exemplo, art. 99.º do Código do IRS.

¹⁰ Atente-se que o conceito de sujeito passivo do art. 18.º da LGT é construído em função da obrigação tributária principal, a de pagar um tributo, e não das obrigações acessórias. VASQUES (2018), p. 388.

¹¹ Sem prejuízo de lhe serem concedidos alguns direitos, como o direito de reclamação, recurso, etc. Cfr. art. 18.º, n.º 4, al. a), da LGT. Não será também sujeito passivo uma pessoa ou ente a quem a lei tributária imponha somente o dever de prestar informações sobre assuntos tributários de terceiros, exhibir documentos, ou desempenhar outras atribuições menores. Cfr. art. 18.º, n.º 4, al. b), da LGT.

¹² Cfr. ROCHA/SILVA (2019), pp. 79 e ss.

¹³ Cfr. art. 36.º, n.º 1, da LGT («A relação jurídica tributária constitui-se com o facto tributário»).

relações jurídico-tributárias, incluindo a principal relação do tributo e as diversas, e por vezes complexas, relações acessórias ou instrumentais dessa relação principal. Somente analisando a natureza do facto jurídico tributário é possível distinguir os diferentes tipos de tributos entre si e distinguir os tributos de outras obrigações legais.

Não sendo nosso propósito operar uma concetualização integral do facto tributário no direito fiscal, exercício que em muito ultrapassa o propósito limitado destas reflexões, interessa-nos avaliar a sua estrutura centrar-nos elementos que relevam para o objeto deste estudo

O facto tributário é um facto complexo, integrado por múltiplos elementos. Propomos abordá-lo começando pelo pressuposto legal, pelo seu fundamento último¹⁴. Logo aí, descortinaremos os elementos necessários para operar uma distinção entre os diferentes tributos¹⁵, identificando um primeiro momento de relevo na configuração do facto tributário com impacto no desenho da personalidade tributária passiva. Compreendido o seu fundamento e as suas implicações, dedicar-nos-emos, então, ao exame da restante estrutura do facto tributário, no que de interesse existe para o estudo da figura da personalidade.

a. O pressuposto legal dos tributos

O pressuposto legal do tributo, ou seja, a capacidade contributiva, para os impostos, e a equivalência, na sua vertente custo ou benefício, para as taxas e contribuições, é o fundamento primário do facto tributário¹⁶.

¹⁴ O conceito de facto tributário tem um significado muito abrangente na doutrina, com interpretações nem sempre coincidentes. Para efeitos deste estudo, utilizaremos a expressão «Pressuposto Legal» para nos referirmos especificamente ao fundamento último do facto tributário (ou seja, a capacidade contributiva ou a equivalência, de custo ou benefício), distinguindo-o assim do facto jurídico propriamente dito, enquanto facto complexo que integra os diferentes elementos que possibilitam a determinação do momento de incidência e do *quantum* do tributo.

¹⁵ Retomando a definição clássica de Alberto Xavier, «[t]ributo é a prestação patrimonial estabelecida por lei a favor de uma entidade que tem a seu cargo exercício de funções públicas com o fim imediato de obter meios destinados ao seu financiamento». XAVIER (1981), p. 35. Cfr., também, art. 3.º da LGT.

¹⁶ Conforme teremos oportunidade de esclarecer mais aprofundadamente neste estudo, aderimos à posição de Sérgio Vasques, que limita a caracterização como imposto aos tributos que possuam como pressuposto legal a capacidade contributiva, remetendo todos os restantes tributos, assentes no princípio da equivalência, para as figuras das taxas e das contribuições. VASQUES (2008). Cfr., no entanto, a este propósito o art. 4.º, n.º 1, da LGT,

A estruturação, de um ponto de vista lógico, das normas tributárias impõe que se fixe, primeiro, o pressuposto. Só depois se podem definir os restantes elementos do facto tributário e estabelecer a relação entre facto e sujeito. O pressuposto do tributo é a pedra angular da construção do sistema normativo tributário. Assuma ele a forma concreta de um património, um rendimento, um consumo ou outra manifestação de riqueza ou de utilidade específica, ou a compensação de um benefício auferido do Estado ou de um custo causado à sociedade. É do pressuposto que temos de partir para, num momento lógica e cronologicamente posterior, chegar ao respetivo sujeito. Recorrendo às incisivas palavras de Lavagna, «os sujeitos passivos representam mais um ponto de chegada do que um ponto de partida»¹⁷. O pressuposto representa, pois, o elemento primitivo da individualização do sujeito passivo.

Conforme notámos, há fundamentalmente dois pressupostos legais para os tributos. A capacidade contributiva e a equivalência. Olhemos para ambos mais de perto, para em seguida deduzirmos implicações para o tema da personalidade.

(i) *Capacidade contributiva*

A capacidade contributiva revela-se através da obtenção de um rendimento, pela titularidade ou aquisição de bens de natureza patrimonial, e pela aquisição onerosa de bens e serviços (rendimento, património e consumo)¹⁸. A seleção da capacidade contributiva enquanto pressuposto legal de tributação justifica-se, na essência, pela procura de um critério

onde, ao indicar que os «impostos assentam essencialmente na capacidade contributiva», e não exclusivamente, poderá não estar integralmente alinhado com esta posição. O termo *essencialmente* possui alcance suficiente para permitir o enquadramento na categoria de imposto de figuras menos lineares, como os Impostos Especiais sobre o Consumo, onde o legislador recorre a critérios que não a capacidade contributiva, nomeadamente a equivalência do custo, como fundamento do tributo. Aderindo à posição de Vasques, que nos parece mais arrumada, preferimos, no entanto, categorizar este tipo de tributos na figura das modernas contribuições, como detalharemos em maior pormenor neste estudo.

¹⁷ Cfr. LAVAGNA (1961), pp. 8-10. Conforme nota Lavagna, a prioridade do pressuposto sobre o sujeito, conduz a que na análise tributária tenhamos de individualizar o segundo com base no primeiro, e não o inverso. LAVAGNA (1961), p. 17. No mesmo sentido, abertamente aderindo também à posição de Lavagna, cfr. MICHELI (1977), p. 432.

¹⁸ Cfr., a este propósito, art. 4.º, n.º 1, da LGT («Os impostos assentam essencialmente na capacidade contributiva, revelada, nos termos da lei, através do rendimento ou da sua utilização e do património.»).

de justiça material onde assentar os tributos que têm como propósito financiar prestações do Estado sem um beneficiário individualizado¹⁹.

A particular natureza da capacidade contributiva tem duas implicações.

Primeiro, a capacidade contributiva enquanto pressuposto legal é sobretudo adequada para alicerçar os tributos unilaterais, ou seja, os impostos²⁰. Atenta a dificuldades de individualizar o beneficiário específico de muitas das prestações do Estado, o seu financiamento opera-se, de forma mais eficiente e justa²¹, definindo que todos os sujeitos com uma conexão efetiva a esse Estado²² deverão financiá-lo na medida da sua capacidade económica²³. A capacidade contributiva enquanto pressuposto legal *tende* pois a ser sinónimo de unilateralidade do tributo²⁴.

¹⁹ Atenta a sua justeza enquanto critério para repartir custos com benefícios não atribuíveis a sujeitos específicos, não será de estranhar que constitua um critério tradicionalmente escolhido pelos legisladores constitucionais para fundar os sistemas de impostos.

²⁰ Embora a capacidade contributiva seja o pressuposto por excelência dos impostos, é concetualmente possível desenhar outros tributos, nomeadamente taxas, que embora assentes no pressuposto da equivalência, tomem em consideração a capacidade contributiva na definição do seu montante. A doutrina não é, no entanto, uniforme relativamente à bondade de introduzir elementos de capacidade contributiva em tributos de carácter comutativo. Esta posição conhece algumas exceções. Uma parte da doutrina vem defendendo que a capacidade contributiva pode ser também um elemento determinante do valor da taxa, funcionando como critério de desagravamento. Cfr. a este propósito, em particular, SILVA (2013), pp. 124-125. Mesmo nestes casos, no entanto, resulta evidente que a capacidade contributiva não constituiria fundamento da tributação, mas um simples auxiliar na definição da sua medida, ou seja, do específico valor do tributo a pagar.

²¹ Este não é o lugar para aprofundarmos as bases filosóficas e económicas do princípio da capacidade contributiva. Cfr., por todos, FALSITTA (2020), pp. 153 e ss; e NABAIS (1998).

²² A específica configuração do elemento de conexão, poderá depois variar de imposto para imposto, como e geralmente o caso, atenta a natureza destes. Cfr, por exemplo, art. 6.º do Código do IVA; art. 16.º do Código do IRS; e art. 1.º do Código do IMI.

²³ Cfr. a este propósito, XAVIER (1981), pp. 42-44 («O imposto não gera para o credor qualquer dever específico de efetuar uma contraprestação. O exercício das funções públicas é um dever funcional dos entes a que respeitam e que não pode deixar de ser individualmente cumprido com fundamento na falta de prestação de um imposto por um sujeito determinado.»).

²⁴ Conforme sublinha Vasques, numa perspetiva que partilhamos, para que um tributo se diga unilateral não bastará olhar somente ao seu pressuposto. É também necessário tomar em consideração a sua finalidade. Como nota o autor, «enquanto um tributo seja exigido por ocasião de uma prestação administrativa não se lhe deve rejeitar a qualidade de imposto. Só se lhe deve rejeitar essa qualidade quando a prestação administrativa constitua a sua razão de ser e esse tributo vise a respectiva compensação». Cfr. VASQUES (2008), pp. 136-137.

Segundo, a concreta determinação da capacidade contributiva, enquanto pressuposto de um tributo, exige a convocação de critérios económicos²⁵. Qual a medida do rendimento, qual o valor do património, qual o montante da despesa efetuada, e qual a definição concreta de cada um destes indicadores de capacidade contributiva, são juízos necessariamente assentes na ciência económica, embora subsequentemente densificados com conceitos jurídicos para viabilizar a sua inclusão enquanto conceitos operativos no direito tributário²⁶.

No caso dos impostos diretos, a capacidade contributiva, além de fundamento da tributação, tende também a ser a medida da tributação, indicando o *quantum* do imposto a pagar²⁷. No caso dos impostos indiretos, a capacidade contributiva será fundamento, mas não necessariamente medida (o *quantum*) da tributação²⁸. Nestes últimos, a personalização do tributo mostra-se naturalmente mais difícil, na medida em que o detentor da capacidade contributiva é o repercutido, um ente adquirente que geralmente permanece indiferenciado atenta a lógica de funcionamento deste tipo de impostos. Trata-se de impostos de massas, onde se evita ter de conhecer, na fase final da venda a retalho, a natureza do adquirente. Pensemos, em particular, no exemplo do IVA. Como assegurar que o lojista conheça a capacidade contributiva do adquirente²⁹? É de frisar

²⁵ Cfr. XAVIER (1981), p. 26.

²⁶ De um ponto de vista tributário, não bastará, por exemplo, identificar que existe um património e qual o seu valor. É também necessário determinar quem é o seu proprietário, uma avaliação de carácter jurídico. O mesmo se diga quanto ao rendimento. Já relativamente à despesa, a questão não é tão linear. Cfr. discussão *infra*.

²⁷ Cfr. VASQUES (2008). A progressividade das taxas de imposto, e outros elementos de personalização (deduções à coleta, mínimo de existência, etc.) aplicáveis no IRS contribuem para uma implementação mais cabal do princípio da capacidade contributiva. Vários outros impostos possuem também elementos de personalização, como por exemplo, o IMI, ou o próprio IRC. Cfr. discussão *infra*.

²⁸ Cfr. VASQUES (2008).

²⁹ Não obstante, há sempre uma margem de configuração destes tributos para, de forma mais genérica, os aproximar à capacidade contributiva presumida dos cidadãos. A criação de benefícios para determinados tipos de bens ou serviços, que se presumem mais essenciais para os que possuem uma capacidade contributiva inferior, possibilita uma aproximação, ainda que imperfeita, à capacidade contributiva na definição da medida do tributo. Nestes casos, de um ponto de vista técnico, a adaptação do tributo será feita através de taxas reduzidas para certos bens ou serviços, ou através do mecanismo das isenções. Cfr. VASQUES (2008). É de sublinhar que hoje, num país como Portugal, atentos os atuais desenvolvimentos tecnológicos (tanto do lado dos agentes económicos como da AT), não se pode classificar como impossível a personalização dos impostos

desde já, como se analisará de forma mais aprofundada nas secções subsequentes deste estudo, que no caso dos impostos indiretos, sendo o IVA um exemplo paradigmático, embora o repercutido seja o possuidor da capacidade contributiva, não é parte da relação jurídico-tributária, não sendo considerado pela lei fiscal sujeito passivo da obrigação tributária³⁰.

(ii) Equivalência

Nos tributos assentes no princípio da equivalência³¹, o carácter sinalagmático, ou quasi-sinalagmático, da prestação assume-se como um pilar da configuração do tributo. Neste tipo de tributos de carácter comutativo ou paracomutativo assiste-se a uma equivalência, que pode ser mais próxima ou distante, entre prestação e contraprestação. Esta equivalência traduz-se num pagamento ao Estado como compensação pelos benefícios auferidos por um contribuinte ou grupo homogéneo de contribuintes, ou ainda pela cobertura dos custos que um contribuinte ou um grupo homogéneo de contribuintes impõem ao resto da sociedade³². Conforme nota Vasques, «o sentido essencial do princípio da equivalência está na exigência de que os tributos públicos se adequem ao custo que o sujeito passivo gera à administração ou ao benefício que a administração lhe proporciona»³³.

Este requisito de bilateralidade é distinto nas taxas e nas contribuições. No caso das taxas, estamos em presença de verdadeiras relações sinalagmáticas, com um nexo direto entre prestação do Estado e contraprestação

indiretos. A construção de um sistema nestes moldes requereria, no entanto, a evolução adicional de algumas soluções tecnológicas, bem como o desenvolvimento de métodos complementares para assegurar a proteção de dados pessoais e o direito, constitucionalmente consagrado, à intimidade da vida privada (cfr. art. 26.º CRP). Este é um tema que confiaremos a futuras reflexões.

³⁰ Neste sentido, cfr. art. 18.º n.º 4, al. a) («Não é sujeito passivo quem suporte o encargo do imposto por repercussão legal...»). Embora não lhe sendo reconhecida a capacidade de sujeito passivo, são-lhe reconhecidos alguns direitos. Cfr. art. 18.º, n.º 4, al. a). A aceitação desta abordagem à definição da natureza tributária do repercutido não é isenta de controvérsia. Cfr., em particular, para um competente apanhado da discussão doutrinal, ANTUNES (2008).

³¹ A equivalência assume aqui a natureza de princípio, enquanto critério de igualdade tributária. Cfr. VASQUES (2008).

³² Nesta vertente da equivalência, falamos da compensação do custo específico ocasionado à comunidade pelo facto tributário. Cfr. SILVA (2013), pp. 105 e ss.; VASQUES (2008), p. 435.

³³ Cfr. VASQUES (2008), p. 338.

do sujeito passivo³⁴. Assim não sucede nas contribuições³⁵. Nestas últimas, também apelidadas de tributos paracomutativos, não existe uma contrapartida individual e concreta, mas antes a responsabilidade de um grupo homogéneo em financiar uma certa prestação de que é globalmente beneficiário, ou em compensar a sociedade por um custo pelo qual é responsável³⁶.

³⁴ Conforme se pode constatar no art. 4.º, n.º 2, da LGT, «as taxas assentam na prestação concreta de um serviço público, na utilização de um bem do domínio público ou na remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares».

³⁵ Importa aqui precisar que, aderindo à concetualização proposta por Sérgio Vasques, por «Contribuições» referimo-nos a uma terceira categoria de tributos públicos assentes no princípio da equivalência. Trata-se de uma categoria autónoma caracterizada pelo caráter paracomutativo dos tributos. Acompanhando Vasques, falamos aqui de «contribuições que se dirigem à compensação de prestações que são presumivelmente provocadas ou aproveitadas pelo sujeito passivo, assentando em factos que só com segurança relativa permitem concluir pela respectiva provocação ou aproveitamento». Cfr. VASQUES (2008), pp. 172-175. Aqui se incluem as contribuições financeiras, contribuições parafiscais, e contribuições extrafiscais, que sumariamente se descrevem *infra*. De forma doutrinamente mais controversa, mas também aqui aderindo à posição de Vasques, que consideramos concetualmente mais arrumada, incluímos nesta categoria de tributos os IEC. Concordamos, com efeito, que os IEC modernos estão claramente mais associados à compensação de custos de natureza ambiental e de saúde pública, perdendo a unilateralidade característica dos impostos e ganhando progressivamente os contornos típicos das contribuições. Cfr. VASQUES (2008), pp. 179-214. Recordamos que os IEC encontram a sua legitimação comum no princípio equivalência. Cfr., em particular, art. 2.º do Código dos IEC, «Os impostos especiais de consumo obedecem ao princípio da equivalência, procurando onerar os contribuintes na medida dos custos que estes provocam nos domínios do ambiente e da saúde pública, em concretização de uma regra geral de igualdade tributária». Embora a capacidade esteja implícita neste tipo de tributo (quem compra tabaco, álcool, ou gasolina, necessita de capacidade contributiva para o fazer), nestes casos, no entanto, a capacidade contributiva não é nem o fundamento nem a medida do imposto. Nesta terceira categoria de tributos não incluímos as «Contribuições Especiais». As contribuições especiais, no entanto, têm por base manifestações de capacidade contributiva de determinados grupos resultantes do exercício de uma atividade administrativa pública. São tradicionalmente consideradas, e tratadas para todos os efeitos, como impostos, pela doutrina e pela lei. Cfr. art. 4.º, n.º 3, da LGT («As contribuições especiais... são consideradas impostos»). Já para a distinção entre contribuições e impostos especiais e impostos consignados, figuras situadas junto à linha divisória entre os tributos paracomutativos e os tributos unilaterais, cfr. VASQUES (2008), pp. 176 e ss.

³⁶ Recorrendo à excelente sistematização proposta por Suzana Tavares Silva, as contribuições podem-se concetualmente agrupar em três tipos fundamentais: contribuições financeiras, contribuições parafiscais, e contribuições extrafiscais. De forma muito sumária, as contribuições financeiras são instrumentos de financiamento de novos serviços

Em suma, onde existe uma relação sinalagmática³⁷ e uma finalidade compensatória, encontraremos a figura das taxas³⁸. Com igual finalidade, mas numa relação quasi-sinalagmática, as contribuições³⁹. Para os restantes tributos em que não exista sinalagma, a configuração do tributo será operada com base na capacidade contributiva⁴⁰.

Estes diferentes fundamentos impõem abordagens distintas à quantificação do tributo⁴¹, e, com particular relevo para este estudo, possuem

de interesse geral que ocasionam um benefício concreto imputável a alguns destinatários diferenciados. As contribuições parafiscais são um instrumento de financiamento de novas entidades administrativas cuja atividade beneficia um grupo homogêneo de destinatários, por exemplo, taxas para o financiamento das entidades reguladoras. As contribuições parafiscais surgem como instrumento de orientação de comportamentos. Possuem finalidades extrafiscais, obrigando o grupo em questão a suportar o custo externo (externalidades negativas) dos seus comportamentos. Cfr. SILVA (2013), pp. 87-88.

³⁷ Conforme ensina Alberto Xavier, neste contexto, para o conceito de sinalagma releva fundamentalmente a equivalência jurídica. Do ponto de vista económico, só acidentalmente se verificará uma equivalência rigorosa entre prestação e contraprestação, entre o quantitativo do tributo e o custo da atividade pública ou o benefício auferido pelo sujeito passivo, custos e benefícios, aliás, «muitas vezes indetermináveis por não existir um mercado que os permita exprimir objetivamente». XAVIER (1981), pp. 42-44.

³⁸ Como sublinha Sérgio Vasques, os tributos definem-se não só pelo seu pressuposto, mas também pela sua finalidade. Neste sentido, tanto as contribuições como as taxas possuem uma finalidade compensatória que as distingue do imposto. Cfr. VASQUES (2008), pp. 176 e ss.

³⁹ De um ponto de vista jurídico, a autonomização destas contribuições numa terceira categoria tributária autónoma dos impostos e das taxas, e também das contribuições especiais, radica no facto de o art. 165.º, n.º 1, da Constituição referir expressamente as «demais contribuições a favor de entidades públicas». Não obstante, até a aprovação pela Assembleia da República de um regime geral para as demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas, que se aguarda há muito, aderimos à posição, consensual na doutrina portuguesa, que considera que, neste interregno, estas se encontram sujeitas aos requisitos constitucionais aplicáveis aos impostos. Cfr. SILVA (2013), p. 83; VASQUES (2008); FERNANDES (2020).

⁴⁰ Recordamos que poder-se-á, também, falar de uma quarta categoria de tributos, os tributos parafiscais, como as contribuições para a segurança social. Estão em causa tributos da titularidade de entidades públicas menores devidos por grupos restritos de contribuintes em contrapartida de uma atividade que de algum modo lhes respeita. A doutrina tende a rejeitar a autonomia dos tributos parafiscais, reconduzindo-os geralmente à categoria do imposto. Cfr. VASQUES (2008), p. 121. Cfr., também, COSTA (1972) (enquadra tributos parafiscais dentro dos impostos apelidando-os de impostos parafiscais).

⁴¹ Nos impostos, a medida da sua exigibilidade resulta do princípio da capacidade contributiva, conforme acima notado. Por outro lado, tratando-se de um tributo que é devido em troca de uma contraprestação específica geradora de um benefício individualizável ou enquanto compensação das externalidades negativas da atividade do sujeito, o pagamento

implicações diferenciadas no que respeita à definição das características dos respetivos sujeitos passivos.

(iii) Implicações do pressuposto legal para a figura da personalidade

Todos os tributos possuem (pelo menos) um sujeito passivo. O pressuposto legal permitirá identificar os sujeitos que, em primeira linha, se encontrarão adstritos ao cumprimento da obrigação tributária principal, bem como as principais características jurídicas que estes deverão possuir. Aqui se lançam, em suma, as traves-mestras da configuração da personalidade tributária passiva.

Quando a capacidade contributiva é o pressuposto legal do tributo, regra geral, será em primeiro termo obrigado ao pagamento o sujeito que se encontre numa relação tal com o facto tributário que a ele se possa atribuir, de forma principal, a capacidade contributiva⁴². Esta regra, que possui uma validade absoluta no caso dos impostos diretos, não vale, no entanto, para os impostos indiretos, que operam com base no mecanismo da repercussão, como o IVA. Nestes, como vimos e aprofundaremos, a pessoa ou ente que exhibe indicadores de capacidade contributiva não é sequer membro da relação jurídica tributária. Já em relação às taxas e às contribuições, será obrigado ao pagamento, em primeiro termo, aquele que goza do serviço administrativo, no caso da taxa, ou da vantagem especial ou responsabilidade pelo dano social, no caso da contribuição.

A configuração da personalidade tributária passiva tenderá a variar consoante o pressuposto específico do tributo, e em função da natureza sinalagmática do mesmo. Nos tributos de carácter sinalagmático, nomeadamente as taxas, a personalidade tributária passiva assenta primacialmente na capacidade do ente para poder usufruir de uma específica contraprestação do Estado que justifique o pagamento da taxa. Necessitará, naturalmente, de capacidade económica para proceder ao seu pagamento. Mas essa não é a causa primeira que importa à definição de sujeito passivo.

Vejam, por exemplo, a definição de sujeito passivo no artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 53-E/2006, de 29 de dezembro, relativa ao Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais (LRGTAL): «O sujeito passivo é a pessoa

deve corresponder ao valor desse benefício ou ao custo social dessa externalidade. Aqui vigorará o princípio da proporcionalidade. Ver a este propósito, por exemplo, no caso das taxas, o art. 4.º, n.º 1, LRGAL («O valor das taxas das autarquias locais é fixado de acordo com o princípio da proporcionalidade e não deve ultrapassar o custo da atividade pública local ou o benefício auferido pelo particular.»).

⁴² Cfr. VASQUES (2018), p. 387.

singular ou coletiva e outras entidades legalmente equiparadas que, nos termos da presente lei e dos regulamentos aprovados pelas autarquias locais, esteja vinculado ao cumprimento da prestação tributária.» Neste caso, uma pessoa ou entidade será sujeito passivo, ou seja, obrigado ao cumprimento da prestação tributária, somente na medida em que possa beneficiar das utilidades prestadas ou geradas pela atividade dos municípios ou freguesias, ou se realizar atividades geradoras de impacto ambiental negativo⁴³. A personalidade tributária passiva assenta aqui na capacidade jurídica geral para usufruir destes benefícios ou para ser responsabilizado pelas atividades ambientalmente danosas. A capacidade económica do sujeito surge em segundo lugar.

Já nos tributos de carácter quasi-sinalagmático, como as contribuições, a pertença ao grupo sobre o qual incide essa contribuição será o elemento fundamental para delinear a personalidade tributária passiva no tributo em causa. Veja-se a este propósito a definição de sujeito passivo do regime da Contribuição sobre o Setor Bancário⁴⁴, no seu artigo 2.º, onde se determina que serão sujeitos passivos da contribuição «as instituições de crédito com sede principal e efetiva da administração situada em Portugal», bem como, de forma geral, filiais e sucursais em Portugal de instituições de crédito estrangeiras.

O critério de sujeição neste caso passa por se ser uma instituição de crédito. Pela pertença a um grupo específico de operadores económicos⁴⁵. Abordagens similares encontramos, por exemplo, na Contribuição Extraordinária sobre o Setor Energético⁴⁶, ou na Contribuição Extraordinária sobre a Indústria Farmacêutica⁴⁷. De forma particularmente interessante para o nosso estudo, atente-se que as características dos entes em questão terão de ser buscadas nos regulamentos específicos dos setores em causa. Aí se definirão as características que recortarão a personalidade tributária passiva nestes tributos.

⁴³ Cfr. art. 6.º da LRGTAL.

⁴⁴ Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro.

⁴⁵ Conforme nota Vasques, as contribuições assentam numa «tipificação mais ou menos grosseira dos contribuintes e das prestações públicas que lhes estão associadas, recortando o legislador grupos típicos de operadores económicos, grupos típicos de consumidores ou grupos típicos de utentes de serviços públicos». Cfr. VASQUES (2008), pp. 172-175.

⁴⁶ Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro. Cfr., em particular, o seu art. 2.º («São sujeitos passivos da contribuição extraordinária sobre o setor energético as pessoas singulares ou coletivas que integram o setor energético nacional... »).

⁴⁷ Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro. Cfr., em particular, o seu art. 2.º

Por último, enquanto a capacidade contributiva aponta para um número estreito de impostos, assentes em bases de incidência largas, a equivalência preconiza para um número largo de taxas e contribuições, assentes em bases de incidência estreitas⁴⁸. Isto implica que os impostos tendem a possuir um número mais alargado de potenciais sujeitos passivos⁴⁹, na medida em que uma base de incidência larga tenderá a ter pontos de contacto com um conjunto mais alargado de entes⁵⁰, enquanto que as contribuições e as taxas tenderão a possuir um número mais reduzido de sujeitos passivos⁵¹. Por sua vez, a abrangência dos impostos tende a resultar no envolvimento de terceiros na relação jurídica tributária para agilizar a sua gestão de um ponto de vista administrativo. Como veremos *infra*, os terceiros trazidos à relação jurídica tributária principal para auxiliar no seu cumprimento levantam várias questões de relevo de um ponto de vista da personalidade.

Em síntese, e em regra, os sujeitos obrigados em primeira linha ao pagamento serão aqueles que possuem uma vinculação direta ao pressuposto legal. Adicionalmente, a configuração da personalidade tributária passiva tenderá a variar consoante as características do tributo, nomeadamente em face do seu carácter comutativo ou não. Por último, o pressuposto legal do tributo condiciona a sua abrangência, e nesta medida o número e a qualidade das entidades envolvidas na relação jurídica tributária.

Abordado o pressuposto legal dos tributos, avaliemos agora, em linha com o nosso roteiro, a restante estrutura do facto tributário e os elementos essenciais da obrigação tributária a que dá origem.

⁴⁸ Cfr. VASQUES (2008), p. 684.

⁴⁹ As contribuições especiais, que são consideradas impostos, tenderão a constituir neste ponto uma exceção à regra.

⁵⁰ Dado que a generalidade das pessoas terá, no decorrer da sua vida diária, tendência a manifestar indicadores de capacidade contributiva.

⁵¹ Pensemos, por exemplo, nos 5 479 417 agregados familiares para efeitos de IRS em 2020 ou nas 4 757 995 declarações periódicas de IVA entregues em 2020, e comparemos com as 155 declarações entregues no ano de 2020 relativas à Contribuição sobre o Setor Bancário, ou nas 20 declarações entregues em 2020 respeitantes à Contribuição Extraordinária sobre a Indústria Farmacêutica. Cfr. secção «Estatísticas», no Portal das Finanças.

b. O facto tributário e a obrigação tributária

(i) O facto tributário

O pressuposto legal dos tributos define o seu objeto. No caso dos impostos, falamos do rendimento, do património ou da despesa, em síntese, de uma manifestação da capacidade contributiva sobre a qual o legislador fará recair a tributação. No caso das taxas e das contribuições, da contraprestação pelos benefícios auferidos por um contribuinte ou por um grupo homogéneo de contribuintes ou da compensação pelos custos que estes impõem ao resto da sociedade, numa perspetiva de equivalência de custo ou benefício.

Do objeto do tributo, distingue-se o elemento objetivo que configura o facto tributário⁵². O elemento objetivo é o facto tributário considerado em si mesmo, na sua materialidade, independentemente da sua ligação a um sujeito. Estruturalmente, é composto por vários subelementos, todos eles necessários para se proceder à concreta determinação do tributo: o material (por exemplo, no caso dos impostos, um ato ou negócio jurídico, como uma compra e venda, ou a perceção de um rendimento)⁵³; o temporal (o lapso de tempo em que se verifica o facto tributário); o quantitativo (critério de medição do elemento material do facto tributário); e o espacial (a conexão do facto tributário com um determinado território)⁵⁴. É da junção destes diversos elementos, e da sua integração com o elemento subjetivo do facto tributário, que resultará o facto tributário pleno, apto a operar como o elemento constitutivo do vínculo tributário.

⁵² Por sua vez, do objeto do tributo, e do elemento objetivo do facto tributário, distingue-se o objeto da obrigação fiscal, ou seja, a prestação pecuniária em que se traduz a obrigação do tributo. Cfr. XAVIER (1981), pp. 249 e ss.

⁵³ Com base na configuração do elemento material, a doutrina classifica os factos tributários em simples ou complexos, genéricos ou específicos. São simples os que são apenas constituídos por um único elemento material, sendo complexos os que são formados por uma pluralidade de elementos materiais, juridicamente unificados numa unidade objetiva. Genéricos são aqueles que carecem de um processo ulterior de especificação dos casos que abrangem, específicos os que dispensam esse processo de especificação. Cfr. PEREIRA (2018), p. 33; e MARTINEZ (1969), p. 179.

⁵⁴ Alberto Xavier nega a existência de um elemento espacial. Em seu entender, a conexão do facto tributário com um território não se opera através de normas materiais, mas através de normas de conflitos unilaterais autónomas. Cfr. XAVIER (1981), p. 253. Já Casalta Nabais pensa o tema de forma diferente, integrando no facto tributário os elementos quantitativos, materiais, espaciais e temporais. Cfr. NABAIS (2022), p. 77. A maior parte da doutrina nacional parece adotar também esta posição. Veja-se, por exemplo, PEREIRA (2018), p. 33; e ROCHA/SILVA (2019), pp. 55 e ss.

O elemento subjetivo, por seu lado, é o que relaciona determinado sujeito passivo com o elemento objetivo. Materializa-se no critério legal de atribuição de um facto a uma determinada categoria de sujeitos⁵⁵. Note-se, com particular interesse para o objeto deste estudo, que o elemento subjetivo não possui sempre a mesma relevância na configuração de um facto tributário. Por vezes a natureza do facto tributário é tal que este pode ser definido independentemente da sua conexão com uma pessoa ou ente específico⁵⁶. Outras vezes, porém, o elemento objetivo não basta para identificar o facto tributário, que pressupõe, face à natureza do tributo, a referência a uma pessoa ou ente, como sucede, por exemplo, com a tributação do rendimento global no caso do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) ou do IRC⁵⁷. A este ponto tornaremos em breve, depois de mais bem compreendido o restante enquadramento que se impõe.

⁵⁵ Cfr. XAVIER (1981), pp. 249-250; e ROCHA/SILVA (2019), pp. 53 e ss. Tanto o elemento objetivo como o elemento subjetivo do facto tributário podem ser descritos pela positiva ou negativa. Neste último caso procede-se a uma delimitação negativa da incidência, que origina as situações de não sujeição. Não se confundem com estas as isenções, tanto objetivas como subjetivas, que se referem a situações que são abrangidas pelas regras de incidência, e nesse sentido estão sujeitas a imposto, mas que um facto autónomo impede que sejam tributadas. De forma sumária, as isenções objetivas operam relativamente a todos os sujeitos incluídos no elemento subjetivo. Nas isenções subjetivas a isenção opera relativamente apenas a uma dada categoria de pessoas, mas abrangendo todos os factos incluídos no elemento objetivo. Há também isenções mistas, que misturam estes dois elementos. Cfr. PEREIRA (2018), p. 35; e XAVIER (1981), pp. 282-287.

⁵⁶ Trata-se de impostos onde não existe personalização. A base tributável e o montante a pagar serão sempre os mesmos independentemente das características do contribuinte. Será o caso, por exemplo, de um imposto fundiário que tribute o valor de um imóvel em si mesmo, sem qualquer variação introduzida pelas características específicas do proprietário. Não é o caso, por exemplo, do IMI português. Cfr. o art. 1.º (Incidência) e o art. 8.º (Sujeito passivo) do Código do IMI. O imposto incide sobre o valor patrimonial tributário dos prédios rústicos e urbanos situados no território português. Embora as características individuais do sujeito passivo sejam indiferentes para a sujeição a imposto (o imposto será devido pelo proprietário do prédio a 31 de dezembro), estas assumem relevância numa fase posterior, para efeitos de isenção (cfr., por exemplo, o art. 11.º do mesmo Código – Entidades Públicas Isentas; ou o art. 11.º-A – Prédios de reduzido valor patrimonial de sujeitos passivos de baixos rendimentos).

⁵⁷ No primeiro caso temos os impostos reais (ou objetivos), no segundo os impostos pessoais (ou subjetivos). Cfr. XAVIER (1981), p. 254. Cfr. secções *infra* para análise mais pormenorizada destes aspetos e sua implicação no tema da personalidade.

(ii) *A obrigação tributária*

Verificado o facto tributário, em toda a sua integralidade, nasce, por força direta da lei e nos seus exatos termos, uma relação entre dois sujeitos. A relação jurídico-tributária⁵⁸. Uma relação obrigacional de direito público, na qual se integra a obrigação tributária. Conforme nota Tesoro, «a obrigação tributária surge como consequência de uma relação do sujeito passivo com o pressuposto de facto com relevância económica realizado na esfera jurídica do sujeito ativo»⁵⁹.

A disciplina tributária não se basta, assim, com a ocorrência do facto. É necessário que exista uma previsão normativa, uma norma tributária de incidência⁶⁰. O nascimento de uma relação jurídico-tributária pressupõe, em suma, a verificação cumulativa e simultânea destas duas circunstâncias, as quais cumuladas se podem designar como facto tributário *lato sensu*, ou seja, a verificação de um facto *stricto sensu*, tal como o viemos configurando até aqui, e a previsão desse facto numa norma tributária de incidência⁶¹. A obrigação tributária surgirá, pois, aquando da verificação do facto tributário legalmente previsto⁶².

⁵⁸ Cfr., em particular, art. 36.º LGT («A relação jurídica tributária constitui-se com o facto tributário») e o art. 48.º, n.º 1, do mesmo diploma (regra geral, o prazo de prescrição da dívida tributária conta-se a partir do momento da ocorrência do facto tributário).

⁵⁹ Cfr. TESORO (1938), pp. 92-93. As obrigações tributárias derivam *exclusivamente* da lei, da manifestação da vontade do Estado, desde que verificados os pressupostos de facto indicados na norma tributária em questão. Cfr. TESORO (1938), p. 66.

⁶⁰ Esta tenderá a variar consoante o tipo de tributo. Por exemplo, no caso dos impostos e das contribuições especiais, que seguem o mesmo regime conforme já indicado, exige-se uma lei em sentido formal. Cfr. n.º 3 do art. 4.º da LGT. No caso das taxas poderá bastar uma mera previsão geral e abstrata, designadamente regulamentar, embora sempre com respeito pelo princípio da precedência da lei. Cfr. n.º 8 do art. 112.º da Constituição.

⁶¹ Cfr. ROCHA/SILVA (2019), p. 56. Incidência é a descrição legal do facto tributário, é a aceção normativa do facto tributário. Cfr., também, XAVIER (1981), p. 248; e NABAIS (2022), p. 78 («[a] obrigação de imposto constitui-se com o encontro da norma legal, que contém a hipótese de incidência tributária, com a verificação do correspondente facto tributário, que concretiza essa hipótese»).

⁶² Naturalmente, com o nascimento da relação jurídico-tributária ocasionada pela realização do facto tributário legalmente previsto, o sujeito passivo da obrigação tributária não possui somente deveres, mas adquire também direitos, que limitam o exercício da soberania tributária por parte do sujeito ativo, nomeadamente, o direito ao reembolso de tributos pagos indevidamente, o direito a isenções previstas pelo legislador, o direito de recorrer contra procedimentos ilegítimos de liquidação e cobrança, etc. Cfr. TESORO (1938), pp. 92-93.

Quanto à sua natureza, a obrigação tributária é sempre uma obrigação *ex lege*, o seu pressuposto é sempre juridicamente um facto e nunca um negócio⁶³. Contrariamente ao direito privado, no direito fiscal a manifestação de vontade das partes não é para o direito impositivo fonte de obrigação, somente o seu pressuposto. Por outras palavras, o negócio jurídico interessa à lei tributária somente na medida em que cria a relação económica. Esta (a relação económica) é que constitui o facto tributário, o pressuposto da obrigação impositiva⁶⁴.

Conforme nota Cardoso da Costa, «a obrigação tributária nos seus diversos elementos encontra-se toda ela conformada pela lei. Não há lugar para o princípio da autonomia da vontade»⁶⁵. O seu carácter de obrigação pública marca com incisividade o seu regime jurídico⁶⁶. Trata-se de uma obrigação indisponível e irrenunciável pelo sujeito ativo⁶⁷; independente da qualificação do negócio jurídico efetuada pelas partes⁶⁸, ou da sua própria eficácia⁶⁹; e revestida de especiais garantias. Pensemos, em particular, no seu carácter executivo⁷⁰ e, com particular relevância para este estudo, no envolvimento de sujeitos passivos terceiros, sem uma relação direta com o facto tributário, para acautelar o efetivo cumprimento da obrigação tributária principal de pagamento do tributo.

Este envolvimento de terceiros na relação jurídico-tributária traduz-se, de um ponto de vista subjetivo, na criação de um vínculo obrigacional complexo. Convocam-se terceiros para a relação jurídico-tributária «que também se assumem, face à norma tributária, como sujeitos da relação»⁷¹.

⁶³ Cfr. JARACH (1989), p. 87.

⁶⁴ Cfr. JARACH (1989), p. 12.

⁶⁵ Cfr. COSTA (1972), pp. 260-261. Cfr. a este propósito, em particular, o n.º 2 do art. 36.º da LGT, onde se dispõe que os elementos essenciais da relação jurídica tributária não podem ser alterados por vontade das partes.

⁶⁶ Cfr. MARTINEZ (1969), p. 161.

⁶⁷ Conforme determina o art. 30.º, n.º 2, da LGT («O crédito tributário é indisponível»).

⁶⁸ Cfr. art. 36.º, n.º 4, da LGT («A qualificação do negócio jurídico efetuada pelas partes... não vincula a administração tributária»).

⁶⁹ Cfr. art. n.º 38.º, n.º 1, da LGT («A ineficácia dos negócios jurídicos não obsta a tributação, no momento em que esta deva legalmente ocorrer, caso já se tenham produzido os efeitos económicos pretendidos pelas partes»).

⁷⁰ Embora a cobrança coerciva das dívidas ao fisco careça de um processo de execução, não está dependente de qualquer pronúncia para além da constituída pelo próprio ato tributário. Cfr. PEREIRA (2018), p. 289.

⁷¹ Cfr. ROCHA/SILVA (2019), pp. 38 e ss.

Para o perfil complexo do vínculo tributário, contribui, também, a própria dimensão objetiva da relação jurídico-tributária. Esta, com efeito, está longe de se esgotar na obrigação tributária principal⁷². Conforme esclarece Braz Teixeira:

«A relação jurídica fiscal compõe-se de um núcleo constituído pelo fundamental vínculo tributário, de que é sujeito passivo a pessoa em relação à qual se verificam as condições de que a lei tributária faz nascer a obrigação do imposto, e de um leque mais ou menos diverso de outras relações, também de natureza obrigacional e que podem incidir não só sobre o sujeito passivo daquela obrigação, mas também sobre terceiros de algum modo direta ou indiretamente ligados aos pressupostos de facto da tributação, relações estas que a doutrina costuma designar por obrigações ou deveres tributários acessórios.»⁷³

Chegados aqui, deparamos, em resumo, com uma obrigação pública, de carácter complexo, tanto na sua configuração subjetiva como objetiva, abrangendo no seu perímetro «vários vínculos recíprocos e interdependentes»⁷⁴. Munidos do quadro concetual exigido, é tempo de abordarmos a figura da personalidade tributária passiva em maior profundidade.

4. A personalidade tributária passiva

Da conjugação dos diversos subelementos que compõem o elemento objetivo do facto tributário, e da sua concatenação com o respetivo elemento subjetivo, resulta o facto tributário pleno, apto a funcionar como elemento constitutivo do vínculo tributário. O vínculo tributário, por sua vez, é também composto por diversos elementos. Nos elementos que

⁷² O conceito de relação jurídica complexa abrange quer a obrigação de imposto quer as obrigações acessórias. Este conceito tem sido algo controverso na doutrina. Com efeito, agrega situações jurídicas que são entre si autónomas, com uma diferente natureza e que nascem em momentos diversos. Para aprofundamento do tema, nomeadamente sobre a chamada «tese procedimentalista» e as suas implicações, cfr. ANTUNES (2008), pp. 36 e ss.

⁷³ Cfr. TEIXEIRA (1993), pp. 36 e ss. Cfr., também, art. 31.º, da LGT onde se elencam as obrigações dos sujeitos passivos (obrigação principal de efetuar o pagamento da dívida tributária e obrigações acessórias, designadamente as que visam possibilitar o apuramento da obrigação de imposto).

⁷⁴ Cfr. ROCHA/SILVA (2019), pp. 34 e ss.

compõem o vínculo tributário, tal como sucede a montante quanto aos pressupostos do facto tributário, distinguimos zonas objetivas e zonas subjetivas⁷⁵.

Nas zonas subjetivas encontramos sujeitos, ativos e passivos. Focando-nos no lado passivo, que constitui o objeto primário destas reflexões, constatámos já que, em certos tributos, se assiste ao envolvimento de terceiros na relação jurídico-tributária, originando um vínculo obrigacional complexo de um ponto de vista subjetivo. Na zona objetiva, encontramos os poderes e deveres e a prestação a realizar⁷⁶. Também esta zona do vínculo tributário é complexa, não se esgotando na obrigação tributária principal. Paralelamente, tende a existir uma gama de outras relações instrumentais ao cumprimento desta, igualmente de natureza obrigacional, que apelidámos de obrigações ou deveres tributários acessórios⁷⁷, e que poderão incidir não só sobre o sujeito passivo daquela obrigação, mas também sobre terceiros que se encontrem, de algum modo, direta ou indiretamente, ligados aos pressupostos do facto tributário.

Atenta esta complexidade do vínculo obrigacional, não será de estranhar que a definição de sujeito passivo se tenha demonstrado fonte de controvérsia ao longo da evolução do Direito Fiscal. Não entraremos

⁷⁵ Cfr. MARTINEZ (1969), pp. 180-181.

⁷⁶ Cfr. MARTINEZ (1969), pp.180-181.

⁷⁷ Cfr. art. 31.º LGT («Constitui obrigação principal do sujeito passivo efetuar o pagamento da dívida tributária; São obrigações acessórias do sujeito passivo, designadamente, as que visam possibilitar o apuramento da obrigação de imposto, nomeadamente a apresentação de declarações, a exibição de documentos fiscalmente relevantes, incluindo a contabilidade ou escrita, e a prestação de informações.»). Cfr., também, FAVEIRO (1984), pp. 360-362 («Os deveres tributários acessórios têm por objeto ações de comportamento positivo ou meras omissões, ou comportamentos de abstenção de certos efeitos ou procedimentos. Enquanto a relação jurídica tributária tem por objeto uma ação de prestar, a relação jurídica acessória tem por objeto uma ação de fazer.»). A lista de obrigações acessórias na legislação nacional, no conjunto de todos os tributos, é vastíssima, o que tem inspirado fortes críticas. Parte da doutrina fala inclusive da privatização da gestão do sistema fiscal, com a transferência dos custos de administração do sistema do Estado para os particulares. Cfr., por exemplo, NABAIS (2020), pp. 113-124, que, de forma particularmente crítica, questiona se, atenta a abrangência destas obrigações, não deveremos começar a falar de «*súbditos fiscais*» ao invés de cidadãos. Já Freitas da Rocha e Hugo Flores levantam a questão da constitucionalidade da exigência que apelidam de «desmesurada» de deveres acessórios. Cfr. ROCHA/SILVA (2019), pp. 117-121. Para uma lista bastante abrangente, mas ainda assim não exaustiva, de exemplos dos deveres acessórios impostos pela legislação fiscal portuguesa, cfr., em particular, PEREIRA (2018), pp. 292-299; e ROCHA/SILVA (2019), pp. 113-117.

aqui nessa discussão, que a este ponto da evolução da doutrina nos parece relativamente estéril. Para efeitos deste artigo, adotaremos uma perspetiva abrangente de sujeito passivo, tal como já adotada no passado na doutrina nacional, por Alberto Xavier⁷⁸, e, no presente, por Freitas Pereira⁷⁹. Conceberemos o sujeito passivo *lato sensu* como a pessoa ou ente legalmente vinculada ao cumprimento de uma qualquer prestação tributária⁸⁰. Abrangeremos aqui todo aquele a quem a lei impõe uma prestação tributária, seja a principal seja uma qualquer prestação acessória⁸¹.

⁷⁸ Cfr. XAVIER (1981), p. 353 («[S]ujeito passivo [é] a pessoa que for titular de uma situação jurídico-tributária passiva.»).

⁷⁹ Cfr. PEREIRA (2018), p. 309 («[S]ujeito passivo em sentido lato abrange aquele a quem a lei impõe qualquer prestação tributária, seja a prestação de imposto seja qualquer obrigação acessória.»)

⁸⁰ A controvérsia relativa à definição mais ou menos abrangente de sujeito passivo e o seu confronto com os conceitos de contribuinte, e de devedor tributário, foi já bastante estudada entre nós. Atento o estado da doutrina na matéria, não nos parece tema de relevo para este trabalho. Acompanhamos Alberto Xavier quando considera devedor de imposto a pessoa sobre quem impende o dever de satisfazer uma determinada prestação tributária e contribuinte a pessoa em relação à qual se deve verificar o facto tributário para que surja a obrigação de imposto. Cfr. XAVIER (1981), pp. 353-354. Cfr., também, TEIXEIRA (1993), pp. 191-192. A clara sobreposição entre alguns destes conceitos contribui decisivamente para esta querela classificatória doutrinária. Cfr., também, a este propósito, a Ley General Tributaria (LGT) de Espanha que, no seu art. 35.º, adota o conceito de «*obligados tributarios*», com uma definição abrangente de participantes do lado passivo da relação tributária, aí incluindo até os repercutidos. O «*sujeito passivo*» propriamente dito é definido, no seu art. 36.º, como o obrigado tributário que, segundo a lei, deve cumprir a obrigação tributária principal, assim como as obrigações formais inerentes à mesma, seja como contribuinte ou como substituto do mesmo. Uma definição que não se afasta muito daquela que resulta da conjugação do art. 18.º, n.º 3, e do art. 31.º da LGT portuguesa. Como é bom de ver, estas definições de sujeito passivo são mais apertadas do que aquela que aqui se propõe para sujeito passivo *lato sensu*. Para um bom apanhado da evolução da doutrina nacional nesta matéria, cfr. ANTUNES (2008), pp. 20 e ss.; pp. 54 e ss. Cfr. também, NABAIS (2021), pp. 250 e ss.; PEREIRA (2018), pp. 307 e ss.; SIMÕES (1964); GOMES (1975). Cfr. ainda, TESAURO (2021), pp. 123 e ss.; e FALSITTA (2020), pp. 265 e ss.

⁸¹ Como nota Giardina, mesmo no contexto dos impostos a capacidade contributiva não pode ser configurada como requisito geral ou pressuposto da capacidade de ser sujeito passivo. Recorde-se que a relação jurídica tributária não consiste somente em relações jurídicas de conteúdo patrimonial. A norma tributária estabelece também obrigações e direitos cuja titularidade não pressupõe uma distinta capacidade contributiva. Nesta medida, de um ponto de vista concetual, nada obsta a que os sujeitos passivos *lato sensu* sejam também entes sem capacidade patrimonial autónoma. Cfr. GIARDINA (1962), p. 272. Note-se, no entanto, que a mera prestação de informação tributária relativa a terceiros, sem mais, não tem sido enquadrada como uma obrigação acessória apta a transformar

Aderindo à distinção proposta por uma parte da doutrina, entenderemos como sujeito passivo *stricto sensu* toda a pessoa ou ente a quem a lei impõe o cumprimento da prestação principal de pagamento do tributo⁸².

Além desta distinção fundada na extensão das obrigações tributárias do sujeito (cumprimento de qualquer prestação tributária, seja principal e/ou acessória *vs.* cumprimento da prestação principal), o conceito de sujeito pode adicionalmente ser abordado segundo duas concepções distintas, que poderão não coincidir na mesma pessoa ou ente. O sujeito passivo enquanto elemento subjetivo do facto tributário definido na norma e o sujeito passivo como pessoa obrigada ao cumprimento das prestações tributárias. Estas concepções coincidirão no caso do sujeito passivo direto. Já assim não sucederá no caso do sujeito passivo indireto.

Abordemos, primeiro, o conceito de sujeito passivo direto para, em seguida, nos debruçarmos sobre o de sujeito passivo indireto.

a. Sujeitos passivos diretos

Sujeito passivo direto é a pessoa ou ente que apresenta uma «relação pessoal e direta» com o facto tributário⁸³. Sendo o elemento subjetivo do facto tributário definido na norma de incidência, será a pessoa ou ente relativamente à qual se verifica o pressuposto legal (capacidade contributiva no caso dos impostos ou equivalência de custo ou benefício no caso dos tributos sinalagmáticos e quasi-sinalagmáticos).

A existência do sujeito passivo direto não suscita qualquer dificuldade de compreensão. Sem elemento subjetivo não existiria facto tributário, não se constituiria a obrigação tributária. Já o mesmo não diremos no que respeita à identificação do sujeito passivo direto de cada tributo e seus atributos, elementos que conhecem uma ampla variação entre os vários tributos.

Para compreendermos melhor a causa ou causas desta variação, impõe-se analisar, ainda que de forma forçosamente sumária, alguns exemplos legislativos. Após este exercício, abordaremos os sujeitos

uma pessoa ou ente em sujeito passivo para efeitos da relação jurídica tributária. Tratar-se-á de um obrigado tributário, mas não de um sujeito passivo, tal como tem vindo a ser construído pelo legislador. Cfr., a este propósito, art. 18.º, n.º 4, al. b), da LGT.

⁸² Cfr. PEREIRA (2018), p. 309. Cfr., também, na doutrina italiana BERLIRI (1985), pp. 147-149 («Sujeitos passivos de imposto são aqueles em relação aos quais se verifica uma situação à qual a lei atribui o nascimento de uma relação jurídica de imposto.»).

⁸³ Cfr. ROCHA/SILVA (2019), pp. 77 e ss.

passivos indiretos, e tentaremos compreender o que legitima o seu envolvimento na relação jurídica tributária. Compreendidos os elementos que conduzem à existência e específico recorte normativo de cada uma destas figuras, será tempo de confrontar a configuração do facto tributário que vemos construindo com as características que identificámos no desenho da personalidade tributária passiva, e daí retirarmos ilações.

Olhemos então para os sujeitos passivos diretos no âmbito de alguns tributos nacionais⁸⁴. Começemos pelos impostos.

(i) IRS

A definição de sujeito passivo direto no IRS é linear. Dispõe o artigo 13.º, n.º 1, do Código do IRS, que «[f]icam sujeitas a IRS as pessoas singulares que residam em território português e as que, nele não residindo, aqui obtenham rendimentos». Atenta esta definição, uma pessoa «típica», como uma sociedade anónima, será insuscetível de se tornar sujeito passivo de IRS. Não se trata aqui de incapacidade tributária, mas de inaptidão de determinados tipos de sujeitos de direito comum de se tornarem sujeitos passivos daquele tributo. Esta limitação encontra a sua razão de ser no pressuposto do tributo em causa e nas relações particulares que o pressuposto tem com o sujeito⁸⁵, por outras palavras, na específica configuração do facto tributário. O IRS visa tributar o rendimento, enquanto indicador de capacidade contributiva, somente das

⁸⁴ Na análise abaixo não aprofundaremos uma classe adicional de sujeitos passivos, que resulta da aplicação das regras da solidariedade tributária. Bastar-nos-emos para efeitos deste estudo em notar que podemos ter solidariedade *ab initio*, numa fase pré-executiva, no caso de uma obrigação que nasce em bloco abrangendo várias pessoas, constituindo esta a solidariedade propriamente dita, como podemos ter também solidariedade na responsabilidade solidária, situações nas quais o carácter inicial genético não se verifica. Nestes últimos casos, a pluralidade solidária efetiva-se somente após a existência de uma patologia subsequente à constituição do vínculo tributário. Frise-se que o responsável solidário, ao contrário do devedor solidário, não é considerado um sujeito passivo direto. Cfr. ROCHA/SILVA (2019), pp. 82-83. A solidariedade tributária encontra a sua razão de ser fundamentalmente no propósito de reforçar a garantia patrimonial do Estado e, frequentemente, em simplificar a relação com o Fisco. Cfr. FANTOZZI (2004), pp. 144-145. A solidariedade passiva apresenta carácter excecional no nosso direito tributário, no qual as obrigações fiscais são normalmente conjuntas, só sendo solidárias nos casos em que a lei expressamente determine. Cfr. art. 21.º, da LGT.

⁸⁵ Cfr. LAVAGNA (1961), pp. 12-13. Por outro lado, há casos em que o pressuposto determina a imposição do imposto independentemente da natureza do sujeito (por exemplo, no IVA, no caso de uma aquisição de um bem no mercado nacional por um qualquer ente residente, enquanto consumidor final).

peças físicas. O legislador lançou um outro imposto configurado para tributar o rendimento de todas as demais pessoas ou entes (os «*other-than-individuals*») como refere a literatura em língua inglesa).

A eventual relevância das circunstâncias ou qualidades do sujeito passivo para a obrigação tributária derivam também da natureza do facto tributário⁸⁶. Por exemplo, nos impostos pessoais (como o IRS) as qualidades pessoais do sujeito passivo assumem um relevo significativo, na medida em que podem ter um impacto na sua real capacidade contributiva. Possuir uma deficiência⁸⁷; ser-se casado ou unido de facto⁸⁸; ter-se mais ou menos dependentes⁸⁹, e vários outros atributos pessoais do sujeito passivo podem significativamente alterar a determinação da sua matéria coletável.

(ii) IRC

O legislador nacional, seguindo a prática internacional neste domínio, entendeu submeter os entes «*other-than-individuals*» a um imposto sobre o rendimento distinto do aplicável às pessoas físicas. Fê-lo assente fundamentalmente em razões de antiabuso e de pragmatismo na liquidação e cobrança⁹⁰.

O artigo 2.º do Código do IRC propõe uma definição abrangente de sujeito passivo, abarcando, nomeadamente:

«As sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, as cooperativas, as empresas públicas e as demais pessoas coletivas de direito público ou privado, com sede ou direcção efetiva em território português; as entidades desprovidas de personalidade jurídica, com sede ou direcção efetiva em território português, cujos rendimentos não sejam tributáveis em IRS ou em IRC diretamente na titularidade de

⁸⁶ Cfr. JARACH (1989), p. 175.

⁸⁷ Art. 56.º-A do Código do IRS.

⁸⁸ Art. 59.º do Código do IRS.

⁸⁹ Art. 78.º-A do Código do IRS.

⁹⁰ A justificação da atribuição de personalidade tributária passiva aos entes empresariais ultrapassa em muito o âmbito restrito deste estudo. Para a nossa análise em profundidade deste tema, cfr. CORREIA (2013) pp. 23-28. Cfr., também, MORAIS (2009) pp. 5-6 (avaliando a eventual existência de capacidade contributiva ao nível das pessoas coletivas); e pp. 11 e ss. (explorando diferentes justificações para a existência do IRC em paralelo com o IRS); e HARRIS (2013), pp. 19 e ss. (escalpelizando a definição de sujeito passivo para efeitos de IRC em várias jurisdições).

peças singulares ou coletivas», aqui se incluindo designadamente, «as heranças jacentes, as peças coletivas em relação às quais seja declarada a invalidade, as associações e sociedades civis sem personalidade jurídica e as sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, anteriormente ao registo definitivo»; e «as entidades, com ou sem personalidade jurídica, que não tenham sede nem direção efetiva em território português e cujos rendimentos nele obtidos não estejam sujeitos a IRS»⁹¹.

Em suma, embora alicerçando-se no conceito de personalidade jurídica, a definição de sujeito passivo para efeitos de IRC vai muito além da mesma, atribuindo-se personalidade tributária passiva a entes que disponham de uma certa *unidade económica* e *autonomia patrimonial* suscetíveis de tributação individualizada⁹². Uma atitude distinta abriria um foco de fuga ao imposto, incentivando-se a seleção de veículos de investimento que permanecessem fora das malhas do imposto.

Alicerçando-se na mesma lógica antiabuso, são qualificadas como sujeitos passivos de IRC as sociedades comerciais não regularmente constituídas nos termos do Código das Sociedades Comerciais⁹³, e as peças coletivas em relação às quais seja declarada a invalidade⁹⁴.

A nível internacional a conclusão é similar. Como nota Gutmann, «[i]t is striking to note that domestic tax systems almost never rely on a single criterion of CIT liability for domestic entities. In systems where legal personality is the prevailing driver for CIT liability, some entities deprived of legal personality are nevertheless obliged to pay CIT. Even pools of assets can be recognized as CIT “subjects” for practical reasons relating mainly to the need to prevent tax avoidance»⁹⁵.

Em síntese, embora a atribuição de personalidade tributária passiva no IRC adote a personalidade jurídica dos entes empresariais como ponto de partida, extravasa em muito esse limite, fundamentalmente devido à necessidade de prevenir a evasão fiscal e a elisão fiscal.

⁹¹ Art. 2.º do Código do IRC.

⁹² DIREÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMAÇÃO AT (2016), p. 22.

⁹³ DIREÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMAÇÃO AT (2016), p. 22.

⁹⁴ DIREÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMAÇÃO AT (2016), p. 22.

⁹⁵ GUTMANN (2015), p. 4.

(iii) IVA

Já no IVA, como tivemos oportunidade de abordar sumariamente *supra*, a lei define o facto tributário associando-o a um sujeito passivo que não é o detentor da capacidade contributiva que se deseja atingir, impondo-lhe a prestação de imposto⁹⁶, e exigindo que esse sujeito passivo repercuta posteriormente o mesmo sobre o detentor da capacidade contributiva⁹⁷. Como nota Saldanha Sanches: «No IVA o sujeito passivo assume-se como uma espécie de componente técnica da cobrança do imposto. Com efeito, em IVA, ser sujeito passivo do imposto constitui uma condição para obter a desoneração fiscal quanto ao impacto económico produzido pela incidência do imposto ao longo de todo o circuito produtivo.»⁹⁸

Embora o Código do IVA no seu artigo 2.º se refira somente a pessoas singulares ou coletivas, omitindo qualquer referência aos entes desprovidos de personalidade jurídica que encontramos no artigo 2.º do Código do IRC, a jurisprudência do TJUE é clara a afirmar que um ente *sem personalidade jurídica* será sujeito passivo de IVA sempre que realize operações tributáveis de forma independente. Entende o TJUE que a noção de sujeito passivo para efeitos de IVA deve ser definida da forma *o mais lata possível* para assegurar que o IVA possua um âmbito alargado capaz de integrar todos os estádios da produção distribuição e prestação de serviços. Visa-se assegurar que todo o consumo privado seja efetivamente tributado⁹⁹.

A matriz europeia do imposto fortalece a necessidade de se desconsiderar a forma jurídica na medida em que a tributação harmonizada, e nesta medida o regular funcionamento do mercado interno, poderia ser colocada em causa se a definição de sujeito passivo variasse de Estado para Estado ao sabor das regras que governam a forma jurídica das entidades no direito civil¹⁰⁰.

⁹⁶ Cfr. PEREIRA (2018), p. 308.

⁹⁷ Cfr. art. 37.º, n.º 1, do Código do IVA («A importância do imposto liquidado deve ser adicionada ao valor da fatura, para efeitos da sua exigência aos adquirentes dos bens ou destinatários dos serviços.»).

⁹⁸ Cfr. SANCHES (2007), p. 415.

⁹⁹ Cfr., por exemplo, TJUE, 29 de abril de 2004, Caso C-137/02, *Finanzamt Offenbach am Main-Land vs. Faxworld Vorgründungsgesellschaft Peter Hünninghausen und Wolfgang Klein GbR*, ECLI:EU:C:2004:267; e TJUE, 12 de outubro de 2016, Caso C340/15, *Christine Nigl e outros vs. Finanzamt Waldviertel*, ECLI:EU:C:2016:764.

¹⁰⁰ Cfr. DOESUM (2020), p. 62.

A Diretiva IVA reflete este entendimento¹⁰¹. O artigo 9.º da Diretiva IVA define como sujeito passivo *qualquer pessoa que exerça de modo independente em qualquer lugar uma atividade económica* seja qual for o fim o resultado dessa atividade, desconsiderando assim, ao abrigo do princípio da neutralidade, a forma jurídica na delimitação da base de incidência do imposto¹⁰².

Em suma, no IVA é o *exercício de atividades económicas, de modo independente e com carácter de habitualidade*, que atribui a um ente a qualidade de sujeito passivo atribuindo-se pouca relevância à natureza jurídica do mesmo ou ao fato de ser ou não pessoa, para efeitos do direito civil. Delimita-se o conceito de sujeito passivo em função do exercício de atividades económicas, não se estabelecendo uma ligação direta com o princípio da capacidade contributiva, e conferindo-se total irrelevância, muito mais do que no IRC, à forma jurídica do ente¹⁰³.

(iv) IMI

O IMI incide sobre o valor patrimonial tributário dos prédios rústicos e urbanos situados no território português¹⁰⁴. Embora as características individuais do sujeito passivo sejam indiferentes para a sujeição a imposto (o imposto será devido pelo *proprietário* do prédio a 31 de dezembro), estas assumem relevância numa fase posterior, para efeitos da determinação das isenções (cfr., por exemplo, o artigo 11.º do mesmo Código – Entidades públicas isentas; ou o artigo 11.º-A – Prédios de reduzido valor patrimonial de sujeitos passivos de baixos rendimentos). Repare-se que a personalidade tributária passiva é aqui alicerçada no conceito de «*proprietário*», um conceito a buscar fora das normas do direito fiscal. Nos direitos reais encontraremos os parâmetros necessários para definir o conceito de personalidade tributária passiva neste imposto.

Detenhamo-nos, agora, em alguns exemplos envolvendo taxas e contribuições.

(v) Taxas

Recordemos a definição de sujeito passivo no artigo 7.º, n.º 2, da LRGTA já aflorada neste estudo: «O sujeito passivo é a pessoa singular

¹⁰¹ Diretiva 2006/112/CE.

¹⁰² Cfr. VASQUES (2020), p. 159.

¹⁰³ Cfr. PALMA (2015), p. 103.

¹⁰⁴ Cfr. art. 1.º do Código do IMI.

ou coletiva e outras entidades legalmente equiparadas que, nos termos da presente lei e dos regulamentos aprovados pelas autarquias locais, esteja vinculado ao cumprimento da prestação tributária.» Neste caso, uma pessoa ou entidade será sujeito passivo, ou seja, obrigado ao cumprimento da prestação tributária, somente na medida em que possa beneficiar das utilidades prestadas ou geradas pela atividade dos municípios ou freguesias, ou se realizar atividades geradoras de impacto ambiental negativo¹⁰⁵. A personalidade tributária passiva assenta aqui na capacidade jurídica geral para usufruir destes benefícios ou para ser responsabilizado pelas atividades ambientalmente danosas. A capacidade económica do sujeito surge em segundo lugar.

(vi) Contribuições

Recordemos a definição de sujeito passivo do regime da Contribuição sobre o Setor Bancário¹⁰⁶, no seu artigo 2.º, onde se determina que serão sujeitos passivos da contribuição «as instituições de crédito com sede principal e efetiva da administração situada em Portugal», bem como, de forma geral, filiais e sucursais em Portugal de instituições de crédito estrangeiras.

O critério de sujeição neste caso passa por se ser uma instituição de crédito. Pela pertença a um grupo específico de operadores económicos¹⁰⁷. Abordagens similares encontramos na Contribuição Extraordinária sobre o Setor Energético¹⁰⁸, ou na Contribuição Extraordinária sobre a Indústria Farmacêutica¹⁰⁹. Atente-se, conforme já foi notado anteriormente, que as características dos entes em questão terão de ser buscadas nos regulamentos específicos dos setores em causa. Aí se definirão as características que recortarão a personalidade tributária passiva nestes tributos.

¹⁰⁵ Cfr. art. 6.º da LRG TAL.

¹⁰⁶ Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro.

¹⁰⁷ Conforme nota Vasques, as contribuições assentam numa «tipificação mais ou menos grosseira dos contribuintes e das prestações públicas que lhes estão associadas, recortando o legislador grupos típicos de operadores económicos, grupos típicos de consumidores ou grupos típicos de utentes de serviços públicos». Cfr. VASQUES (2008), pp. 172-175.

¹⁰⁸ Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro. Cfr., em particular, o seu art. 2.º

¹⁰⁹ Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro. Cfr., em particular, o seu art. 2.º

(vii) Conclusão (sujeitos passivos diretos)

Conforme brilhantemente constatou Giannini há mais de oito décadas, o ordenamento tributário configura de forma diversa as relações entre objeto e sujeito nos vários tributos. A relação entre o objeto do tributo, considerado nos seus elementos materiais, e a pessoa a cargo da qual é imposta a obrigação, varia segundo a natureza e o objeto do tributo¹¹⁰. Tributar o rendimento de uma pessoa física exige uma abordagem distinta, no que respeita à configuração do respetivo facto tributário, de tributar a despesa por esta efetuada, ou de tributar o benefício auferido por um determinado grupo em resultado de uma específica prestação do Estado. O legislador é forçado a encontrar para cada tributo uma definição de sujeito passivo que lhe permita configurar o respetivo facto tributário com acerto (em termos de rigor, simplicidade e eficácia). Isto exige frequentemente, como vimos, o recurso a definições de sujeito estranhas ao direito fiscal (nomeadamente definir o que se entende por instituição de crédito, ou determinar quem é o efetivo proprietário de um dado prédio, ou definir quem possui capacidade jurídica geral para ser responsabilizado por atividades ambientalmente danosas), que o direito fiscal importa de outras áreas do direito para configurar adequadamente o facto tributário e assegurar que este atinge o objetivo visado (por exemplo, tributar a capacidade contributiva, ou exigir um pagamento equivalente a um benefício recebido do Estado ou a um custo causado ao mesmo ou à sociedade).

Como nota Micheli, a nosso ver muito adequadamente, a personalidade tributária é uma *técnica* que persegue diferentes finalidades dependendo da estrutura do tributo¹¹¹. A personalidade tributária revela-se fruto de opções técnicas do legislador. É mais acertadamente caracterizada como uma técnica de configuração do facto tributário, uma categoria mais lógica do que jurídica.

b. *Sujeitos passivos indiretos*

Falamos de sujeito passivo indireto para identificarmos as pessoas ou entes que, sem terem uma «relação pessoal e direta» com o facto tributário são, ainda assim, chamadas ao cumprimento de obrigações tributárias. Neste grupo incluem-se os substitutos tributários, os sucessores

¹¹⁰ Cfr. GIANNINI (1938), p. 81.

¹¹¹ Cfr. MICHELI (1977), pp. 436-437.

tributários e os responsáveis tributários¹¹². Adotando a fórmula simplificada, mas muito acertada, proposta por Freitas da Rocha e Hugo Flores, na «substituição um sujeito é chamado “em lugar” de outro; na sucessão é chamado “após o desaparecimento” de outro; e na responsabilidade é chamado “após o incumprimento” de outro»¹¹³.

Foquemos a nossa atenção nas figuras da substituição e da responsabilidade, bem mais interessantes nas suas particularidades do que a figura da sucessão. Em ambas, a lei fiscal impõe o dever de realizar a prestação tributária a pessoas relativamente às quais não se verificou o facto tributário. Distinguem-se na medida em que na substituição a obrigação tributária de pagamento da dívida tributária é assumida a título principal pelo substituto¹¹⁴, enquanto na responsabilidade a assunção do dever de pagamento pelo responsável ocorre geralmente a título acessório¹¹⁵. Recordamos: ambos, substituto e responsável, são sujeitos passivos¹¹⁶.

Pensemos, no caso da substituição, por exemplo nas obrigações das entidades patronais de proceder à cobrança do IRS incidente sobre os salários que pagam ou colocam à disposição dos seus trabalhadores¹¹⁷. Lembremos, também, a retenção na fonte efetuada pelas instituições financeiras e bancárias sobre os juros de depósitos que pagam ou colocam à disposição dos seus clientes¹¹⁸. Nestes casos, o devedor de imposto, sujeito passivo (indireto) relativamente ao qual não se verificou o facto tributário, é o substituto. O sujeito passivo direto mantém-se o substituído, embora agora exonerado do dever de efetuar a prestação tributária.

Este alargamento dos sujeitos passivos envolvidos na relação tributária funda-se, primariamente, no desejo de assegurar a cobrança segura do tributo. Esta segurança é reforçada ampliando-se o âmbito da responsabilidade

¹¹² Cfr. ROCHA/SILVA (2019), pp. 77 e ss.

¹¹³ Cfr. ROCHA/SILVA (2019), p. 85.

¹¹⁴ Cfr. art. 20.º da LGT.

¹¹⁵ Cfr. art. 21.º, n.º 4, da LGT.

¹¹⁶ Cfr. art. 18.º, n.º 3, da LGT. A doutrina italiana mais contemporânea tem vindo a notar que tanto o substituto como o responsável são efetivamente titulares de um débito próprio que não deriva do facto tributário, mas de outra origem, conectada com aquele. Cfr. CANÉ (2021), pp. 22 e ss.

¹¹⁷ Cfr. n.º 1 do art. 99.º do Código do IRS e respetivas tabelas anexas.

¹¹⁸ Cfr. al. a) do n.º 1 do art. 71.º do Código do IRS. A relevância jurídica das relações com os terceiros chamados à relação jurídica tributária é significativa. Por exemplo, em certas situações podem reclamar graciosamente ou impugnar judicialmente os atos de liquidação de impostos respeitantes ao contribuinte originário. Cfr. art. 132.º CPPT. Cfr. ROCHA/SILVA (2019), pp. 38-39.

patrimonial e estendendo-a a terceiros¹¹⁹. Este alargamento contribui também para a simplificação dos procedimentos de cobrança. Voltemos ao exemplo dos substitutos tributários. A retenção na fonte de imposto realizada pelas entidades patronais sobre os salários que pagam ou colocam à disposição dos seus trabalhadores minimiza riscos de insuficiência patrimonial. Exigir, de uma só vez, a totalidade do tributo ao assalariado poderia aumentar o risco de insuficiência patrimonial para pagamento voluntário. Este método de cobrança deverá também ser mais «indolor» para o assalariado, permitindo concomitantemente ao Estado financiar-se progressivamente durante o ano, em vez de ter de aguardar pelo fim do período de tributação para efetuar a cobrança global do tributo¹²⁰.

Em resumo, as exigências de garantia patrimonial e de simplificação dos procedimentos de cobrança conduzem à aplicação do tributo por sujeitos estranhos à realização do pressuposto tributário. A responsabilidade patrimonial, a simplificação da gestão tributária, e o puro pragmatismo associado à obtenção atempada de receita por parte do Estado da forma mais «indolor» possível para o contribuinte, constituem importantes critérios para a individualização do sujeito passivo indireto do tributo. Como vemos, todas considerações de cariz eminentemente prático.

5. A configuração do facto tributário e a natureza da personalidade tributária passiva

Da análise realizada, podemos concluir que a personalidade tributária deverá ser preferencialmente concetualizada como uma técnica de configuração do facto tributário, assente em considerações práticas associadas à gestão do sistema fiscal, tais como a pronta deteção do facto tributário; a simples e expedita liquidação e cobrança do tributo¹²¹; a precisa

¹¹⁹ Cfr. FANTOZZI (2004), pp. 142-145.

¹²⁰ O mecanismo da substituição tributária permite também minimizar os inconvenientes derivados do afastamento em relação ao ordenamento jurídico tributário no caso dos não residentes relativamente aos quais seria muito difícil exigir-se o cumprimento de algumas obrigações. Como sublinham Freitas da Rocha e Hugo Flores, é mais simples exigir materialmente os tributos não aos próprios mas a entes terceiros que com eles mantêm relações económicas e financeiras preferenciais. Cfr. ROCHA/SILVA (2019), pp. 87-88.

¹²¹ Como nota Giannini, «[e]ncontramos... estabelecida de forma expressa ou implícita... para impostos específicos e em relação ao seu objeto, uma extensão da capacidade jurídica, com o objetivo de alargar o âmbito de aplicação do tributo, ou de tornar mais fácil eficaz a liquidação, mediante a atribuição de personalidade jurídica a determinadas

mensuração da capacidade económica; a prevenção da evasão¹²²; ou a certeza das relações jurídicas¹²³. A instrumentalidade da personalidade tributária decorre das regras de determinação do facto tributário e das considerações associadas às mesmas. Conforme conclui Micheli, «a atribuição de personalidade no direito tributário visa reforçar o interesse público na realização do crédito tributário»¹²⁴.

A disciplina de cada tributo obedece forçosamente a critérios próprios na definição dos sujeitos abrangidos. A facilidade da liquidação e cobrança do tributo e a prevenção da evasão são valores que o legislador valoriza particularmente aquando do desenho das normas tributárias, juntamente com outros valores como a certeza da relação jurídica tributária e a mensuração precisa da capacidade contributiva ou da equivalência de custo ou benefício. Estes elementos são ponderados na definição de personalidade tributária passiva em relação a cada tributo. Daí o seu carácter técnico, enquanto elemento selecionado tendo em vista um eficiente e justo funcionamento do sistema fiscal. Trata-se, portanto, de seleccionar nexos subjetivos de atribuição do facto tributário. Daí que a personalidade tributária seja sempre desenhada tendo como pano de fundo específicos factos tributários.

Neste contexto, as figuras indicadas como sujeitos «atípicos» de direito tributário são, na verdade, mais adequadamente concetualizadas enquanto fórmulas para delimitar de forma mais eficaz e eficiente o facto tributário. Na sua ausência, teria de se fracionar o ente ou unificá-lo num só contribuinte. Trata-se de opções técnicas na configuração do facto tributário, cujo objeto seria em qualquer caso tributado ao nível de outros contribuintes¹²⁵. Os sujeitos passivos podem, assim, ser vistos como centros de deteção do facto tributário, figuras úteis para centralizar

situações de facto, cujo substrato económico se considera útil submeter ao tributo como um objeto único e distinto de outros objetos», cfr. GIANNINI (1938), p. 74.

¹²² Por exemplo, limitarmos a possibilidade do nascimento de uma relação jurídica tributária devido à falta de personalidade tributária passiva do sujeito, poderia abrir uma porta à evasão fiscal, na medida em que os mesmos factos tributários implementados por diferentes entes, uns com personalidade tributária passiva e outros sem, seriam ou não tributáveis. O direito fiscal tem de garantir que, quando seleciona um determinado facto jurídico como o facto constitutivo da obrigação do tributo, abrange na sua configuração subjetiva todo o tipo de entes que possam praticar aquele tipo de facto. A ausência deste tipo de abordagem deixaria o tributo à mercê da fraude e da evasão fiscais.

¹²³ CANÉ (2021), p. 29.

¹²⁴ Cfr. MICHELI (1977), pp. 436-437.

¹²⁵ CANÉ (2021), pp. 25 e ss.

ou separar a determinação de factos tributários respeitantes a outros contribuintes. Por exemplo, a subjetividade das entidades semitransparentes no IRC é assumidamente uma fórmula técnica para detetar e determinar o rendimento que deverá ser tributado na mão dos verdadeiros contribuintes, os investidores. Esta fórmula é adotada por razões práticas¹²⁶.

Como limites para a personificação encontramos os princípios da legalidade e da igualdade. O tributo não poderá ser confiscatório e carecerá sempre de uma justificação legítima para a personificação e para o envolvimento de terceiros¹²⁷.

6. Conclusão: a personalidade tributária passiva no quadro geral do ordenamento jurídico

Conforme se procurou demonstrar nestas reflexões, dever-se-á partir do pressuposto legal do tributo para, num momento lógica e cronologicamente posterior, chegar ao respetivo sujeito. O pressuposto representa o elemento primitivo da individualização do sujeito passivo.

A nossa análise leva-nos a concluir que a personalidade tributária deverá ser preferencialmente concetualizada como uma técnica de configuração do facto tributário, moldada por considerações práticas associadas à gestão do sistema fiscal. A disciplina dos sujeitos passivos será, assim, fruto de um balanço entre a precisa identificação e mensuração do facto tributário, de um lado, e a simplificação da operacionalização do tributo, da sua liquidação e cobrança, e prevenção da evasão, pelo outro.

A um resultado similar, se bem que percorrendo estrada distinta, chegou também Micheli, propondo como conclusão das suas reflexões que «o sujeito passivo tem uma função instrumental no ordenamento

¹²⁶ Cfr. Preâmbulo do Código do IRC. A este propósito, na doutrina francesa fala-se de entes com «*Personnalité fiscale affaiblie*» e de entes com «*Personnalité fiscale affirmée*». As primeiras integram entes sem personalidade jurídica que são transparentes ou semi-transparentes para efeitos de IRC, ou seja, entes a quem não cumpre o pagamento do imposto. Já às segundas, que integram também entes sem personalidade jurídica, o direito fiscal atribui a qualidade de contribuinte propriamente dito, ou seja, ente responsável pelo pagamento da prestação de imposto. Cfr. TSCHURTSCHENTHALER (2021), pp. 23 e ss.; e pp. 45 e ss.

¹²⁷ Como nota Emanuele, o pressuposto indispensável para o envolvimento de terceiros é a existência de uma conexão entre a posição jurídica do sujeito passivo principal e a daquele que efetivamente faz o pagamento. É esta conexão que justifica o alargamento dos sujeitos passivos envolvidos na relação jurídica tributária. Cfr. EMANUELE (1978), p. 33.

tributário»¹²⁸. Frisa Micheli, numa linha próxima àquela que aqui se propugna, que «a norma tributária tem a sua própria finalidade para cumprir, a satisfação do interesse financeiro do ente público, a prossecução do qual pode requerer o uso de instrumentos jurídicos distintos, particularmente idóneos a impedir a fraude e elisão fiscal»¹²⁹.

Não acompanhamos, nesta medida, estudiosos como Giovannini¹³⁰, L.V. Berliri¹³¹, ou, entre nós, Braz Teixeira¹³², que propõem uma definição una e inflexível da personalidade jurídica, aplicável de forma indistinta tanto no direito privado como no direito tributário¹³³.

Não alinhamos, também, com o esforço de integração da personalidade tributária no quadro geral do ordenamento jurídico proposto por Lavagna ou Giardina¹³⁴, recorrendo à figura da subjetividade tributária, ou seja, a um conceito de sujeito de direito mais amplo que o de pessoa jurídica. Esta é uma solução que não se enquadra devidamente no quadro civilístico português¹³⁵.

As conclusões da nossa análise acompanham muito mais de perto, entre nós, Alberto Xavier, quando avalia a personalidade tributária como uma

¹²⁸ Cfr. MICHELI (1977), pp. 419-420.

¹²⁹ Cfr. MICHELI (1977), pp. 419-420 («O ordenamento tributário visa atingir com a sua imposição o maior número possível de sujeitos e o maior número possível de situações de facto que podem ser relevantes para o imposto.»)

¹³⁰ Cfr. GIOVANNINI (1996), pp. 195 e ss.

¹³¹ Para L. V. Berliri, a universalidade do ordenamento jurídico impede que haja personalidades jurídicas distintas em direito tributário e no direito privado. Cfr. BERLIRI (1975).

¹³² Para Braz Teixeira não faz sentido falar em personalidade tributária. Entende que a personalidade jurídica é uma só, é unitária, não se reparte por ramos de direito, está acima deles. Cfr. TEIXEIRA (1993), pp. 179-180.

¹³³ Entre nós, também Alberto Xavier e Soares Martinez se mostraram muito críticos desta abordagem. Cfr. XAVIER (1981), pp. 364-365 («[N]ão nos impressiona o argumento de [que] é impensável a existência de uma personalidade tributária não acompanhada por uma personalidade jurídica de direito comum, posto que o pagamento do imposto envolve a posse de bens e dinheiro, ou seja, a titularidade de um património, o que por seu turno pressupõe a personalidade jurídica geral». Ora «a ideia de autonomia patrimonial, sempre presente nas organizações de pessoas e bens apenas personalizadas para efeitos fiscais, basta para explicar a disposição de bens que implica o cumprimento dos deveres tributários»); e MARTINEZ (1969), p. 334 («É claro que o critério fiscalista de atribuição de personalidade se não identifica com os adoptados por outras disciplinas jurídicas.»).

¹³⁴ Cfr. LAVAGNA (1961); e GIARDINA (1962). Cfr., também, em Portugal, na crítica a esta abordagem, XAVIER (1981), pp. 361-363; e CAMPOS/RODRIGUES/SOUSA (2012), p. 100.

¹³⁵ Para o conceito de subjetividade jurídica na doutrina civilística portuguesa, cfr., em particular, CARVALHO (2021), pp. 192-196.

«técnica instrumental, funcional e relativa» que o direito fiscal configura «à luz das valorações que lhe são próprias»¹³⁶. Em sentido similar, que igualmente acompanhamos, Soares Martinez assenta a sua teorização da personalidade tributária no princípio de que a obrigação tributária pressupõe sempre a existência de bens económicos. Propondo uma perspetiva instrumental, conclui que sempre que o Direito Fiscal depare com um ente individualizável, sob o ponto de vista da sua atividade económica, aí reconhecerá «matéria a personalizar»¹³⁷. Defende Martinez, em linha com as conclusões da análise efetuada neste estudo, que a aplicação da lei fiscal depende sempre da verificação dum conteúdo económico, que a lei fiscal define, e não das qualificações jurídicas. É com base neste princípio da realidade económica, que nem a ilicitude coloca em causa, que Martinez propõe que se construa o conceito de personalidade tributária passiva. Mais recentemente, Freitas da Rocha e Hugo Flores concluem, adotando uma abordagem que também acompanhamos de perto, que «exigir-se no domínio tributário a verificação dos pressupostos da personalidade jurídica civil seria abrir uma porta à evasão ou à fuga ao pagamento dos tributos»¹³⁸.

A articulação desta perspetiva instrumental ou funcional da personalidade tributária com os preceitos do direito comum que orientam o instituto da personalidade jurídica foi já, a nosso ver, realizada com mestria por Soares Martinez. Concluiu então Martinez, recusando à época uma conceção monista de índole civilística do conceito de personalidade, que «o conceito fiscalista de personalidade afirma-se independentemente dos critérios a que obedece a personalização nas outras disciplinas jurídicas, é certo, mas sem repúdio dos princípios genéricos que orientam o instituto da personalidade»¹³⁹.

Recusamos a suposta «autonomia» do direito fiscal, como argumento para abdicar da necessidade de enquadrar o instituto da personalidade tributária passiva no quadro geral do ordenamento jurídico¹⁴⁰. Acolhemos, ao invés, uma visão flexível da personalidade jurídica como uma

¹³⁶ Cfr. XAVIER (1981), p. 364; cfr., também, XAVIER (1981), pp. 361-363.

¹³⁷ Cfr. MARTINEZ (1969), p. 333.

¹³⁸ Cfr. ROCHA/SILVA (2019), pp. 63-64.

¹³⁹ Cfr. MARTINEZ (1969), p. 335.

¹⁴⁰ Tal como nota Cozian, numa reflexão que acompanhamos por inteiro, «Cette autonomie du droit fiscal ne constitue-t-elle pas par ailleurs un alibi à une certaine ignorance réciproque des fiscalistes et des juristes ?...Le jour où les juristes auront la curiosité de mieux suivre la fiscalité et où les fiscalistes auront la même curiosité à l'égard du droit,

construção do Direito, «um instrumento técnico que este conforma e utiliza», condicionado por limites que resultam «dos valores dominantes na ordem jurídica, da natureza das coisas e do próprio fim que o Direito prossegue»¹⁴¹.

Neste quadro, não temos também dificuldade em aderir a uma conceção monista flexível da personalidade, que busque o enquadramento sistemático da personalidade tributária na limitação de efeitos a que a lei fiscal submete a concessão da personalidade, nomeadamente da restrição da capacidade a um conjunto circunscrito de posições jurídicas¹⁴².

Em síntese, como tentámos demonstrar nestas reflexões, a compreensão cabal do fenómeno da personalidade tributária passiva exige que recuemos à configuração do facto tributário. Apenas aí, a montante, na reflexão sobre a estrutura e os pressupostos do facto jurídico tributário, é que poderemos compreender as particularidades da personalidade tributária passiva no Direito Fiscal e buscar a sua articulação com o conceito de personalidade jurídica no Direito Privado. A configuração do facto jurídico tributário determina a natureza da personalidade tributária passiva.

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. 1, Almedina, Coimbra, 1987.
- ANTUNES, Bruno Botelho, *Da Repercussão Fiscal no IVA*, Almedina, Coimbra, 2008.
- BERLIRI, Antonio, *Principios de Derecho Tributario*, vol. 1, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964.
- BERLIRI, Antonio, *Corso Istituzionale di Diritto Tributario*, vol. 1, Giuffrè, Milão, 1985.

on s'aperceva que le droit fiscal est moins particulariste, moins autonome, moins realiste qu'on le prétend». Cfr. COZIAN (1996), pp. 4 e 10.

¹⁴¹ Cfr. FERNANDES (2001), p. 124.

¹⁴² Cfr., neste sentido, Elsa Vaz de Sequeira, propondo uma explicação das especialidades da personalidade tributária recorrendo à figura das pessoas rudimentares no direito civil. Embora aceitando-se o princípio de que a personalidade jurídica em si mesma não é passível de gradações, reconhece-se uma especialidade ao nível da capacidade de gozo, neste caso extremamente diminuta. A explicação para a abordagem do direito fiscal residiria na limitação de efeitos a que a lei tributária, moldada pelo pragmatismo que a caracteriza, submete a concessão de personalidade, limitando-se a capacidade a um conjunto circunscrito de posições jurídicas. Em vez de uma capacidade plena, teríamos uma capacidade limitada às situações expressamente definidas na lei, tal como sucede nas chamadas pessoas rudimentares. Cfr. SEQUEIRA (2020), pp. 149-156; e SEQUEIRA (2015), pp. 58-59.

- BERLIRI, Luigi Vittorio, *La Giusta Imposta: Appunti Per un Sistema Giuridico Della Pubblica Contribuzione: Lineamenti di una Riforma Organica Della Finanza Ordinaria*, Giuffrè, Milão, 1975.
- BUJANDA, Fernando Sainz de, *Hacienda y Derecho: Estudios de Derecho Financiero*, vol. II, Instituto de Estudios Politicos, Madrid, 1962.
- CAMPOS, Diogo Leite/RODRIGUES, Benjamim Silva/SOUSA, Jorge Lopes de, *Lei Geral Tributária – Anotada e Comentada*, 4.ª ed., Encontro da Escrita, Lisboa, 2012.
- CANÉ, Daniele, *Soggettività Tributaria e Giusta Imposizione: Presupposti, Discipline, Sistema*, Giuffrè, Milão, 2021.
- CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Francisco Liberal Fernandes/Maria Raquel Guimarães/Maria Regina Redinha, (coord.), 4.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2021.
- CORREIA, Miguel, *Taxation of Corporate Groups*, Wolters Kluwer, AH Alphen aan den Rijn, 2013.
- COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da, *Curso de Direito Fiscal*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1972.
- COZIAN, Maurice, «Propos Désobligeants sur une “Tarte à Lá Crème”: L’Autonomie et le Réalisme de L’impôt sur le Revenue», in *Les Grands Principes de la Fiscalité des Entreprises*, 3.ª ed., Litec, Paris, 1996, pp. 2-10.
- DIREÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMAÇÃO, *Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (Manual do IRC)*, Autoridade Tributária e Aduaneira, Lisboa, 2016.
- DOESUM, Ad van et alii, *Fundamentals of EU VAT Law*, 2.ª ed., Wolters Kluwer, AH Alphen aan den Rijn, 2020.
- EMANUELE, Emmanuele, *Elementi di Diritto Tributario*, Giuffrè, Milão, 1978.
- FALSITTA, Gaspare, *Manuale di Diritto Tributario – Parte Generale*, 11.ª ed., Cedam, Pádua, 2020.
- FANTOZZI, Augusto, *Corso di Diritto Tributario*, Utet, Milão, 2004.
- FAVEIRO, Vítor António Duarte, *Noções Fundamentais de Direito Fiscal Português*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1984.
- FERNANDES, Filipe de Vasconcelos, *As Contribuições Financeiras no Sistema Fiscal Português: Uma Introdução*, Gestlegal, Coimbra, 2020.
- FERNANDES, Luís Alberto Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 3.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001.
- GIANNINI, Achille Donato, *Istituzioni di Diritto Tributario*, Giuffrè, Milão, 1938.
- GIARDINA, Emilio, «La Capacità Giuridica Tributaria Degli Enti Collettivi Non Personificati», in *Rivista de Diritto Finanziario e Scienza Delle Finanze*, vol. XXI, parte I, 1962, pp. 269-335.
- GIOVANNINI, Alessandro, *Soggettività Tributaria e Fattispecie Impositiva*, Cedam, Pádua, 1996.
- GOMES, Nuno Sá, «Os Sujeitos Passivos da Obrigação Tributária», in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 196/198, 1975, pp. 7-58.
- GUTMANN, Daniel et alii, *Corporate Income Tax Subjects*, IBFD, Amesterdão, 2015.

- HARRIS, Peter, *Corporate Tax Law: Structure, Policy and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- JARACH, Dino, *O Fato Imponível – Teoria Geral do Direito Tributário*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.
- LAVAGNA, Carlo, «Teoria dei Soggetti e Diritto Tributario», in *Rivista de Diritto Finanziario e Scienza Delle Finanze*, vol. xx, parte I, 1961, pp. 3-19.
- MARTINEZ, Pedro Soares, *Da Personalidade Tributária*, 2.^a ed., Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1969.
- MICHELI, Gian Antonio, «Soggettività Tributaria e Categorie Civilistiche», in *Rivista de Diritto Finanziario e Scienza Delle Finanze*, n.º 3, 1977, pp. 419-438.
- MORAIS, Rui Duarte, *Apontamentos ao IRC*, Almedina, Coimbra, 2009.
- NABAIS, José Casalta, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Almedina, Coimbra, 1998.
- NABAIS, José Casalta, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2020.
- NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 11.^a ed., Almedina, Coimbra, 2021.
- NABAIS, José Casalta, «A Centralidade do Facto Tributário e a sua Limitada Consideração na Jurisprudência», in *Revista Jurídica Portuguesa*, n.º especial, 2022, pp. 72-97.
- PALMA, Clotilde Celorico, *As Entidades Públicas e o Imposto sobre o Valor Acrescentado – Uma Ruptura no Princípio da Neutralidade*, Almedina, Coimbra, 2015.
- PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, *Fiscalidade*, 6.^a ed., Almedina, Coimbra, 2018.
- PIRES, José Maria Fernandes, *et alii, Lei Geral Tributária Comentada e Anotada*, Almedina, Coimbra, 2015.
- ROCHA, Joaquim Freitas da/SILVA, Hugo Flores da, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Almedina, Coimbra, 2019.
- SANCHES, José Luís Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- SEQUEIRA, Elsa Vaz de, «Da distinção entre Contitularidade de Direitos e Concorrência de Direitos», in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 39-70.
- SEQUEIRA, Elsa Vaz de, *Teoria Geral do Direito Civil: Princípios Fundamentais e Sujeitos*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020.
- SILVA, Suzana Tavares, *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- SIMÕES, A. A. Galhardo, «Subsídios para um Conceito Jurídico de Contribuinte e outros Estudos», in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 29, 1964.
- TEIXEIRA, António Braz, *Princípios de Direito Fiscal*, vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 1993.
- TESAURO, Francesco, *Istituzioni di Diritto Tributario*, vol. I, 14.^a ed., Utet, Milão, 2021.
- TESORO, Giorgio, *Principi di Diritto Tributario*, Macri, Bari, 1938.
- TSCHURTSCHENTHALER, Johanna, *Les Entités Dépourvues de la Personnalité Morale en Droit Fiscal*, Legitech, Bertrange, 2021.

VASQUES, Sérgio, *O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária*, Almedina, Coimbra, 2008.

VASQUES, Sérgio, *Manual de Direito Fiscal*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2018.

VASQUES, Sérgio, *O Imposto sobre o Valor Acrescentado*, Almedina, Coimbra, 2020.

XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, vol. 1, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1981.

Comando e liberdade – ou da *legalização* da eutanásia aos crimes contra as pessoas, em busca dos novos desafios que os interpelam

PEDRO GARCIA MARQUES*

O que se segue traduz em forma escrita a *talk* realizada no dia 12 de Julho de 2022, integrada na série *Católica Talks 2021-2022*, do Católica Research Centre for the Future of Law, em Lisboa, subordinada ao tema indicado no título do texto.

A apresentação foi seguida de comentário do Senhor Professor Germano Marques da Silva, a quem agradeço penhoradamente a honra e o privilégio da sua disponibilidade de sempre, sinal de uma generosidade com tanto nos ensina, todos os dias. Bem-haja.

Agradeço-lhe ademais as suas sempre tão pertinentes observações, bem como o debate vivo a que as mesmas deram azo.

Agradeço ainda o gentil e sempre tão amigável convite para a participação nesta iniciativa que me foi dirigido pela Senhora Professora Doutora Elsa Vez de Sequeira, coordenadora da Secção em Lisboa do nosso Centro de investigação.

O escrito tem, por isso, a marca do tempo e identifica o momento preciso em que a intervenção ocorreu. Refere-se ele ao mês de Julho do ano passado.

Importa, por isso, dar nota que conhecemos a evolução ocorrida, entretanto, em relação a um dos temas tratados: aquele respeitante à despenalização da morte medicamente assistida.

Aquando da apresentação do texto por ocasião da mencionada *talk*, importava considerar com particular atenção o Decreto n.º 109/XIV da Assembleia da República, desde logo à luz do acórdão n.º 123/2021 que

* Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, <https://orcid.org/0000-0002-6212-7096>

fiscalizara, em sede preventiva e de forma abstrata, a sua constitucionalidade, a pedido do Presidente da República.

Posteriormente, em momento mais recente, novo impulso legislativo se deu nesta matéria com a aprovação pela Assembleia da República de nova proposta – o Decreto n.º 23/XV da Assembleia da República -, seguida de novo pedido de fiscalização preventiva e abstrata de constitucionalidade pelo Chefe de Estado. E, por fim, na sequência daquele pedido, novo aresto foi exarado pelo Tribunal Constitucional sobre a matéria, o acórdão n.º 5/2023.

Optamos, no que se segue, por manter praticamente inalterado o texto redigido e apresentado em Julho do ano transato, mantendo assim indelével a marca do tempo histórico que então se vivia. E assim, desde logo, porque, o essencial da análise e da argumentação aqui por nós expendida quanto à proposta parlamentar de então, persistem inalteradas, mesmo em face da nova iniciativa do Parlamento no seu Decreto n.º 23/XV. Sendo que, tão pouco, o acórdão n.º 5/2023 do Tribunal Constitucional, seja na decisão da maioria, seja nas declarações de voto expendidas, trazem algo de novo que justifique reconsiderar o sentido e a substância das objeções por nós levantadas em 2022.

Procederemos, então, a referências brevíssimas e apenas a isso, à iniciativa legislativa parlamentar consolidada no Decreto n.º 23/XV, em momentos meramente pontuais da exposição que se segue e na estrita medida em que importem novidade em relação ao que constava do texto apresentado em Julho de 2022.

I. Objeto e abordagem

O esforço que ora se enceta pouco tem de viável no formato que lhe é proposto.

Passa ele por olhar para os desafios recentes colocados aos crimes contra as pessoas, a partir da discussão recente suscitada pela genericamente denominada *legalização* da eutanásia.

A dúvida sobre a viabilidade do esforço resulta óbvia, pois que se poderá sempre perguntar o que tem que ver essa discussão com aquela respeitante a crimes tão diversos daqueles que estão em causa na discussão sobre a eutanásia, o seu tratamento jurídico-penal e sobre as dúvidas suscitadas sobre a admissibilidade do seu acolhimento jurídico-constitucional.

Sendo tão diversos os parâmetros e critérios que delimitam as fronteiras de ilicitude em cada um dos tipos arrumados no pertinente Livro

II, Título I do Código Penal, e tendo como único elemento aparentemente comum o facto de promoverem a tutela de bens jurídicos que, apesar da sua diversidade, seriam, como um todo, dotados de natureza dita pessoal, razão pautaria a quem defenda que a proposta de análise é, de facto, epistemologicamente inviável. A diversidade entre eles é tal que o facto de respeitarem a bens ditos pessoais – também tão diversos entre si – tornaria inviável qualquer abordagem transversal de todos eles, sobretudo quando se partisse da discussão particular da *legalização* da eutanásia. O que pode esta discussão ter que ver com a compreensão dos desafios que se colocam aos crimes contra as pessoas, como um todo, nomeadamente àqueles que em nada respeitam à proteção da vida humana, em face de comportamentos que, intencionalmente, visem pôr-lhe termo?

Ora, o nosso caminho é, precisamente, o de refutação de uma forma de entendimento desses crimes se compreenderem assim arrumados pela aparente mera coincidência de tutelarem bens que, apesar de muito diversos entre si, encontram como traço comum, de alcance transversal, o facto de partilharem a mesma natureza: de se tratar de bens ditos pessoais.

É certo que a compreensão que ora se refuta conta a seu favor com a capacidade de identificar nos crimes contra as pessoas elementos comuns de relevância epistémica no seio das ciências penais, capazes de explicar uma tal arrumação em termos que não a remeta para uma escolha mais ou menos arbitrária do legislador, ditada por razões de conveniência sistemática ou de mera imitação de exemplo similar em sede comparatística.

De entre esses elementos comuns, pontificaria, como traço de presença constante em todos os crimes pessoais, apesar de toda a diversidade entre si, a natureza infungível de cada um dos bens jurídicos aí protegidos. Infungibilidade essa afirmada por verdadeira necessidade civilizacional, fundada na afirmação e necessidade de acolhimento consequente do valor de dignidade a reconhecer em cada um. Despontando como contributo jusdogmático que funda as suas raízes no domínio restrito da constituição material em que o Direito – e todos os que lhe queiram dar voz – assume um papel eminentemente declarativo. Proclama o que se impõe para que normas se chamem de Direito e o próprio Estado mereça ser designado *de Direito*.

Será essa característica capaz de traçar uma linha de comunhão entre crimes ditos, por isso e com propriedade, contra as pessoas. Atravessando

cada um no seu âmago, qual fio que os trespassa e os impregna de uma ideia determinante e capaz de, por si, fornecer a *parte de leão* de um discurso legitimador exigido a cada tipo incriminador num Estado *de Direito*. Cada um destes bens é, porque pessoal, infungível.

É, no entanto, uma abordagem que aproxima e *junta* tipos de crime na perspectiva primordial, para não dizer exclusiva, do bem jurídico. Menos do que aí é protegido, pois que essa será matéria de interesse de cada tipo integrado no capítulo, mas da natureza do bem – comum a todos os bens – por esses tipos protegidos. Natureza, obviamente e como se disse, pessoal.

Não será isso pouco, pois que, como mencionado, será essa abordagem determinante para a afirmação neste campo de um Estado *de Direito*.

Não será, no entanto, se bem nos parece, esta abordagem e este prisma suficiente ainda para a afirmação neste campo de um Estado que, para além *de Direito*, seja ainda, também, *democrático* e *liberal*. E, portanto, para que, por via de cada um destes tipos, se garanta o cumprimento do que resulta imposto numa *democracia*. E, sobretudo, do que resulta imposto num Estado que, sendo *de Direito* e *democrático*, o seja também e, sobretudo, fundado em *liberdade*.

Será outra a perspectiva que, se bem nos parece, se impõe considerar como ocupando o centro do discurso legitimador comum aos crimes contra as pessoas.

Olhemos, por isso, para o objecto escolhido – os crimes contra as pessoas e os desafios atuais que se lhes dirigem –, nessa perspectiva: a da liberdade.

Fundamento, desde logo, para a natureza infungível de cada bem jurídico pessoal tutelado naquele Título, está a *liberdade*, a vontade *livre* e autodeterminada, o desenvolvimento *livre* de personalidade no momento da atuação e sempre neste como *marca de água* de uma abordagem especificamente penal.

De uma liberdade que, no que ao Direito Penal se exige, se surpreende ou infirma no momento do facto, como característica, seja de quem atua realizando o facto típico, seja do que é lesado e colocado em perigo na sua pessoa por força da atuação daquele.

Ora, precisamente aqui se ancora a proposta de abordagem – que, de forma pomposa, se poderia designar de metodológica – no sentido de partir da discussão recente sobre a *legalização* da *eutanásia* para a compreensão mais geral dos crimes contra as pessoas, sob o pano de fundo dos desafios que hoje se colocam a uns e a outros. E assim porque, assim propomos, de desafios fundados precisamente no reconhecimento

de liberdade e capazes de colocar em crise os termos em que esta e, com ela, a vontade *livre* e a autodeterminação *livre* desta, como parte do direito de *livre* autodeterminação da vontade se veem tradicionalmente compreendidos e criticados.

E propomo-lo fazer a partir da consideração da *legalização* da *eutanásia*. Pois que aí, na nossa perspectiva, importa, precisamente, questionar a liberdade ou os termos em que ela se vê topada e reconhecida.

Ora, a dúvida que se levanta quanto à presença aí de uma vontade verdadeiramente livre, em face das condições legais e do procedimento proposto pela recente proposta da Assembleia da República relativa a essa matéria, surge como ponto de partida e ensejo bastante para a consideração dos termos em que liberdade e a autodeterminação são considerados no âmbito dos crimes contra as pessoas.

Aí – na discussão da *legalização* da *eutanásia* –, o centro da atenção mergulha no que seja isso de liberdade e, sobretudo, de liberdade no momento da atuação, exigência incontornável, em razão da definitiva irreversibilidade das consequências, uma vez dada a morte a pedido da pessoa que a requer.

De uma liberdade que, aí discutida e colocada em crise, traz à superfície a dimensão problemática maior que desafia, a seu modo, tipos penais integrados entre os crimes contra as pessoas, assim como tipos justificadores relevantes neste domínio. E todos desafiados se encontram no seu fundamento legitimador, não apenas, nem principalmente, pela natureza do bem lesado ou colocado em perigo na pessoa da vítima, mas, sobretudo, pela dimensão de liberdade e autodeterminação de vontade e de livre desenvolvimento de personalidade que, nuns e noutros, está em causa reconhecer e proteger.

Partimos, então, da discussão da *legalização* da *eutanásia*, para os crimes contra as pessoas. Pois que o problema pode ser bem aquele de uma norma que, no que estabelece em forma de proibição ou em forma de autorização (consoante seja, de um lado, incriminadora ou, de outro, justificativa ou exculpante ou de desculpa), reconhece a existência de liberdade e, nesse reconhecimento, funda a razão de ser para a escolha por um de dois caminhos. Nuns casos, como o da proposta recente de *legalização* da *eutanásia*, de autorizar um comportamento, excluindo-o do âmbito de aplicação de normas incriminadoras a que o comportamento se subsume – assim, dos tipos de homicídio, nas suas diversas modalidades e do tipo e auxílio ao suicídio. Sendo, noutros, o de proibir comportamentos descritos nas normas incriminadoras integradas no elenco dos crimes

contra as pessoas, por se encontrar naquela liberdade e, por isso, na sua lesão ou colocação em perigo, fundamento bastante para a proibição.

Todos, se bem vemos, desafiados e todos nos desafiando quanto à compreensão da liberdade e do que ela exige para quem, na vontade de cada um – seja de quem atua e exige que seja autorizada a sua atuação, mas também de todos os que sofrem as consequências não consentidas da atuação de um terceiro –, encontre a afirmação de uma vontade livre, autodeterminada, afirmação mesma de um desenvolvimento, por isso, livre, de personalidade.

Dessa forma, a incursão final que faremos por crimes como o de violência doméstica e de maus tratos, pela consideração dos bens jurídicos protegidos nos crimes sexuais, todos eles atinentes a dimensões determinantes de liberdade e ainda pelos crimes de mutilação sexual feminina e de casamento forçado. Todos tomados como exemplos do que também aí é a presença indelével de um entendimento atual e novo de uma liberdade que, na forma como se vê protegida penalmente, identifica o cerne dos novos desafios que se colocam aos crimes contra as pessoas e que, como veremos, se bem nos parece, conferirá ao Direito Penal um papel de destaque na identificação de dimensões novas de autonomia e de liberdade a reconhecer pelo Direito.

Até porque, do Direito Penal se esperará, ademais, a definição do modo preciso como, em face de cada caso, se impõe, não apenas, o reconhecimento da existência de liberdade, como também a sua colocação em dúvida. Num caso como noutro, para o Direito Penal, é o caso que requer essa distinção, exigindo-a clara e precisa.

Nesse sentido desempenhará o Direito Penal um papel ancilar no desincumbimento de uma função que compete ao Direito como um todo.

Na verdade, do Direito depende a credibilidade associada a um juízo de adscrição de liberdade associada a cada ato de cada pessoa, em cada momento. Impõe-se, por isso, que esse juízo seja juridicamente válido e sustentável. Este, para lá da proclamação da liberdade como valor, terá de ser capaz de a encontrar – a liberdade – no caso. E de, aí a não encontrando, colocar em dúvida a natureza livre da vontade que aí se afirma pela voz de quem exige o seu reconhecimento.

E é precisamente a existência de liberdade e de vontade, por isso, livre, no caso concreto, que a proposta de *legalização* da eutanásia discutida entre nós traz à discussão no Direito e, em particular, no Direito Penal. A mesma liberdade que neste campo requer atenção quando se atente em cada crime contra a pessoa.

Por isso, de novo, voltamos à proposta e ao ponto de partida.

Começemos pela proposta de *legalização* da eutanásia e mergulhemos depois em alguns crimes contra as pessoas, sob a égide da liberdade como desafio. Antigo, certamente, mas, se não erramos e como poderemos demonstrar, tão antigo como novo.

II. A discussão relativa à *legalização* da eutanásia

1. O Decreto n.º 109/XV e o Decreto n.º 23/XV (quando pertinente) da Assembleia da República. Abordagem crítica

Tocaremos, por isso, na consideração do Decreto n.º 109/XIV da Assembleia da República e das normas dele constantes sobre a não punição da antecipação da morte medicamente assistida. Fá-lo-emos à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 123/2021 que procede à sua fiscalização preventiva de constitucionalidade, a pedido do Presidente da República.

Sendo que de tocar se trata apenas, pois que não procederemos a uma sistemática e cuidada análise de qualquer deles – Decreto e aresto –, antes apenas à partilha de considerações gerais e ao *correr da pena* que a leitura de um e de outro nos suscita.

E assim por fidelidade ao compromisso assumido em cima de tomar essa abordagem como ensejo para a consideração dos desafios que se colocam hoje aos crimes contra as pessoas. Desafios, assumimo-lo, relevantes na precisa dimensão que, assim nos parece, assoma no coração do problema jurídico suscitado por aquele Decreto, no seio da intenção legislativa aí, explicitamente, assumida: o da liberdade e dos termos em que é ou deve ser juridicamente reconhecido, em particular no contexto penal, como dimensão inextrincável de autodeterminação da vontade e do livre desenvolvimento de personalidade. No contexto embora da disposição sobre a própria vida nas situações excepcionais e de limite descritas na proposta e, de modo comum, remissíveis para casos de *eutanásia*.

Se o caminho é viável, caberá ao leitor decidir. Por ora e pela nossa parte, apenas nos cabe pedir que aquele Decreto e aquele Acórdão sejam objeto de leitura autónoma, pois que o que se segue não é, nem tem a pretensão de ser, relato descritivo, distanciado e desapaixonado. Não o é, de facto. Mas, também, não é definitivo. Pois que perguntas, não respostas, aqui trazemos.

O que de pessoal e não científico o leitor aqui encontrar relevará ou não como traço característico do que sempre marcará o contributo de todos os que querem colocar *pen to paper* o que sobre estes temas vão pensando. É ele, tantas vezes, o da urgência de um testemunho, menos que a ponderada descrição de uma opinião cientificamente fundada.

Avancemos, pois.

2. A ausência da presença legalmente afirmada da liberdade

O Decreto em causa parte de uma certeza que, por isso, se não pode, em bom rigor, qualificar de *pressuposto*. Pois que não está *pré-suposto*, antes se pretende assumir presente e, sobretudo, como presente no momento derradeiro em que é *dada a morte*. Parte o Decreto da certeza de que quem pede a morte, nas condições previstas na lei e nos termos do procedimento aí previsto, atua em liberdade. Exerce aí uma vontade livre, livre tornando a forma autodeterminação dessa vontade que, não apenas o pedido, mas do ato de morte, auto- ou heteroinfligido, representa.

Parte o legislador da certeza de que, cumpridas as condições aí previstas e o procedimento aí estipulado, a liberdade existe e que é verdade ser o pedido expressão de uma vontade livre.

De uma liberdade que, portanto, *é*, no sentido de que *existe*, em cada momento em que a vontade é afirmada e depois reafirmada, no seio do processo legalmente previsto para que se possa proceder à autorização administrativa de concessão de morte e de conseqüente não punição daqueles clínicos que participem na sua auto- ou heteroadministração, pela prática de crime de auxílio ao suicídio ou de homicídio nas suas diferentes modalidades, consoante o caso. Não será qualquer destes punidos porque o «doente» (assim denominado no Decreto, assim mantendo nós a designação) *é* livre, porque a sua vontade *é* manifestada livremente, porque *é verdade* que o *doente* atua, em cada um desses momentos, em liberdade.

Assim diz o legislador, considerando «antecipação da morte medicamente assistida não punível» como a que ocorre «por decisão da própria pessoa, maior, cuja vontade seja atual, reiterada, séria, livre e esclarecida» (art. 2º, n.º 1 do Decreto). Acrescentando depois condições e sujeitando a expressão de vontade a um procedimento administrativo de índole autorizativa que descreve e de que, de forma não sistemática é certo, não deixaremos de ir dando notícia.

E assim será necessariamente em face da definitiva irreversibilidade das consequências e da incorrigibilidade de qualquer erro que vicie o preciso fundamento em que se sustenta a decisão administrativa de autorização e a própria não punição dos participantes. A autorização e a não punição fundamenta-se na natureza livre da vontade manifestada e na existência dessa liberdade, em cada momento do processo legalmente previsto e, sobretudo, no momento imediatamente anterior ao derradeiro em que se dá cumprimento à vontade manifestada pelo *doente*. Sempre, porque se assevera ser *livre*. Por haver aí vontade livre. Liberdade, portanto.

Do ponto de vista jurídico será esse o sustento factual mínimo para que o legislador e todos os que subscrevam a sua opção, no conjunto de condições que a proposta estabelece e nos termos do procedimento aí consagrado, encontrem refletida a afirmação e o exercício, no caso e no momento – até ao momento derradeiro –, da autodeterminação de vontade que se encontra constitucionalmente assegurada, nos termos da garantia do livre desenvolvimento de personalidade, enquanto decorrência do reconhecimento, também constitucional, da dignidade da pessoa humana.

E, no entanto, a afirmação de liberdade, nas situações-limite enunciadas, todas marcadas por situação de sofrimento intolerável, a que se acrescenta, ou lesão definitiva de gravidade extrema, de acordo com o consenso médico, ou doença incurável e fatal, permitirá sempre perguntar que liberdade é essa que poderá ainda existir num contexto existencial dominado pelo sofrimento.

Que seja liberdade entendida apenas no sentido de vontade *livre de pressões*, de pouco adianta. Pois que, sempre importará perguntar em que termos o próprio sofrimento, exigido que se torna intolerável, e as próprias lesão e doença, de gravidade extrema, a primeira, e incurável e fatal, a segunda, não serão eles próprios de tomar, por definição, como *pressões*. E como *pressões* porventura insuscetíveis de permitir topar numa vontade construída nestas circunstâncias, a presença de liberdade, pois que é uma vontade por essas circunstâncias dominada e determinada, no sentido de que a vontade de que seja dada a morte apenas existe precisamente por causa dessas circunstâncias. E, levantada a dúvida de, nessas circunstâncias, se poder identificar a presença de liberdade, na mesma medida se levanta a dúvida sobre a possibilidade de presença aí de uma vontade livre. Aquela precisa vontade dita *livre* que assoma como condição *sine qua non* e razão fundamental de autorização do ato e de não punição de quem nela participe.

De todo o modo, ficará a dúvida sobre a verdade da liberdade enquanto característica da vontade em que se sustenta a decisão de autorização em dar a morte ou de antecipação medicamente assistida da morte, seguindo a designação legal.

Sendo que não poderá deixar de ser esta, insiste-se, exigência de uma lei que na verdade nessa liberdade, em cada momento do processo e no momento derradeiro em que é *dada* a morte, procura sustentar a legitimidade de uma autorização de consequências definitivas e irreversíveis e ainda de uma não punição. Uma e outra fundam-se na precisa verdade da verificação dessa liberdade em cada um desses momentos, até ao momento final.

Dúvida essa que se adensa quando, nos termos do procedimento legalmente proposto e que voltaremos a referir *infra*, se exige apenas ao médico orientador contacto pessoal com o *doente*. Nada de semelhante se impondo ao médico especialista da patologia de que o *doente* padece, podendo aquele emitir parecer favorável ao pedido de lhe dar a morte, sem com o *doente* se ter encontrado.

Dúvida que se mantém quando o legislador não exige, por regra, a participação de médico psiquiatra em cada processo. Não exigindo, ainda, nos casos em que essa participação se dê, que contacte pessoalmente com o *doente*, antes da emissão do parecer. De novo se permitindo que o seu parecer, incidente, entre outras coisas e à semelhança do do médico especialista, na existência de vontade séria e livre, além de atual, reiterada e esclarecida, seja exarado sem que se tenha encontrado com o *doente* que requer a sua morte.

A objeção mantém-se por inteiro mesmo à luz do texto proposto pela nova redação constante do Decreto n.º 23/XV¹.

¹ A objeção impõe-se mesmo perante a nova redação do Decreto n.º 23/XV, pois que, apesar desta, pela primeira vez, prever a possibilidade do requerente beneficiar de uma consulta de psicologia clínica, não terá esse psicólogo clínico qualquer participação no processo conducente à decisão sobre a autorização de morte medicamente assistida. Na verdade, a consulta em causa será marcada pelo médico orientador, caso se não verifique oposição expressa do requerente da autorização, e tem um fito preciso, sendo ele, no que respeita ao requerente, o de “garantir a compreensão plena das suas decisões, no que respeita a si próprio e àqueles que o rodeiam, mas também o esclarecimento das relações e da comunicação entre o doente e os familiares, assim como entre o doente e os profissionais de saúde que o acompanham, no sentido de minimizar a possibilidade de influências indevidas na decisão” (art. 4.º, n.º 8). Em momento algum se prevendo a avaliação pelo psicólogo clínico para efeitos de diagnóstico e despiste de doenças mentais, designadamente daquelas capazes de obstar ao exercício livre da vontade; nada se

Dúvida ainda quando, de novo, se não exige esse encontro pessoal entre qualquer dos membros da Comissão de Verificação e de Avaliação (doravante CVA) e o *doente*, mesmo quando àqueles cabe a emissão do parecer final, assim como o papel decisivo na concessão de autorização no sentido de que se lhe *dê a morte*.

Dúvida, por fim, precisamente quanto à dimensão de liberdade enquanto manifestação de vontade *livre de pressões*, quando em momento algum do processo se prevê a participação ou a prestação de testemunho, oral ou escrito, por pessoas próximas do *doente*, nomeadamente pelos seus familiares. Menos ainda se prevê o encontro pessoal de qualquer dos clínicos acima mencionados ou dos membros da CVA com qualquer

prevedo ainda quanto à sua participação no aconselhamento, proposta ou promoção de terapia psicológica, quando entenda esta impor-se; não se prevenido, em suma, qualquer participação sua neste domínio na instrução do processo autorizativo ou no aconselhamento daqueles que aí intervêm, não se contemplando sequer que por estes seja ou deva ser ouvido. De modo que, não apenas se mantém válidas todas as objeções formuladas em texto em relação a esta nova versão aprovada pelo Parlamento e sujeita a controlo de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional em 2021, como a pertinência das mesmas se veem, a nosso ver, ainda reforçadas se considerarmos novo texto proposto. E assim porque, de acordo com esta proposta, o clínico, médico psiquiatra que se pronuncia, por via de um parecer, sobre a sanidade mental e a liberdade do requerente, não se encontra legalmente obrigado a observá-lo em contexto clínico, podendo emití-lo sem sequer o ter visto. Apenas se exigindo contacto pessoal no momento em que o informa do parecer favorável já por si exarado. E, mesmo aí, importa notar, sempre acompanhado do médico orientador, não estando assegurada, nem mesmo nesse momento, a presença a sós com o doente. Privados ficando, clínico e doente, da condição mínima essencial a assegurar em toda a relação clínica fundada, por definição, na garantia de preservação da liberdade do paciente e do clínico: a garantia da confidencialidade. Já o psicólogo clínico, que observa em contexto de consulta o doente, não tem, como mencionado, qualquer participação no processo conducente à autorização sobre morte medicamente assistida, de modo que não se pronuncia no processo autorizativo, nem tão-pouco nele é ouvido, sobre a pessoa que observa, em particular sobre a sua sanidade mental e liberdade para decidir. Tudo conduzindo a um resultado particular: quem, no processo autorizativo, se pronuncia sobre a capacidade e a liberdade da pessoa que deseja morrer não tem de a ver ou de a observar antes da emissão do parecer. E quem a vê em contexto clínico não se pronuncia sobre a capacidade e a liberdade do doente, cuja existência ou falta dela teve a possibilidade de observar em contexto clínico. Que o único contacto do médico psiquiatra com o doente se dê, somente para comunicar um parecer positivo já por si exarado e, mesmo nesse momento, apenas e só na presença do médico orientador, nunca a sós e sem qualquer garantia de confidencialidade, própria de toda a relação clínica, de modo a que se preserve a sempre fundamental liberdade de um e de outro, apenas adensa a peculiaridade de todo o processo e a certeza de que pouco ou nada deve às exigências de legitimidade que, em face do que está em causa, importaria, de pleno, respaldar.

deles. Dúvida ficando, inevitavelmente, sobre a pressão, tantas vezes avassaladora, sentida pelo *doente* nas circunstâncias descritas na lei por se sentir um peso, um fardo. Para não falar da outra, de contornos possivelmente criminais, que possa por aqueles – próximos ou familiares – ser feita sobre este, no sentido de assim se sentir – um peso, um fardo – e, no sentido de, pela morte, se decidir.

Dúvida, já agora e no final, pelo tempo exíguo, limitado a um período mínimo de seis dias, para que todas as fases do procedimento sejam esgotadas. Conferente, por isso, de um período de reflexão que, em casos concretos, poderá não ser muito superior a este tempo mínimo legalmente previsto. Bastando para isso que a primeira manifestação de vontade de antecipação de morte pelo *doente* tenha ocorrido pouco tempo antes do momento em que se procede à abertura de procedimento. De modo que cabe perguntar: Será a opção do legislador capaz de proporcionar tempo suficiente para que a vontade expressa pelo *doente* beneficie de condições mínimas de suficiente maturação e reflexão para poder ter a pretensão de vir a ser considerada como livre?

Dúvida que persiste, no essencial, mesmo em face da nova redação proposta pelo Parlamento no mais recente Decreto n.º 23/XV².

E não se alegue que a declaração de inconstitucionalidade do Decreto apresentado a apreciação pelo Tribunal Constitucional seguramente se traduzirá na refeitura das normas aqui colocadas em crise, pois que nenhuma das normas aqui sujeitas a crítica foram declaradas inconstitucionais.

Sendo que, além disso, pelo exposto, da arquitetura fundamental do texto se trata aqui, nas condições substanciais e de procedimento que

² O essencial da objeção apresentada em texto mantém a sua pertinência, mesmo em face da nova redação constante do Decreto n.º 23/XV, pois que aqui, como novidade em relação à iniciativa anterior, encontramos a previsão de prazos máximos para a realização de cada uma das fases do processo. Nos termos dos quais e considerando a fase eventual de participação de médico psiquiatra, o processo autorizativo parece dever durar no máximo entre 40 e 55 dias úteis. Ora, o essencial da objeção apresentada em texto subsiste em face daquela resultante do novo Decreto porque o que neste se encontra previsto são prazos máximos para o cumprimento de cada fase processual. Prazos que, porque máximos, por definição, apenas não poderão ser ultrapassados, mas que não impedem o completar de cada fase processual respetiva nos primeiros dias em que cada prazo inicia a sua contagem. Razão pela qual não terá sido intenção do legislador, na nova redação, impedir o que, mesmo à sua luz, se torna possível, ou seja, a tomada de decisão de autorização e o ato de dar a morte num curto período de tempo que o novo texto não impede, antes permite, possa ser particularmente curto. Não muito superior, portanto, em relação ao indicado em texto.

estabelece para o reconhecimento de um direito. Ora, estas ou outras condições mais detalhadas em lei posterior não prejudicarão ou infirmarão a natureza da objeção a dirigir a qualquer diploma que se funde nos mesmos pressupostos.

3. *A afirmação da liberdade possível*

Mas dir-se-á, em réplica, que aquela liberdade de vontade é apenas a liberdade que é possível demonstrar. Algo como vontade espontaneamente exercida, de iniciativa reiterada e insistente do *doente*, de alguém consciente das consequências. De uma *liberdade* que, como indicado, nada diz sobre a sua existência no caso, em cada momento da sua afirmação, menos ainda da verdade da sua afirmação em cada um desses momentos. De uma afirmação escrita e reiterada, pelo próprio e por terceiros, se trata que, no entanto, nada diz quanto à verdade de existência de liberdade em cada um desses momentos, em particular no derradeiro e final momento da execução de vontade.

Tudo correspondendo a que se aceite afirmar, como tradução de uma vontade livre, uma decisão em que essa liberdade se não vê, nem procura ver, demonstrada.

Conclusão que, necessariamente, se estende à consideração da precisa liberdade constitucionalmente assegurada na garantia de autodeterminação de vontade assegurada como decorrência do desenvolvimento livre de personalidade, enquanto dimensão inextrincável da dignidade da pessoa que o legislador e quem o secunde pretendem invocar como fundamento daquela decisão de autorização e de conseqüente não punição dos participantes no ato de morte.

Também aí, os termos da autorização e de não punição permitiriam o reconhecimento constitucional de uma vontade livremente autodeterminada e de um livre desenvolvimento de personalidade onde tal liberdade se não demonstre ou procure sequer demonstrar em cada momento em que a vontade se vê expressa pelo *doente* e em cada parecer favorável em que, em cada fase, clínicos e membros da CVA o afirmem.

Naturalmente que, em face desta objeção, uma tréplica poderá ser, então, a justo título, promovida. A de que, por muito competente que seja o legislador não poderá ele alguma vez lograr a descrição e delimitação de condições que sejam idóneas a demonstrar ou a infirmar a existência *aí* da liberdade de que terá o *doente* que beneficiar para que

a sua vontade seja dita e comprovada, na realidade, como livre. Essa verdade e inerente demonstração estaria para além do legislativamente alcançável, situando-se, em boa verdade, para lá daquilo que é suscetível de se ver assegurado pelo Direito.

E que, portanto, quando isso se exigisse, em causa estaria uma imposição que, situada para além do que o Direito pode permitir que se demonstre, se traduziria na impossibilidade de alguma vez se poder sustentar juridicamente a possibilidade de autorização da eutanásia e de não punição daqueles que nela participem.

Regressamos deste modo ao que significa e se exige em termos de prova de ausência *de pressões*, pois que liberdade não será mais do que isto. A que se adiciona reiteração, forma escrita, pareceres de terceiros, também reiterados e sujeitos à mesma forma, produzidos nos momentos de procedimento legalmente indicados e nos termos aí rigorosamente estabelecidos.

Quando desta forma se entenda, liberdade não se demonstra. Poderá não haver *aí*. Cumpre-se uma vontade, sem que a natureza livre desta se demonstre. Afirma-se a uma vontade livre sem que se possa demonstrar a verdade dessa afirmação.

Mas, quando assim seja, confia-se no procedimento, nas suas fases, na reiteração, na forma escrita, dessa vontade pelo *doente*. E, no facto de terceiros – médico orientador, médico especialista na doença de que padece e membros da CVA – o afirmarem de forma unânime.

4. O comando e a limitação de um discurso não apofântico

A resposta, em face disto, poderá ser e certamente será para muitos: *Precisamente, por isso* se não pode admitir a *legalização* da eutanásia e a conseqüente não punição de quem participe no ato de auto- ou de heterodeterminação da morte. Surgindo como um dos argumentos possíveis a retirar do arsenal dos que se oponham à lei, desde logo quando rejeitem a admissibilidade de *legalização* da eutanásia, mediante a sua autorização administrativa e de não punição de quem nela participe, seja nas condições e por via do procedimento previsto na lei, seja, na verdade, em geral, e, para tantos, em quaisquer condições.

O argumento maior, quando sustentado na Constituição formal, será certamente fundado no alcance peremptório dos termos em que o legislador constituinte promove a proteção da vida humana – a vida humana é *inviolável*.

De todo o modo, a esse se acrescentará, decerto, a dúvida quanto à existência de liberdade ou mesmo a certeza da sua inexistência em situações-limite de sofrimento e de conseqüente desespero como aquelas inequivocamente descritas pelo legislador como fundamento da pretendida vontade de *autorização/legalização* e de não punição.

E em face disto, independentemente da posição que se adote na contenda, possível será, no entanto, retirar algo de particularmente relevante desta disputa relativa ao que pode ou não ser afirmado quanto à existência *aí* de liberdade e, portanto, de vontade livre.

Releva ela de um ponto de vista analítico e, situando-se para lá dela, encontra-se no centro do que suscita o debate. Ou seja, centra-se na norma de Direito e no que ela impõe em forma de *comando*.

E de comando se trata aqui, pois que, da autorização decorrente de um processo autorizativo resulta, como, de resto, reconhece o Tribunal Constitucional no Acórdão citado, um direito. Aquele do *doente*, cumpridas as condições da lei e os requisitos processuais, ver cumprida a sua vontade de que se lhe *dê a morte* e que seja auxiliado no cumprimento dessa decisão.

Sendo que, em simultâneo e em boa verdade, ainda se ordena que esse *doente*, titular de um direito e em razão precisamente desse título, seja tratado como *livre*, nos termos de um comando que dirá: trate-se como livre e obedeça-se à sua vontade, porque proveniente de alguém que *é* livre.

De uma norma não se trata, portanto, que tenha mero componente autorizativo ou de não punição – seja ele, como se poderá discutir, de exclusão de ilicitude penal ou de exclusão da culpa –, pois que de uma posição ativa cuida tratar e respeitar (naturalmente se lei de conteúdo próximo ao Decreto sujeito a fiscalização de constitucionalidade vier a entrar em vigor). E se trata ainda de obediência à decisão autorizativa que venha a ser proferida pela CVA no sentido de antecipação da morte medicamente assistida. Pois que existirão, entre instituições de saúde, *entidades oficiais* certificadas a quem competirá dar cumprimento àquela vontade. E a todos cabendo, se lei de conteúdo semelhante vier a entrar em vigor, respeitar esse cumprimento.

Ora, a ser assim, a contenda acima descrita deixa a claro que de um *comando* se trata e de um discurso, o jurídico, que afirma a existência do que não pode demonstrar como existente: a liberdade. Que afirma a verdade do que não pode demonstrar como o sendo. Apesar de tomar a

afirmação de existência e de verdade dessa liberdade, em cada momento do processo e, sobretudo, no momento em que é *dada a morte*, como fundamento de um direito. De um direito que, quando respeitado nos termos da vontade manifestada, terá consequências definitivas e irreversíveis. Trata-se, portanto, de um direito fundado e justificado na existência de uma liberdade cuja existência se não pode demonstrar pelo Direito.

De comando e de discurso jurídico se trata que, nesta impossibilidade se junta a outros discursos e respetivas linguagens que, com o Direito partilham um traço comum: o facto de se afirmarem e fazerem a sua aparição sob a forma de comando. Partilhando, por isso, uma característica comum adicional: impõem, fazem-no sob a forma de comando, tomando como sua uma forma de discurso que cuida de impor, de ordenar. Não cuidando, na verdade, da distinção entre o verdadeiro e o falso.

De discursos, por isso, se trata que não cuidam do verdadeiro e do falso e do que possa, por via deles, não apenas ser afirmado como verdadeiro ou como falso, mas que também, como tal – verdadeiro ou falso –, possa ser demonstrado. Não se trata nesses discursos de demonstrar em termos de verdade e de falsidade o que é objeto de comando e, por isso, por ele ordenado. Não podendo, por isso, sustentar o que afirmam em termos de verdade ou de não verdade.

Esta característica subjacente ao discurso jurídico e topada pelos apoiantes e opositores acima colocados em hipotético confronto é característica que parece ressaltar como evidente no contexto da discussão da liberdade no seio da *legalização* da eutanásia.

Mas é ela, na verdade, característica de outros mais discursos, além do Direito, que com ele partilham o facto de manifestarem sob a forma de comando.

Em causa estão discursos *não apofânticos*. Assim os designa ARISTÓTELES, no seu *Sobre a Interpretação*, neles incluindo, como melhor veremos *infra*, o Direito, a moral e a religião. Deles distinguindo os *apofânticos*, onde se integra a ciência, a matemática, a filosofia. Ou seja, os que, nota, ao contrário cuidam da distinção entre o que é verdadeiro e é falso e do que, em verdade, possa ser não apenas afirmado, como demonstrado.

E, isto dito, não cuida mais o pensador de Estagira do *não apofântico*, antes só do que à verdade concerne e da verdade cuida. Abandonado se encontrando desde então, segundo AGAMBEN, a quem regressaremos (como a ARISTÓTELES) em maior detalhe *infra*, no pensamento ocidental toda a reflexão sobre o comando, enquanto imperativo.

Impõe-se, então, em forma de desafio, a pergunta sobre o preciso comando que no Direito e na moral, assim como na religião, dita os termos de uma linguagem e de uma interpelação que deixam na sombra aquela precisa falta de demonstração que os interlocutores acima referidos na contenda suscitada pela *legalização* da eutanásia notaram: afinal, que liberdade é essa que se afirma no comando, quando liberdade alguma se pode demonstrar, *qua* liberdade existente no momento da decisão dramática e irreversível de que seja *dada a morte*?

A isto voltaremos, formando o grosso da parte III e do que nela teremos para dizer sobre esta matéria.

Mas avancemos. Desde logo, para o que será elemento de perturbação ou de exacerbamento do que naquela parte se tomará dito.

5. O processo burocrático – ou Weber contra Kafka

Aquele problema, difícil que é por definição, poderia bem autorizar-nos a uma discussão fundamentalmente teórica deixada aos termos do contributo que a lógica e a filosofia da linguagem permitissem no deslindar daquela que é a pretensão do Direito. Pois que, apesar da natureza *não apofântica* da sua forma de discurso, não deixa o Direito de ter a pretensão – na verdade, não pode deixar de ter a pretensão – de fundar o que impõe em forma de comando em afirmações que exige se sustentem em verdade e em possibilidade da sua demonstração. Apesar dessa demonstração lhe estar vedada pelos quadros estritos dos termos discursivos em que se manifesta como comando.

Mas essa discussão lógica e filosófica, assim como a possibilidade que, por via dela, se abre a um debate situado ao nível conceptual do que a lógica e a compreensão filosófica da linguagem autorizam e promovem, projeta-nos para alturas que, neste tema e para efeitos da sua compreensão, não nos é ainda autorizado.

E não é pois que mais há a ponderar naquela liberdade que o legislador se propõe afirmar como fundamento para que se dê a morte, sobretudo quando consideremos os termos processuais em que a mesma se vê reconhecida e *transformada* em direito individual.

Impõe-se, por isso, uma passagem pela análise dos termos procedimentais que conduzem àquele reconhecimento de liberdade e de direito individual. E, com isso, à confiança que o legislador deposita na *lógica*

procedimental para proceder ao reconhecimento substantivo de uma posição ativa juridicamente acionável, na forma de um direito a que seja *dada a morte*, tutelando juridicamente a mais definitiva e irreversível das decisões que alguém possa tomar.

Na verdade, da tomada em conta do procedimento e da confiança que no seu cumprimento o legislador deposita como parte determinante da decisão administrativa de autorização de morte e de não punição dos clínicos que nela participam, ressaltará, na nossa opinião e como procuraremos demonstrar, a presença dos sinais da burocratização que ao *processo* associa garantias de aparente objetividade, racionalidade, eficiência e, sobretudo, infalibilidade.

Características essas que, exasperadas das suas raízes weberianas, procedimentais tornam dimensões decisivas do fundamento para a autorização e para a não punição. Além disso, esse procedimento surgirá, tanto neste Decreto, como previsivelmente na lei que o venha a corrigir, como dimensão determinante da confiança do legislador na fiabilidade da decisão administrativa de autorização. Certo de que, no procedimento que propõe, se encontra o modo, diríamos, *infalível* de prevenção de erro da decisão administrativa de autorização de antecipação da morte. No *procedimento*, enfim, se fundará a garantia de que a Administração não erra quando autoriza a morte, nomeadamente quanto à natureza *livre* da vontade reiteradamente manifestada por escrito pelo *doente*, incorrigível que semelhante erro se tornará a partir do momento em que seja dado cumprimento àquela vontade manifestada.

Quando se fala de erro, certamente que importa prevenir aquele sobre a natureza expressa da vontade. Sobre a sua atualidade, também. Sobre o seu esclarecimento, com certeza. Tudo dimensões procedimentalmente asseguráveis e exigentes de procedimento adequado, mais do que de regras substantivas, para que erros nesses domínios se vejam prevenidos.

Mas, além disso, confia o legislador no procedimento e nas regras processuais para prevenir o erro de cumprimento de uma vontade não livre e para se certificar, portanto, da existência no caso, em todos os momentos e, sobretudo, no momento derradeiro, da sua existência.

De uma liberdade cuja existência, sabemos, o Direito não pode demonstrar. Menos ainda o procedimento que adote, assim como o seu escrupuloso cumprimento no caso.

E, uma vez encetado esse esforço de conhecimento, nos seus traços essenciais, do procedimento em que legislador tanto confia, voltaremos ao princípio. E, então, sim talvez nos autorizemos aquele nível de abstração,

conceptual, por definição, de um desafio que, trazido pela lógica e a filosofia da linguagem, desafia agora o Direito como um todo e o Estado que se diz, também, *de Direito*, perguntando-lhe pela admissibilidade de um *comando* nos termos em que no-lo impõe.

Tratar-se-á de uma abordagem necessariamente cruzada e espera-se que mutuamente inter-relacionada e, como referimos, reciprocamente enriquecida.

Mas apenas o *será* – enriquecida – quando esse nível de análise se veja enriquecido com os dados concretos do problema. Desta feita, do procedimento, que, adiantámos sem justificar, chamámos burocrático, no sentido weberiano. E exasperada expressão deste, porque mergulhado na dimensão mais dramática do espaço decisional que, de facto, cada um tem nas suas mãos – decidir sobre a sua vida –, nele faz refletir uma regulação cujo procedimento parece refletir alguns elementos fundamentais daquela burocracia. Para o bem poderia ser, mas, em face do que está em causa, arriscamos adiantar, se bem nos parece, sobretudo para o mal.

E que procedimento é esse? Que confiança é essa que nele é colocada?

Sem pretensão de sistematicidade, menos ainda de exaustividade, lembramos o que se segue.

A consideração conjunta do procedimento adotado e proposto no Decreto sob apreciação permite notar, como traço indelével que atravessa as suas diversas fases, a desnecessidade de contacto pessoal com o *doente* que requer a antecipação medicamente assistida da sua morte, com exceção do médico orientador.

Não se exige esse contacto, desde logo, em contexto clínico, ao médico especialista na patologia de que o requerente padece. Assim como na eventual, mas não necessária, nem obrigatória em todos os casos, participação de médico psiquiatra, antes da emissão do seu parecer. Menos ainda se impõe qualquer exigência de contacto pessoal similar com qualquer dos membros da CVA, seja a título individual, seja como colégio.

Antes a todos, médico orientador incluído, se exige a produção de relatórios e de pareceres escritos, decisivos se tornando, cada um deles, para a decisão final de autorização ou falta dela de *dar a morte* e de não punição do clínico ou clínicos que nela participem, em caso de deferimento.

Em todos os casos se mostrando uma evidente preferência pela produção documental escrita no procedimento administrativo autorizativo proposto.

E assim, mesmo quando se sabe que, em razão da natureza do pedido – de que se antecipe a morte – e das circunstâncias em que ocorre – em

situação limite de sofrimento intolerável, num contexto de lesão definitiva de gravidade extrema ou de doença incurável e fatal – se exigiria, nos termos das *leges artis* relevantes na prática médica, a consequente necessidade de despiste clínico de patologias, relevantes, desde logo, no domínio de saúde mental. Impondo-se, ademais, nos termos das *leges artis* em vigor, o contacto pessoal como parte de consulta clínica idónea à competente anamnese, à *adequada formulação de diagnóstico* e, quando necessário, à definição de terapêutica adequada. Tudo em função de um prognóstico cujo quadro somente pode ser definido nos termos de um conhecimento apenas possível quando assegurado um contacto pessoal, direto e, sempre que possível, presencial com o *doente* – e assim, de resto, designado e nesses termos reconhecido pelo legislador.

Burocrático mesmo aí, sobretudo escrito, se apresenta, então, o procedimento proposto pelo legislador. E burocrático mesmo quando outra seja a forma cientificamente exigida e deontologicamente propugnada de construir qualquer procedimento que exija intervenção clínica, sobretudo quando ocorra num contexto marcado não apenas pela lesão definitiva de gravidade extrema (e cuja identificação deve concitar, segundo o legislador, o consenso científico), como por doença grave e incurável. *Razões já de si mais que suficientes* para que essa intervenção se dê em obediência estrita ao que as *leges artis* imponham no caso. Sendo que, a essas, uma mais ainda, de forma inevitável assoma como fundamento último para a exigência de consulta pessoal, direta e, sempre que possível, presencial com o *doente* que pede para morrer. Justifica-se ela pelo mais profundo desespero humano que a natureza do pedido e a vontade nele expressa de forma instante. Demonstra isso à *saciedade* a necessidade desse contacto pessoal e direto e dispensa, se bem nos parece, qualquer argumentação adicional.

Além disso, a natureza burocrática e o afastamento do que clinicamente se espera e impõe que se faça é manifestada ademais na já mencionada dispensa de exigência de participação em todos os casos de médico psiquiatra. E mesmo quando ocorra, essa natureza burocrática persiste na dispensa, mais uma vez, da obrigatoriedade do contacto pessoal e direto do psiquiatra com o *doente*, para efeitos de (e, por isso, antes da) emissão do seu parecer. Aí, apenas relatório e parecer escritos, documentos, portanto, são necessários. Sem que, como indicado, entre eles tenha de necessariamente constar algum documento produzido por médico psiquiatra, visto que a participação de um ou de outro não é obrigatória.

De documentos se trata, então. Suficientes, decerto, na ótica do legislador, para despistar e, com isso, prevenir casos de possível doença mental impeditiva de gozo e do exercício de capacidade para disposição livre e esclarecida da vontade pelo *doente*, sobretudo para dela dispor no sentido de que se lhe tire a vida.

Sem participação necessária de psiquiatra ou, quando se dê, sem obrigatório contacto pessoal com o *doente*, antes da emissão do seu parecer – assim sintomaticamente designado pelo legislador –, confia o legislador que o procedimento assim pensado assegura e não erra na garantia da natureza livre e, com isso, da capacidade desse *doente* – de novo, assim o designa – de decidir sobre a disposição da sua própria vida. Para tanto confiando na natureza predominantemente escrita e não pessoal de um processo que, com exceção do médico orientador, todos os demais dispensa, clínicos incluídos, de conhecer o *doente* sobre cuja capacidade para decidir sobre a sua morte opinam.

Burocrático, no que denota de confiança na virtualidade do processo escrito de tudo garantir sem erro. O preciso erro que, quando levado o processo ao seu termo, jamais poderá ser corrigido. Burocrático, portanto, no que nesse procedimento se vê investido em confiança na sua infalibilidade.

Burocrático ainda pelo que manifesta de autossuficiência procedimental numa outra dimensão que se situa para lá da desnecessidade de conhecimento pessoal por parte de todos, com exceção do médico orientador, do *doente* – apesar de o ser e de assim o admitir o legislador. Antes que respeita à total ausência de previsão de participação dos que do *doente* estejam mais próximos, desde logo, dos familiares e ainda dos que, não o sendo, com ele partilham dimensões de intimidade que lhes trazem o benefício que se não pode reconhecer a todos aqueles a quem é concedido o poder de participação em tão definitivo, irremediável e trágica decisão – sejam clínicos, mesmo do médico orientador, sejam membros da CVA. Terão *os mais próximos*, familiares e amigos, o benefício de conhecimento do *doente*.

E, cabe perguntar, *não será elemento decisivo de todo um procedimento que culmina na possível morte de alguém* a seu pedido e que tem a pretensão de afirmar ser livre e séria a vontade dessa pessoa, o conhecimento de quem essa pessoa seja, da sua história de vida, das suas circunstâncias e das suas motivações? E quem mais que não aqueles, diríamos sem tibiezas, os que o amam, para que esse vital – vital, com certeza – conhecimento transpareça não tanto para o processo (embora,

com certeza, também), mas para aqueles outros a quem o legislador confere o designado poder de participação e de autorização?

Ora, de próximos e familiares, companheiras/os, filhas/os e demais que habitam o mundo de vida do que pede a morte não reza, no procedimento proposto, qualquer exigência de presença ou participação, seja de que forma for, nem mesmo na forma escrita, *tão da predileção do legislador*.

E nessa *ausência de presença* (perdoe-se o aparente contra-senso) dos próximos, tão mais presente se torna, em todo o procedimento, a dispensa do testemunho do que esses próximos pensem e queiram, sintam e desejem, sofram – sim, também – e, naquelas circunstâncias, desesperem ainda também. Do processo não constando o que neles ocorra, a esses, aos que ficam, se...

E assim, nessa dispensa de uma presença, desponta a presença impessoal e desumanizadora que ao processo confere, então e de forma consumada, a sua burocrática forma.

Dirão alguns que essa ausência se impõe por necessidade de tutela da liberdade e autodeterminação *individual* do *doente* apenas. E de liberdade do *doente* se trata, decerto. Mas da liberdade de *quem* no *doente*? Cabe perguntar.

Burocrático, ainda, quando se atente no modo como o processo tem o seu epílogo. Não, em boa verdade, com a morte, antes, sim, caracteristicamente com um relatório. Escrito (*et pour cause*). Terceiro e último, como os anteriores a cargo do médico orientador, que, enquanto redige, proporciona ao Direito o controlo de legalidade que ao legislador verdadeiramente importa: aquele de cumprimento escrupuloso de cada momento do procedimento, na forma visível e para memória futura de documentos, escritos, que avaliam e opinam pela mão de quem, porventura, não viu e, quase certamente, não conhece. No vazio que fica por preencher não está a pessoa que já não é e que, num processo obcecado pela regularidade formal, nunca se procurou dar a conhecer.

E tudo em passo rápido. Traço adicional e final de uma burocratização incontornável. Passo rápido e curto, pois que se exige um tempo mínimo de seis dias para que todas as fases sejam percorridas, desde que o processo é aberto. Ou seja, desde o momento em que o pedido do *doente* é formalizado. *Contados uns dias adicionais que antecedam aquele e que correspondam às primeiras exteriorizações de vontade, nada impedirá que o tempo corra* curto e célere. Permitindo que, entre as primeiras manifestações de vontade e o momento em que ocorre a morte, pouco mais que seis dias tenham passado. De modo que, em face desta opção

do legislador, impõe-se perguntar se se encontram nela garantidas condições mínimas que assegurem a possibilidade mesma de reflexão, mesmo até de reflexão madura, por parte do *doente*. Pois que nada menos é de esperar que se assegure quando em causa está uma decisão irreversível. Uma decisão que, além de irreversível, pretende o legislador, de novo, que seja expressão genuína de uma vontade e de uma vontade livre.

Passo rápido e curto, portanto, num processo que não desconfia, nem duvida da sua eficiência e que não concebe o erro.

Burocrático, portanto.

Weberiano, sem dúvida. Kafkiano, no entanto, também.

E kafkiano, pois que, considerando o pregnante contributo que a sua obra e, em particular, o seu *O Castelo* pode trazer à dilucidação do problema em mãos, pergunta-se: ao risco da pergunta de K. dirigida ao regedor – «Não mencionou há pouco um órgão de fiscalização?»³ –, quem pode negar que, também aqui, plausível se tornaria a resposta ali dada pelo regedor: «Se existem órgãos de fiscalização? Mas se só existem órgãos de fiscalização!»⁴?

E como afastar, na auto-suficiência escrita *deste* processo, o eco da proclamação ali proferida, pela boca do mesmo regedor:

«Um princípio fundamental que rege o trabalho das autoridades é: com a possibilidade de erro nem sequer se conta. Este princípio justifica-se pela primorosa organização do conjunto da máquina administrativa, e é também necessário, caso se queira atingir a maior prontidão possível nos despachos»⁵.

Fica, então, a percepção de que, aqui como ali, a confiança é a mesma. E mesma é também a *húbris* vertida, aqui como ali, na seguinte afirmação: «quem é que se pode arrogar o direito de afirmar em definitivo que se trata de um erro?»⁶. *Tão plausível se torna* ela quando olhamos para o processo que o legislador propõe.

Kafkiano, enfim, no que o *castelo*, como edifício, simboliza no romance e no que dele se pode retirar para o significado do que, pelo legislador, nos é trazido.

Conta o Autor:

³ FRANZ KAFKA, *O Castelo*, Tradução de VINGA MARTINS, Livros do Brasil, Lisboa, 1947, p. 74.

⁴ *Idem, ibidem.*

⁵ *Idem*, p. 73.

⁶ *Idem*, p. 74.

«Continuou, pois [K.]: mas como era longo o caminho! A estrada, a principal da terra, não chegava até ao monte do Castelo, ia só até perto dele; depois, como de propósito, fazia uma curva e, embora não se afastasse do Castelo, a verdade é que também não se aproximava dele. K. esperava a todo o momento e instante que a estrada se resolvesse, finalmente, a tomar a direcção do Castelo, e, se teimava em continuar era só por essa esperança: hesitava em abandonar a estrada, certamente por causa do grande cansaço que sentia (...) de repente parou, não podia mais.»⁷

Sede do poder e da autoridade, em burocracia fundada e burocraticamente exercida, próximo, na aparência, mas inalcançável, na realidade, o *castelo*, símbolo visível do processo burocrático na sua autosuficiente percepção de infalibilidade, domina sobre a vida de todos, torna-os dependentes, decide por eles e proíbe-lhes qualquer veleidade de autonomia.

E não será assim com o *nosso* processo aqui descrito?

6. *Como prosseguir?*

No deserto discursivo justificador fornecido pelo próprio comando – ou a que o comando condena a insuscetibilidade de justificação do conteúdo do que impõe –, o que fica é a consideração do destinatário da norma – e seu simultâneo autor, num mencionado contexto de democracia *nominal* – como *corpo* apenas. Agravada pelo facto de, colocados no contexto de meros executores ou colocados sob o domínio do Executivo, serão, apenas e só, destinatários da norma, vinculados, sem mais, à sua execução e obediência.

A recente crise pandémica e as políticas de preservação do corpo mostram a possibilidade dessa redução compreensiva como espaço, por isso, também de compreensão de toda uma política pública necessariamente determinada pela vontade da sua preservação – do *corpo* enquanto *corpo*.

E, com isso, ressurgem a denúncia de FOUCAULT (e de AGAMBEN na sua senda), de um Estado que, na contemporaneidade, *autoriza a morte e ordena a vida*, mas que apenas concebe a *vida* (meramente) *biológica*. Por isso, o *campo* – no sentido literal de campo de concentração – como

⁷ *Idem*, p. 15.

metáfora proposta por AGAMBEN do tempo corrente surge como paradigma e ameaça pertinentes.

O problema assim colocado lança a semente da dúvida sobre todo o espaço de legitimidade de imposição penal – seja por via de incriminação ou mesmo de autorização – nos campos marcados pela controvérsia social (como seguramente o é, no campo dos crimes contra as pessoas, o da regulação da eutanásia, mas também o sendo, por ex., o da regulação do aborto ou da interrupção voluntária da gravidez).

E a dúvida *assenta arraiais* numa dimensão que se projeta para lá do espaço de discussão ideológica ou da discussão incidente sobre a influência da política sentida no Direito Penal, não encontrando a sua sede naquela que seria a discussão sistémica sob a égide do propalado risco de *contágio* do jurídico como sistema pelo político como seu ambiente. Tão-pouco, e onde interesse respeitar o nó problemático identificado, se sedia a dúvida sobre a legitimidade da imposição penal na discussão do papel do Direito Penal quando sujeito ao risco de ver a sua missão reduzida a um papel meramente *simbólico*.

Na verdade, impõe-se aquela dúvida no seu terreno próprio feito da identificação de traços que, se bem vemos a questão, partem da natureza própria do discurso jurídico *qua não aponfântico*, associada à sua manifestação enquanto comando.

Mas é, precisamente aí, qual aparente paradoxo que, no entanto, acreditamos, poderemos encontrar resposta para aquela dúvida incidente sobre a legitimidade da proibição ou da autorização penal, desde logo em domínios marcados pela controvérsia. Precisamente aí onde o Direito se afirma como comando e, precisamente, marcado como forma de discurso não apofântico; precisamente aí onde o Direito se manifesta em incontornável insuscetibilidade de pretendida afirmação de verdade; aí onde se suscita, a muito justo título, a pergunta sobre se não será ele marcado pela ausência de um discurso legitimador que do comando possa despontar e que poderá ser capaz de se traduzir num risco de se transformar o Direito Penal (o Direito, na verdade), nos seus comandos e quando considerados enquanto comandos, como matéria do que pode tornar o discurso jurídico – se não mesmo o próprio Direito – autoritário.

Se assim é, será num quadro de empobrecimento da possibilidade epistémica de justificação própria de um discurso jurídico, porque *não apofântico* e incapaz de demonstrar o que ordena em termos de correspondência com a verdade (ou falta dela) daquilo que, precisamente, deveria sustentar a razão de ser disso que se impõe ou justifica, ordena ou

autoriza, será nesse quadro, dizemos, que se impõe, então uma pergunta: se assim é, dizíamos, nesse quadro, o que fica, então, para o Direito Penal enquanto possibilidade ou pretensão de adequada e suficiente sustentação do que impõe por via precisamente de um comando?

Mas como? Ou o que fica para o Direito Penal da pretensão associada ao *tipo de garantia*, nesse espaço de afirmação civilizacional de compromisso com o respeito de cada um na sua irrefragável dignidade, quando as exigências decorrentes do *tipo de garantia* se imponham para lá da imposição de cumprimento da imposição formal de clareza e determinabilidade associadas ao princípio da tipicidade? Como pode o Direito Penal desincumbir-se da sua tarefa de justificação legitimadora do que impõe e autoriza, quando o comando, e assim todo o Direito quando no comando fundado, se afirma, no momento da sua criação, por via apenas de um comando, afirmando-se apenas e só em modo de imposição?

O que pode o Direito e, por via dele, o comando como paradigma do seu conteúdo inerentemente não apofântico afirmar em forma de justificação, quando essa justificação exija uma demonstração, uma afirmação com pretensão de verdade, para além da verdade da própria imposição?

O que fica para o Direito Penal, como paradigma desse preciso modo de se entender o Direito enquanto comando, enquanto forma de justificação que se oferece em face daquela pretensão e expectativa, verdadeiramente comunitária, quando não mais que o comando se pode afirmar como a verdade possível que o Direito pode apontar e justificar? Quando o que cria e o que, em boa verdade, pode apontar como realidade dessa criação é a imposição ou a autorização, consoante a natureza da norma penal, mas não a verdade ou falta dela dos pressupostos fácticos em que essa norma funda a razão de ser do seu sentido imperativo, assim como a severidade da sua consequência sancionatória?

Num primeiro olhar, dir-se-ia, pouco.

E, no entanto, esse pouco ou nada surge como uma resposta inaceitável num Estado de Direito, democrático e liberal. Pois que nele, proibição e correspondente restrição de liberdade, assim como autorização, com a correspondente garantia de liberdade, requestam justificação. Impondo-se que se explicita a razão de ser de cada tipo. Seja ele incriminador ou autorizativo. Tornando cada um como corporização mesma da exigência de forma concretizada de uma liberdade concretamente garantida. Cada um exigindo a assunção, num Estado de Direito democrático e liberal, de uma função de justificação legitimadora própria, assim o julgamos,

de um entendimento epistemicamente enriquecido do conceito de *tipo de garantia*, que o projeta para além da mera função de verificação lexical, ao serviço de uma hermenêutica fundada em normas de sentido e alcance claro e preciso.

Ora, quando se entenda o tipo como comando e o Direito (e, nele, o Direito Penal) como discurso não apofântico, pergunta-se o que fica, no fim de contas, de cada tipo enquanto *tipo de garantia*, pois que, assim visto, o papel atribuído ao *tipo de garantia* não supera o de uma verificação meramente lexical, exigente de clareza e determinabilidade na redação?

Não foi, porventura, esse entendimento reduzido (e, porventura, redutor) que poderá ter sustentado a decisão da maioria do Tribunal Constitucional no sentido de não violação do princípio da tipicidade penal de porções relevantes das normas relativas à *legalização* da eutanásia, constantes do Decreto em análise?

Não será esse entendimento limitado da função a atribuir ao *tipo de garantia* que subjaz à afirmação da maioria no sentido de que «a causa de exclusão de punibilidade prevista no mesmo Decreto é integrada *apenas* por *elementos descritivos* e *conceitos determinados*, o que coloca o *autor material do facto* em condições de poder motivar e dirigir a sua atuação»?

Que mais do que essa presença meramente lexical se topa desse sentido possível, sempre tão reduzido, associado a tão decisivo princípio de Direito Penal na afirmação mesma do jurídico e, com isso, do que seja o Direito?

Sobretudo quando, logo de seguida, a mesma maioria que havia afirmado estarem satisfeitas «as exigências de *determinabilidade*» penal, «conforme vêm sendo delineadas pela jurisprudência deste Tribunal», toma os mesmíssimos conceitos e respetivos elementos, nos mesmos termos em que se encontram descritos na lei, como não cumprindo o princípio da determinabilidade das leis, no domínio administrativo, enquanto corolário do princípio do Estado de Direito democrático e da reserva de lei parlamentar. E assim, por não lograr o legislador fornecer critérios «com um grau de precisão e determinabilidade tal, que viabilize na adoção de decisões fundamentadas, congruentes e sindicáveis».

De modo que, regressando à pergunta inicial, aparentemente pouco se poderia esperar do Direito Penal em capacidade epistémica de fundamentar o que proíbe e autoriza, quando se queira reivindicar para o Direito Penal um espaço discursivo que, centrado no comando, terá dificuldade em fornecer o campo discursivo que lhe permite, por si só, fornecer o

espaço de justificação e de legitimidade necessário a cada comando presente em cada tipo, em particular daquele que requista uma justificação situada no preciso campo de demonstração de verdade a que o Direito e o seu discurso são estranhos.

Mas será, de facto, assim?

Será este o cenário, necessariamente, desolador que se nos abre quando olhamos para o Direito e, nele, para o Direito como aquele que ele é, ou seja, como comando?

Insistindo no regresso à pergunta inicialmente colocada:

O que pode o Direito e, por via dele, o comando como paradigma do seu conteúdo inerentemente não apofântico afirmar em forma de justificação, quando essa justificação exija uma demonstração, uma afirmação com pretensão de verdade, para além da verdade da própria imposição?

Dissemos, num primeiro momento, que, aparentemente, pouco.

Mas, tendo a ela regressado, possível será antes responder, por outro lado, possivelmente, muito.

Muito, quando atentemos na origem etimológica associada à palavra *comando*. Fundada como veremos no grego *archè*, partilha-a com criação, nascimento, ação e iniciativa. Comando é criação, como o é nascimento e iniciativa e ainda discurso. Em causa está, como melhor veremos, criar algo de novo, nascimento, originalidade e, com isso, autoria.

Arquein surge, então e em termos que melhor veremos *infra*, como o criador que, por isso, no ato de criação, decide e, nessa decisão, ordena que se faça.

Eis, então, sob a égide de uma origem etimológica comum, revelado o que criador, ação e comando são: sinal de nascimento, do brotar de algo novo, original, que até aí não existia no mundo. Testemunho, por isso, da presença neste mundo da sempre surpreendente novidade do nascimento.

Muito, por isso, insistimos, quando comando seja recuperado da sua origem etimológica e se associe a *criação*. E, precisamente onde a crítica acima se situou – o entendimento do Direito como comando e a limitação que daí deriva como discurso não apofântico –, precisamente aí, dizíamos, em aparente paradoxo, se encontrará, estamos em crer, o *muito* que fica para o Direito Penal poder, *pelas suas próprias forças*, àquela pergunta responder.

Mas apenas assim será quando criação e início se vejam entendidos de um modo que possa vir a revelar-se epistemicamente pregnante em

consequências. Assim tentaremos que seja, mas apenas quando em baixo voltarmos à questão.

Por ora, apenas adiantaremos que *muito* se espera do Direito Penal quando comando se vincule à sua origem etimológica de criação não apenas para a discussão da *legalização* da eutanásia, mas, partindo dela, para os crimes contra as pessoas, como expressão mesma dos desafios atuais que a todos eles, mesmo com sua forma particular, se colocam.

Todos, se bem vemos, desafiados e todos nos desafiando na compreensão da liberdade e do que ela exige para que, na vontade de cada um, de quem atua e exige que seja autorizada a sua atuação, mas também de todos os que sofrem as consequências da atuação de alguém, se veja a afirmação de uma vontade livre e autodeterminada, afirmação mesma de um desenvolvimento, por isso, livre, de personalidade.

Por essa razão, a incursão final que faremos por crimes como os de violência doméstica e de maus tratos, pela consideração dos bens jurídicos protegidos nos crimes sexuais, pelo crime de mutilação sexual feminina e de casamento forçado. Todos como exemplos do que também aí é a presença indelével de um entendimento atual e novo de uma liberdade que, na forma como se vê protegida penalmente, coloca o Direito Penal na primeira linha de discussão e esclarecimento do que, sem o seu contributo, tantos deixará à *porta da Justiça*, no preciso sentido que referiremos *infra* e que só nessa altura se tornará claro.

Prossigamos, então.

III. O Direito como discurso não apofântico

Falámos acima de discurso apofântico e não apofântico.

O ponto de partida foi precisamente aquele que encontrou na norma penal a afirmação da certeza científica de um facto. Do preciso facto que a norma e que o Direito como um todo não podem afirmar como existente.

E o problema surgiu, por isso, como aquele de uma norma que, no que estabelece em forma de proibição ou em forma de autorização (consoante seja, de um lado, incriminadora ou, de outro, justificativa ou exculpante ou de desculpa), encontra fundamento num juízo de verdade. E, nessa razão fundada, traz a norma para o mundo a afirmação de uma verdade – de um facto em forma de comando.

Fá-lo, no entanto, na forma de um discurso que se distingue daquele que se funda precisamente na possibilidade de destrinça e de discriminação entre o que é ou não verdade.

Será essa distinção devida, segundo AGAMBEN e como adiantámos acima, a ARISTÓTELES que, na sua destrinça entre *discurso apofântico* e *não apofântico*, funda a razão de ser para afirmação, por AGAMBEN, de nada menos que «duas ontologias» – assim o Autor, em 2017, «Existem, na cultura ocidental, duas ontologias, distintas mas não irrelacionadas (*distinte ma non irrelate*)»⁸.

Dessa proposta ora daremos breve notícia e assim também do *esquecimento* a que se viu votada no pensamento ocidental.

«Apesar de todo o discurso ter significado», assim ARISTÓTELES no seu *Periérmenias*, desde a Escolástica Latina conhecido também pela designação nesse idioma *De Interpretatione*, «(...) nem todo [o discurso] é apofântico. Mas apenas aquele discurso no qual é possível dizer o verdadeiro e o falso. Isso não acontece em todos os discursos. A oração, por exemplo, é um discurso, mas não é nem verdadeiro, nem falso.»⁹. E logo acrescenta, «mas não nos ocupemos destes outros discursos, pois a sua investigação pertence à retórica ou à poesia. Objeto do presente estudo será apenas o discurso apofântico»¹⁰.

Nestes termos, *discurso não apofântico*, com MATIASHVILI, «não revela, mostra ou demonstra algo que pode ser verdadeiro ou falso»¹¹. Antes, é uma «automanifestação singular, que é neutral ou indiferente à oposição binária da lógica e que pode ser colocada para lá da verdade ou falsidade proposicional»¹².

⁸ GIORGIO AGAMBEN, «Che cos'è un comando?», in GIORGIO AGAMBEN, *Creazione e anarchia. L'opera nell'età della religione capitalista*, Neri Pozza, Vicenza, 5.ª edição, 2021, pp. 91 a 112.

⁹ ARISTÓTELES, *Periérmenias*, 17a1-7, Segundo livro do *Organon*, a obra de ARISTÓTELES sobre lógica, é antecedido por *Categorias* e sucedido por *Analíticos Anteriores*, num total de seis obras. Indicamos datação indicada como possível, embora incerta quanto ao ano exato. Tradução nossa a partir da consideração das versões em italiano, inglês e português, respetivamente constantes de AGAMBEN (2017), p. 97 (sem indicação de edição, possivelmente tradução direta do Autor a partir do original em grego clássico), ARISTOTLE (1983), I, edição bilingue em grego clássico e em inglês, Tradução de H. P. COOKE e H. TREDENNICK, pp. 121, e ARISTÓTELES, *Organon* (1985), Tradução, Prefácio e Notas de PINHARANDA GOMES, p. 127 e 128. Para versão original em grego clássico, cfr., entre outros, ARISTOTLE (1983), I, neste passo, pp. 120. Parêntesis retos nossos.

¹⁰ ARISTÓTELES, *op. cit.*, *ibidem*.

¹¹ LASHA MATIASHVILI, «Non-Apophantic logos as model ontology», in *European Scientific Journal*, Special Edition, December 2016, p. 261. Tradução nossa.

¹² *Idem*, *ibidem*.

No que respeita o discurso, o *logos*, mais precisamente cunhado, em ARISTÓTELES, como de *apofântico* é a designação devida ao facto de ser capaz de manifestar se uma coisa existe ou não, sendo, portanto, necessariamente, verdadeiro ou falso. Diferentemente de outros discursos, de outros *logoi* que «não manifestam o ser ou o não ser de alguma coisa e são, portanto, indiferentes à verdade e à falsidade»¹³. Assim acontece, com AGAMBEN com a oração, o comando, a ameaça, a narração, a pergunta e a resposta¹⁴ e também, acrescenta ainda o Autor, entre outros, com a exclamação, a saudação, o conselho, a maldição e a blasfémia¹⁵.

Retomando a sua proposta, defende que a esta partição linguística corresponde a «partição do real em duas esferas correlatas, mas distintas»¹⁶.

Apesar das dúvidas que possamos ter sobre esta derivação consequencial, sigamo-la, no entanto, por ora. Propugna o Autor que «a primeira ontologia [a apofântica] define, na verdade, e governa o âmbito da filosofia e da ciência e a segunda [a não apofântica] aquele do direito e da religião e ainda», curiosamente, acrescentamos nós, «da magia»¹⁷.

Facto será, independentemente da afirmação nestes domínios de duas autónomas e diversas ontologias, que «Direito, religião e magia – que na origem não é sempre fácil de distinguir – constituem, na verdade, uma esfera na qual a linguagem é sempre imperativa (*è sempre all' imperativo*)»¹⁸.

Ora, com AGAMBEN, de novo, procede ARISTÓTELES a «uma grande cesura» que «divide (...) o campo da linguagem»¹⁹ e «deixou de parte, como um território impraticável» aquela «enorme porção» da linguagem de que nos servimos quotidianamente, a do discurso não apofântico, que não pode ser nem verdadeiro, nem falso²⁰. Como tal, conclui, «quando não era simplesmente ignorado, é abandonado à competência dos retóricos, dos eticistas (*dei moralisti*) e dos teólogos». Seguramente, com aquela

¹³ *Idem, ibidem.*

¹⁴ *Idem, ibidem.*

¹⁵ *Idem, ibidem.*

¹⁶ AGAMBEN, *op. cit.*, p. 103.

¹⁷ *Idem, ibidem.*

¹⁸ *Idem*, pp. 103 e 104. Cfr. aí exemplos bastos na tradição cristã e também na helénica clássica.

¹⁹ AGAMBEN, *Che cos'è un comando?*, p. 98. Tradução nossa.

²⁰ *Idem*, p. 99.

cesura, exclui ARISTÓTELES, assim o Autor, «em simultâneo uma parte significativa da competência profissional dos filósofos»²¹.

Remata, então, dando o mote para uma reflexão prenhe em consequências: «[a] decisão aristotélica de excluir o discurso não apofântico da filosofia marcou a história da lógica ocidental»²².

De modo que, na tradição filosófica ocidental, no que concerne a linguagem do comando: «nunca teve lugar uma reflexão sistemática e intencional sobre o comando»²³.

E as consequências dessa ausência não apenas, nem principalmente, se fazem sentir no campo da filosofia, antes também e sobretudo, como o próprio Autor nos diz, deixam a sua marca indelével no do Direito.

Essa forma e esse discurso são, então, deixados *à margem* dos discursos filosófico e matemático, ou seja, daqueles que se fundam precisamente na possibilidade de destrição e de discriminação entre o que é ou não verdade. Apesar de, quando falamos de Direito, *nessa forma de comando e nesse discurso jurídico*, se fundear a precisa pretensão de fundamento e de legitimidade num juízo de veracidade. Ou seja, naquele preciso juízo que, *no discurso jurídico e na forma de comando* em que se manifesta, escapa à natureza mesma das suas possibilidades epistemológicas.

O Direito, agora colocado no seu lugar de um campo discursivo que não afirma uma verdade comprovável, ao lado da religião e da Moral (e da magia, acrescenta ainda, curiosamente, AGAMBEN), impõe o que não pode demonstrar na sua veracidade. Na linguagem de comando, nada se justifica com pretensão de verdade. Antes, tudo se justifica no simples facto de se impor e pelo simples ato de vontade da sua imposição.

O autor (da norma), neste espaço discursivo carecido de demonstração em sede de verdade – de *não verdade*, podemos dizê-lo (mais do que de *não verosimilhança*) –, definir-se-á em função do ato de vontade, uma vez afirmado.

Mas, quando assim seja, a dúvida sobre a verdade ou falta dela quanto à razão da imposição ou autorização deveria impor, no espaço discursivo próprio daquele onde o comando se afirma, ou seja, de uma lógica *não apofântica*, a não tomada de posição onde o sentido do comando impo-nha a certeza que um *discurso não apofântico* não consiga sustentar na forma de certeza.

²¹ *Idem, ibidem.*

²² *Idem, p. 98.*

²³ MATIASHVILI, *op. cit.*, p. 262.

Se retomarmos o exemplo da proposta acima mencionada respeitante à *legalização* da eutanásia, onde o comando afirma a existência de uma vontade livre, onde a norma não permite afirmá-la com certeza, a ausência de instrumentos críticos próprios associados ao discurso jurídico para discutir a dúvida ou a certeza como conformes a um juízo de verdade, por se tratar de um discurso não apofântico, importaria antes a necessidade de tomada de posição, própria de um discurso apofântico, capaz de um juízo de certeza sobre o que é verdadeiro ou falso. Certeza essa, no entanto, que um comando não é capaz de fornecer.

Ora, esta compreensão das *coisas* tem consequências relevantes para o Direito, quando este se veja integrado no âmbito dos discursos *não apofânticos*.

E assim será, pois que, quanto ao *comando* e no que aqui mais de próximo nos traz no campo do Direito, quando surgia a necessidade de o mencionar, era ele «simplesmente explicado (*semplicemente spiegato*)»²⁴, como um ato de vontade e, como tal, «encerrado no âmbito do Direito e da moral (*confinato nell'ambito della giurisprudenza e della morale*)»²⁵. De modo que, observa, «um pensador certamente não convencional como Hobbes, no seu *Elements of Law*, define o comando simplesmente como *an expression of appetite and will*»²⁶.

Afirmação que, lacónica no teor e esgotada em pouco mais do que o aí afirmado, sintomática se torna, assim defende, da «ausência quase completa na tradição filosófica de uma reflexão sobre o comando»²⁷. Estamos, quando falamos de comando, em *terra incognita*. E dessa *terra incognita* é o Direito «parte essencial»²⁸.

Não escasseiam, nota o Autor, obras e investigação sobre a obediência e sobre a razão pela qual «os homens obedecem»²⁹. Mas nenhuma ou quase nenhuma encontramos sobre «o necessário pressuposto da

²⁴ *Idem*, p. 99.

²⁵ *Idem, ibidem*.

²⁶ *Idem, ibidem*. Em tradução nossa, optamos por manter no trecho traduzido de AGAMBEN a citação de HOBBS no original em inglês, mantendo-nos fiéis à opção do filósofo italiano.

²⁷ AGAMBEN, *op. cit.*, p. 95.

²⁸ *Idem*, p. 99.

²⁹ *Idem, ibidem*.

obediência, isto é, o comando e sobre razão (*su perché*) pela qual os homens comandam»³⁰.

E esta constatação mantém-se válida, assim ainda AGAMBEN, mesmo em face de um século XX, marcado pela descoberta, entre os lógicos, do interesse por aquilo a que se chamou «linguagem prescritiva», ou seja, pelo «discurso expresso no modo imperativo»³¹.

Mesmo assim, sublinha, e apesar da vastíssima bibliografia produzida nesse domínio, permanecemos em *terra incognita*, pois que, no centro do esforço desses Autores, seja no campo da lógica, seja no da filosofia da linguagem que a partir daquele se viu construída, o problema parecer ser sobretudo o de «evitar as aporias implícitas no comando, transformando o discurso no imperativo num discurso no indicativo»³². Ora, nota e nós com ele, «o meu problema» é antes precisamente aquele de «definir o imperativo como tal»³³.

Ora, é porventura possível afirmar que a particular eficácia da *ontologia do comando* pode bem ser compreendida quando se tenha em conta «o problema do performativo»³⁴, que, com J. L. AUSTIN, ganha particular pertinência ao integrar os comandos entre os performativos ou *atos de fala* (*speech acts*). E, assim, particular relevo assume a sua integração entre os já conhecidos enunciados que não descrevem um estado de coisas externo, mas antes que, através do seu proferimento, produzem «como um facto o que eles querem dizer»³⁵. Sobre isto já dissemos algo no passado, para aí remetemos para abordagem mais detalhada³⁶.

De modo que, se se considerar o crescente êxito da «categoria do performativo», não apenas entre linguistas, mas também entre filósofos e juristas, é seguro afirmar a importância da distinção entre assertivo/locutório e imperativo/ilocutório, assim como o efeito particular dessa descoberta no campo estrito da filosofia da linguagem, em sede do uso do discurso na contemporaneidade.

³⁰ *Idem, ibidem.*

³¹ *Idem*, p. 99.

³² *Idem, ibidem.*

³³ *Idem, ibidem.*

³⁴ *Idem*, p. 104.

³⁵ *Idem, ibidem.*

³⁶ Cfr., a propósito, o nosso, *O Juízo Crítico da Culpa*, Dissertação de doutoramento, Lisboa, 2016, inédito, pp. 686 e ss.

No entanto e apesar de, nesta sede, não ter cabimento que nos debruçemos sobre «este capítulo da história da lógica»³⁷, a verdade é que, apesar da atenção prestada a partir do século passado ao modo imperativo, será ela ainda determinada pela procura de a transformar em declarativa e não ainda da sua compreensão *como* imperativa. Reflexo, porventura, do que, como notado em cima, em contraste com o fenómeno da obediência, o facto é que, quando olhamos para a linguagem do comando, na tradição filosófica ocidental, nunca teve lugar «uma reflexão sistemática e intencional sobre o comando»³⁸.

De modo que, o facto da atenção contemporânea se ter centrado, com inegável êxito, no *carácter performativo* da linguagem envolvida naquilo que AGAMBEN denomina de *ontologia do comando*, a verdade é que essa atenção não permitiu ainda suprir os efeitos da ausência de reflexão, no pensamento ocidental, sobre o imperativo considerado como tal, no seu preciso carácter *não apofântico*. Sobretudo quando, como no Direito, *maxime* em contextos determinados como aquele envolvido na discussão acima descrita da legalização da eutanásia, se funde esse comando numa asserção de facto, com pretensão de verdade que, por definição, o discurso do comando não pode demonstrar.

Assim, quanto ao comando envolvido na *legalização da eutanásia*, nos termos acima vistos, tem esse comando a pretensão de se sustentar na seguinte afirmação: Aceite-se a disposição sobre a vida (auto ou heterodisposição). Participe-se na sua eliminação, pois a vontade do *doente* no sentido de sobre a sua vida dispor, cumpridas certas condições e seguido certo processo, é livre.

Esse comando é *performativo*. Isso a lógica e a filosofia de linguagem explicam. Mas o comando e a razão de ser do seu efeito têm a pretensão de se fundar em verdade: na existência de liberdade, momento em que essa vontade é afirmada. Na natureza livre da vontade. Numa vontade que é livre até ao derradeiro momento em que efetivamente se dispõe da vida do *doente*. Mais. A definitiva irreversibilidade da consequência de dar cumprimento ou de obedecer a essa vontade não autoriza outra pretensão que não a de verdade quanto à existência de liberdade em cada momento em que aquela vontade é afirmada. Mais que a certeza da vontade que se vê afirmada como um facto, é a sua afirmação dessa vontade como

³⁷ *Idem, ibidem.*

³⁸ MATIASHVILI, *op. cit.*, p. 262.

expressão de uma vontade livre que se impõe como exigência de uma pretensão de verdade. E que, em face do fim, não tolera erro: é verdade que essa vontade é livre. Assim nos *pretende* dizer o comando.

Mas aquele efeito, *performativo* por definição, ocorre sem que essa pretensão de verdade se veja fundada. Limitação decerto de um Direito e de uma sua linguagem que, *não apofântica*, nada pode demonstrar no domínio de pretensão de verdade e da sua demonstração – aqui da verdade relativa à existência de liberdade no momento em que o *doente* decide pela morte. Muito embora de uma pretensão e, por isso, de uma verdade, em que pretende fundar a legitimidade de um comando que, autorizando-a, verificadas certas condições e certo procedimento, e excluindo a punição de quem na antecipação da morte participe, ordena o reconhecimento aí de um direito do *doente* a dispor sobre a sua própria. De um direito que importa, portanto, ser por todos respeitado.

Uma linguagem que, por não ter natureza apofântica, se afasta daquela que, regressando às raízes aristotélicas da distinção, o é, por definição, ou seja, a da filosofia e da ciência.

E perde-se para a filosofia e para a ciência e para todo o discurso que não trata, não cuida, nem se detem no *não apofântico*, o processo de justificação do que no Direito se traduz apenas e só no comando e, mais precisamente, num ato. No ato de comandar que se sustenta em si mesmo pelo simples facto de existir enquanto tal. Restando apenas a forma pela qual se faz anunciar, sendo ela a da afirmação. De uma afirmação que, no que impõe, porque de comando se trata, gera, no efeito performativo que decorre dessa afirmação, o equívoco de nela encontrar uma qualquer justificação que esse comando e o seu efeito performativo fossem capazes de trazer para o que impõem. Equívoco maior quando essa justificação requeira uma pretensão de verdade: a da existência de uma vontade livre.

Deixados à afirmação como um facto, o que o Direito nos apresenta, nos termos da linguagem de que é capaz, é o relato, a história de uma vontade. Da vontade que conduziu àquele comando e que configurou os termos da sua imposição.

Por isso, e regressando a HOBBS pela mão de AGAMBEN, alerta este último para o risco de explicar o comando e, acrescentamos nós, o Direito, como um ato de vontade. Pois, numa tradição filosófica marcada pela ausência de reflexão sobre o comando encarado *qua* imperativo e porventura, precisamente por força daquela ausência, «o comando, quando é mencionado, é constantemente e obrigatoriamente explicado (*spiegato*)

como um «ato de vontade»³⁹, nisso encerrando, com AGAMBEN, o Direito e a Moral⁴⁰.

Se isso é verdade, acompanhamos, então, o Autor ao afirmar que «a partir do momento em que ninguém alguma vez logrou definir o que significa “querer”», em causa estará pretender explicar «un *obscurum per obscurius*, qualquer coisa de obscuro com alguma coisa ainda mais obscura»⁴¹.

1. O Direito como discurso não apofântico no contexto de um processo eminentemente burocratizado

Reduzidos a um mero ato de vontade e a essa dimensão, perdida para a ciência e para a filosofia e, como dissemos, para todo o discurso que não trata, não cuida e se não detém no *não apofântico* a compreensão de tudo o que não trate de comando e de tudo o que importa em forma de sua justificação, não é apenas o risco de equívoco acima mencionado que se vê corrido: o de excogitar do Direito, e dos termos do que o seu discurso – não apofântico – é capaz, a demonstração de uma verdade que lhe escapa – pois que escapa ao espaço da sua possibilidade discursiva –, na forma de uma justificação que o Direito não é e os seus cultores não são capazes de fornecer.

Outro risco, na verdade, desponta na pretensão quando atentemos, desde logo, em particular, a proposta de *legalização* de eutanásia que temos vindo a discutir. É ele o de afirmação da existência de liberdade e, com isso, de autonomia e, com ela, de um espaço de autodeterminação tutelável para decidir colocar fim à vida quando verificadas as condições que a proposta prevê e no contexto do procedimento que propõe. Risco esse que se não esgota no equívoco decorrente da impossibilidade de demonstração da existência da precisa liberdade que a lei pretende afirmar como fundamento do reconhecimento de um direito a morrer e da possibilidade mesma de naquelas condições, assim como aquele procedimento, assegurarem a existência de liberdade na decisão, em cada momento de afirmação de vontade e, sobretudo, no momento derradeiro e final que imediatamente precede o da morte.

³⁹ *Idem*, p. 107.

⁴⁰ *Idem*, *ibidem*.

⁴¹ *Idem*, *ibidem*.

Aquele outro risco respeita à natureza do processo escolhido. Burocrático, por definição, na nossa óptica e como vimos.

Dessa natureza burocrática resultam dificuldades maiores.

São essas dificuldades, desde logo, manifestadas:

a. Na ausência de resposta fornecida pelo elenco das condições descritas na lei relativa à questão de saber sobre se, nas circunstâncias limite de sofrimento descritas na lei – de uma vida que, no momento, é para quem sofre, só sofrimento –, *é sequer possível a existência de liberdade, sobretudo* quando de liberdade se trata para decidir sobre a própria vida. Possivelmente, pelas razões que veremos, será mesmo a proposta legislativa marcada pelo desinteresse pela pergunta.

E assim, como vimos, quando se dispensa a necessidade do *médico especialista contactar pessoalmente o doente, emitindo parecer escrito que, sendo favorável, o é no sentido de pôr termo à sua vida, sem que, na verdade, o tenha sequer conhecido.*

Assim também quando se dispensa a necessidade de participação de psiquiatras, sem que, portanto, em momento algum se imponha o despiste, fazendo uso dos melhores conhecimentos da ciência médica, do risco de condição mental incompatível com a capacidade de tomada de decisão sobre si.

Assim também e não necessariamente por fim, pelo período mínimo de tempo de decurso do procedimento administrativo.

Prevedo o legislador como único limite temporal mínimo o período de seis dias, daí decorrerá que, na ausência de constrangimentos procedimentais ou de outra natureza, poderá bem ser dada a morte num período de tempo que não excederá de forma significativa essa extensão temporal. Breve, para não dizer exígua, quando a quem decida sobre a sua vida se deva garantir o período de tempo suficiente e sempre necessário para prevenir, em face da natureza irreversível e, por definição, dramática da decisão, a impulsividade e a precipitação. Ou seja, aquilo que o desespero, nunca a maturada reflexão, quererá impor em rapidez de execução, apesar de e até contra toda a dúvida.

b. Na natureza burocrática e procedimental do processo que, além da dispensa de contacto pessoal entre médico especialista e o doente e da não exigência de participação necessária de psiquiatra no processo, também não encontra necessidade de exigir que a CVA e qualquer dos seus membros entrem em contacto pessoal com o doente, apesar do seu parecer favorável ser decisivo para a autorização de morte auto- ou heterodeterminada.

c. Presente na centralidade da natureza eminentemente documental do processo, exigindo-se de médico especialista, de médico psiquiatra e dos membros da Comissão a produção de relatórios e pareceres escritos. Mas a nenhum deles se exigindo qualquer contacto com o *doente*.

Natureza eminentemente documental notada ainda também na importância decisiva depositada na sucessão de três relatórios escritos, culminando num relatório final, também escrito, após a morte, por parte do médico orientador. E ainda na exigência de redução a escrito de toda a informação clínica do *doente* e da sua inclusão no seu ficheiro clínico, mas não já que todos os clínicos que a obtenham, com exceção do médico orientador, o façam por via de contacto pessoal. Permitindo-se que as conclusões clínicas a que cheguem se fundem apenas e só, também elas, nos documentos, necessariamente escritos, constantes do processo.

Preferência, por fim, por essa natureza documental do procedimento, quando se não exija que a informação constante do processo clínico seja obtida, confirmada ou infirmada e, sobretudo, sopesada, por contacto direto e pessoal com o *doente*, por parte de qualquer dos clínicos participantes, que não seja o médico orientador.

d. Dificuldade, por fim, pela confiança plena num processo de natureza eminentemente documental para prevenir uma decisão administrativa autorizativa isenta de erro. Não apenas isenta de erro quanto à expressão de vontade e quanto ao sentido dessa expressão por parte do *doente*; não apenas isenta de erro quanto ao grau de esclarecimento das alternativas, das exigências do processo e das consequências da decisão; mas, sobretudo, isenta de erro quanto à natureza livre da vontade expressa.

Para todas elas e, em particular, no que concerne a certeza quanto à liberdade de vontade, a prevenção de erro não justifica, no procedimento proposto pelo legislador, a exigência legal de contacto pessoal com o doente pela maioria dos participantes no processo, a começar por todos os clínicos, com exceção do médico orientador. Antes sim e apenas o conhecimento por estes (espera-se que detalhado) da documentação escrita produzida até ao momento da sua participação.

Apenas por essa via, documental e escrita, conhecendo o *doente*, dele conhecendo, como sendo dele, os requerimentos, também eles apenas na forma escrita, onde afirma e reafirma, por escrito, a vontade, escrita, de que lhe seja *dada a morte*.

Burocratização, neste ponto, presente, então, na confiança de que um processo dominado pela forma escrita encontrará nela a forma idónea de assegurar a infalibilidade possível da decisão administrativa da autorização.

Da infalibilidade, lembra-se, quanto à existência de liberdade na expressão de vontade pelo *doente* de que lhe seja dada a morte.

E assim mesmo quando, em face da definitividade das consequências e da incorrigibilidade do erro, o contacto pessoal com o *doente* e, diga-se também, com os seus mais próximos, se apresentaria como alternativa. Uma alternativa, de resto, que, quanto à intervenção de médicos, se vê imposta pelas *leges artis*. Não se antevendo em que termos a acentuação daquela forma – meramente documental e escrita –, em detrimento da relevância desta – fundada no contacto pessoal e direto –, se pudesse afigurar como mais capaz daquele risco de erro prevenir.

E assim possivelmente, por aquilo que está no centro da caracterização do processo consumadamente burocratizado: pela confiança na infalibilidade do processo quando assuma forma documental, escrita e seja promovido por técnicos formados e profissionais. Mas que, sobre o conhecimento dessa pessoa em caso algum poderá ter a pretensão de versar. Porventura porque, apenas podemos especular, tomará o conhecimento direto – por isso, entre leigos, denominado *pessoal* – com o *doente*, tomado como requerente de uma autorização, ele próprio (o conhecimento pessoal) como um erro.

De uma burocratização se trata, então, que retira da equação o erro.

Que erro?

O erro quanto à existência de liberdade no momento em que o *doente* decide a morte e decide que lhe seja dada. De uma liberdade, no entanto, que surge como fundamento de atribuição de um direito seu e, por isso, como comando dirigido a e capaz, portanto, de impor a sua execução.

De procedimento burocrático que não considera, portanto, a possibilidade de erro sobre a existência de algo cuja verdade quanto a essa existência não pode ter a pretensão de afirmar: a (existência de) liberdade, desde logo no momento em que é *dada* a morte.

Que a Administração faça essa aferição no seio de um procedimento capaz de fundar um discurso plausível em sede de direitos fundamentais e, nele, num de afirmação de liberdade e de autodeterminação no Direito, não tornará essa Administração feitora de algo – a liberdade – que, para poder ter qualquer pretensão de ser afirmada, sempre dependerá que a essa aferição algo mais, de forma crucial, se veja acrescentado.

Ora, isso que importa acrescentar apenas o poderá ser quando se afaste um procedimento confiado num retrato (nunca num conhecimento), chamemos-lhe, consumadamente *documental* da pessoa. Pois que dela ou da necessidade do conhecimento desta algo parece estar ausente, por

parte significativa das pessoas que participam na elaboração de pareceres determinantes no sentido de assegurar a morte.

Ausente se encontra o momento ou momentos em que esses poderiam ouvir – não ler – *da boca* do próprio – não de terceiros, menos ainda do médico orientador – das motivações que o levam a decidir. E ausente ainda a pergunta por aqueles que o rodeiam ou a própria pergunta sobre se saber se existem – se tem alguém. E a pergunta pelo que, em existindo, têm a dizer. Ausente ainda estando saber – possivelmente porque interessando ainda menos a um processo burocratizado – o que deles fica depois do ato de morte. Um ato que, no espaço cultural em que o legislador nacional se insere, *é dotado de* um peso emocional e de um significado cultural que os acompanhará e com que terão de lidar até ao fim dos seus dias («*Não quis ficar entre nós*»; «*não o conseguimos prender à vida*»).

Mas tudo, dir-se-á, assim terá de ser em nome da garantia da autonomia, porque está em causa a necessidade de garantir a autodeterminação individual. Do doente, apenas e só e do respeito pela sua vontade.

Ora, numa e noutra, deste modo garantidas, além do que fica dito sobre a indemonstrabilidade da existência da liberdade num discurso marcado pelo comando, e além do que fica em forma de dúvida sobre a demonstrabilidade dessa liberdade em face deste procedimento ou mesmo sobre a própria pretensão dessa efetiva demonstração, em cada caso, em cada decisão e em cada momento em que essa decisão é tomada, outra dúvida, porventura maior, fica que urge registar.

Respeita ela ao facto de, entregue aos termos procedimentais propostos, se perder para a ciência e para a filosofia a possibilidade de se afirmar um discurso que atente no que é humano e pessoal. Pois que, a ciência, assim como a filosofia e, porque não, assim também o Direito e a Moral, uns e outros, apofânticos ou não, podem ser, deverão ser, humanos ainda assim e pessoais, por definição. A todos se impondo no âmbito das suas possibilidades epistémicas um discurso capaz de captar a realidade dos termos em que cada um se vê lançado na vida fundada nos precisos traços humanos e, com isso, pessoais que a tornam vida especificamente humana. Um discurso, à falta de melhor, da emoção e dos sentidos e do desafio da relação.

Desse modo permitindo mergulhar a linguagem dos direitos e, nela, da autodeterminação *na realidade* dos termos em que cada vida é. *Qualificada*, de novo com GADAMER – de *vida qualificada*, de *Bios* – e não estritamente fisiológica – *vida nua*, como diz. De *pessoa* e não de *corpo*.

Apofântico tornando, confessemos-lo, nesta dimensão e neste espaço reflexivo que ora se vê desafiado, o discurso do Direito e, já agora, da Moral. Mas que, para assim ser, exige que se não perca de vista, desde logo, na forma do procedimento e do caminho proposto pelo legislador, a atenção ao que de particular faz esse discurso que reflete e dá corpo àquela relação e a esta existência capaz de a tornar pessoal.

Um discurso, portanto, particular que requer uma atenção não menos particular ao jurista ou ao eticista quando queira ter a pretensão de topar a presença de vontade, de vontade autodeterminada, de vontade *livremente* autodeterminada e, por via dela, de desenvolvimento e de desenvolvimento *livre* de personalidade.

Pois que, onde ocorra, despontará sempre de um espaço discursivo que, no modo como ocorre, tem a marca precisa de uma forma de relação também particular que a reveste daquilo que é especificamente humana.

No contexto do comando, não o tomar em atenção, importará, não topar a natureza particular de um *discurso de comando* que, por isso, se torna empobrecido, porque incapaz de sustentar em verdade, a realidade da liberdade em que se fundamenta para justificar esse comando. Empobrecido também porque importará que ao observador passe despercebida a natureza particular do discurso e, com isso, do *modo* de relação que, apenas quando apercebida e notada, permite identificar o *modo* como nela os participantes se reconhecem mutuamente como *pessoas*.

Se pudermos trazer em nosso auxílio um modo melhor, mesmo que heterodoxo, de descrever isso que ao jurista e ao eticista se exige em olhar particular no contexto da *ontologia de comando* de que partem e o que acontecerá quando esse olhar particular falhe ou não esteja sequer presente, voltemos a ARISTÓTELES, desta feita na sua *Poética*. E fazemo-lo explicitamente pela mão e pela lembrança de AGAMBEN, de onde retiramos o passo e, sobretudo, o sentido do trecho escolhido.

Diz o pensador de Estagira:

«Diz respeito ao pensamento tudo o que tem de ser expresso pela palavra. Faz parte disto demonstrar, refutar, despertar emoções (como compaixão, temor, cólera e outras similares) e também engrandecer ou minimizar. É evidente que também nas acções se deve partir destes mesmos princípios quando for necessário conseguir efeitos de compaixão, temor, grandiosidade ou verosimilhança. A única diferença é que estes devem ser revelados sem explicação verbal, enquanto os outros são conseguidos, através de palavras, pelo seu

emissor, e derivam dessas palavras. Qual seria, na verdade, o papel de quem fala, se o efeito pretendido já fosse evidente mesmo sem as palavras? Do que respeita à elocução, um aspeto a considerar são as variantes da entoação, mas conhecê-las é próprio do ator e de quem é especialista neste assunto, como, por exemplo, o que é uma ordem, uma súplica, uma narração, uma ameaça, uma pergunta, uma resposta e outras coisas semelhantes. O conhecimento ou desconhecimento destas coisas não é motivo para que se faça uma séria censura à arte do poeta. Realmente, quem consideraria erro o que Protágoras censura a Homero, a saber, que, pensando fazer um a prece, dá uma ordem ao dizer «canta, ó deusa, a cólera»? É que mandar fazer ou não alguma coisa, diz ele, é uma ordem.

Considere-se, pois, ser este estudo próprio de outra arte que não da arte poética.»⁴²

De *pensamento* se trata. Assim como da sua dependência no modo de ser humano que torna o reconhecimento de cada um como pessoa possível. De um *pensamento* que, no espaço de um comando, essencial se torna à *consideração de uma liberdade que não existe no facto da sua proclamação, uma vez cumpridas as condições* e o procedimento abstratamente estabelecidos pelo legislador. De um *pensamento* que mergulha na experiência concreta de cada indivíduo, no modo como orienta o olhar para o particular. E que, por isso, notará, no comando em que essa afirmação se transforma em exigência de respeito de um direito a morrer, a decorrência de uma vontade do legislador, não mais. E, por isso, não tanto, nem necessariamente da existência de liberdade que, por via daquela asserção, se vê legalmente afirmada em cada caso em que as condições e o procedimento que estabelece se veem, respetivamente, respeitadas e cumprido.

Por força disso, onde falhe esse *pensamento*, a *poetas* – partindo do modo desfavorável como a poesia era vista na Antiguidade, em particular na filosofia, a que ARISTÓTELES dá voz – em cujas mãos liberdade, não apenas é, como *existe* nos termos de um exercício de verificação de condições e de procedimento legais, caberá fazer coincidir a sua afirmação/

⁴² ARISTÓTELES, *Poética*, Prefácio de Maria Helena da Rocha Pereira, Tradução e notas de Ana Maria Valente, 3.^a edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2008, 1456b, pp. 1-19.

/asserção com um comando. Para *poetas*, é livre, a pessoa e a decisão que toma e tem direito a que se lhe dê a morte e se respeite esse direito.

Ao *poeta* escapa, então, o *pensamento* no modo como humanamente se expressa, por palavras ou sem elas, e no modo como, nesse modo particular, se vê intersubjetivamente compreendido. Ao *poeta* escapa a liberdade e a sua afirmação em cada caso para lá do exercício de verificação de condições e de processo legalmente estabelecidos.

Ao *poeta* escapando a consideração da liberdade – e da vontade livre e da sua autodeterminação e do desenvolvimento livre de personalidade – como asserção tornada em comando legalmente afirmado.

À *arte* do *poeta*, que pode bem transformar-se na do jurista, no seu esforço de aferição de liberdade, escapa a vontade livre, a autodeterminação de vontade e de livre desenvolvimento de personalidade, em face do particular, em face *daquela* pessoa.

A razão maior dessa falha funda-se, se bem cremos, na burocratização mencionada.

E assim por aquilo que está no centro da caracterização do processo burocrático: pela confiança na infalibilidade do processo documental, escrito, promovido por técnicos formados e profissionais no conhecimento do processo, não já da pessoa que o tem como nome, dispensando-o. Mas que, sobre o conhecimento dessa pessoa em caso algum poderá ter a pretensão de versar. Porventura porque tomará o conhecimento direto – por isso, entre leigos, denominado *peçoal* – como um erro.

Que Homero não saiba...

IV. O comando como *archè*, nascimento (criação)

Quando assim seja, ao Direito e aos seus cultores fica o risco do equívoco mencionado: o de excogitar do Direito e dos termos do que o seu discurso – não apofântico – é capaz, a demonstração de uma verdade que lhe escapa – pois que escapa ao espaço da sua possibilidade discursiva –, na forma de uma justificação que o Direito não é e os seus cultores não são capazes de fornecer.

E regressamos às perguntas iniciais: O que podem o Direito e, por via dele, o comando como paradigma do seu conteúdo inerentemente não apofântico afirmar em forma de justificação quando para ela se exija uma demonstração, uma afirmação com pretensão de verdade, para além da verdade da própria imposição? O que fica para o Direito Penal, como paradigma desse preciso modo de se entender o Direito enquanto

comando, enquanto forma de justificação que se oferece em face daquela pretensão e expectativa, verdadeiramente comunitária, quando não mais que o comando se pode afirmar como a verdade possível que o Direito pode apontar e justificar? Quando o que cria e o que, em boa verdade, pode apontar como realidade dessa criação é a imposição ou a autorização, consoante a natureza da norma penal, mas não a verdade ou falta dela dos pressupostos fácticos e da conclusão que, neles fundados, fundarão em necessidade aquela norma, o seu sentido (proibitivo ou autorizador) e, no caso de incriminação, a severidade da sua consequência?

Entre o *pouco* e o *muito*, propusemos que *muito* seria, antes, de esperar do Direito Penal.

E assim, dissemos, sem justificar, quando ao comando se associe a criação mas precisamente aí, muito fica para o Direito Penal. Mas apenas aí, acrescentámos quando criação e início se vejam entendidos de outro modo.

Avancemos, então, agora, nesta ideia.

Nascimento e criação assomam como origem comum do termo que designa o termo comando.

E assim pois que, *comando* tem, na sua origem etimológica grega originária, a palavra *archè*. Termo grego dotado de um duplo significado. Valendo tanto para «“origem, princípio”», como para «“comando, ordem”»⁴³.

Poderemos, porventura, aí encontrar a resposta possível – ou o início da resposta possível – à pergunta que aqui nos traz como ponto incontornável do percurso a que nos propusemos: onde colocar o proveito do contributo de uma *ontologia do comando* para um discurso que, não apofântico, assume ainda assim a pretensão de fundar o que ordena em fundamento suficiente de legitimidade?

De aparente aporia e contradição se trata aparentemente aqui topada a «arqueologia do comando»⁴⁴, como nota AGAMBEN e que temos seguido tão de perto e em detalhe. Afinal comando/ordem, origem/princípio têm a mesma origem. Derivam do mesmo étimo. Fundam-se uns e outros na ideia mesma de natalidade, de nascimento original, de presença de um sinal de autoria. E assim de modo supreendente, pois, entre ordem/

⁴³ AGAMBEN, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁴ *Idem*, p. 91.

/comando e origem/princípio se parecia impor a distância de significados opostos, polos também opostos da experiência humana situada entre a obediência – ordem/comando – e a liberdade – origem/princípio.

E, no entanto, da aparente oposição brota o que ela, na sua aparência, parecia encobrir: o traço comum de uns e outros, presente no mesmo étimo de que todos provêm e que a todos confere o mesmo sinal significante fundamental. Todos são, afinal, afirmação no mundo da natalidade, da novidade e da autoria.

É essa surpresa resultante de uma contradição aparente, própria, de novo com AGAMBEN, não de uma «homonímia», mas, «em vez disso, de uma polissemia» que, por via de um étimo comum, permite a aproximação de «significados, pelo menos na aparência, muito distantes entre si»⁴⁵. Mas, diz, essa contradição e surpresa é necessária em línguas e em culturas que, apenas no «duplo movimento de reunificação e disseminação semântica», permitem, por via de um «gesto contraditório»⁴⁶, que as palavras revelem o seu verdadeiro significado e, assim também, afirmem o seu alcance – cultural, certamente – de sentido.

Afirmção de sentido que, na parte que nos interessa, corresponde a um facto «certamente não casual»⁴⁷. Será ele, com o Autor, de que «a nossa cultura, a *arché*, a origem, é sempre já também o comando, o início é sempre já antes o princípio que governa e comanda»⁴⁸.

No *nascimento*, na *criação* que se confunde com *comando*, permite-se possivelmente afirmar que, na «nossa cultura», dessa «homonímia estrutural» deriva «o prestígio da origem»⁴⁹. E nela, um passo em frente, que parte desse nascimento e dessa criação, se atribui, se bem pensamos nós, o preciso cunho que à *ontologia do comando* pode trazer a precisa legitimidade que resulta, em simultâneo, questionada e requestada. Será ele fundado na ideia de que:

«a origem é aquilo que comanda e governa não apenas o nascimento, mas também o crescimento, o desenvolvimento, a circulação e a transmissão – numa palavra: a história – daquilo a que deu origem»⁵⁰.

De modo que, insiste GADAMER, quer se trate de um ser, de uma ideia, de um saber ou de uma prática, em qualquer caso «o início não

⁴⁵ *Idem*, pp. 91 e 92.

⁴⁶ *Idem*, p. 92.

⁴⁷ *Idem*, p. 93.

⁴⁸ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁵⁰ *Idem*, *ibidem*.

é uma simples estreia (*esordio*)», antes o início «não cessa jamais de iniciar, isto é, de comandar e de governar o que criou/colocou no lugar (*ha posto in essere*)»⁵¹.

Comando e iniciativa, ordem e ação partilham, então, a mesma origem etimológica. É ele, como mencionei noutra escrito a que ora recorro citando⁵², «*archein*, começar, ser primeiro – num sentido originário que sofre uma progressiva *descharacterização*, no sentido de um muito outro, o de governar, do qual desaparecerá por completo aquele de começo, de criação –, imprimir movimento a (o latino *agere*)»⁵³.

Archein como o início não apenas do comando/ordem, mas também «de alguém que é, ele próprio, o iniciador». E de um início/*arché* que não é apenas o do comando e de cada ato de cada indivíduo, mas que o é também – o início, a criação – de uma comunidade.

De novo regressando ao que já no passado referira⁵⁴, no relato de PLUTARCO sobre a fundação de Roma:

«Uma vala foi escavada num círculo à volta do que é agora o *Comitium* e para dentro dela foram lançados os primeiros frutos de todas as coisas que eram honradas e necessárias aos homens. Finalmente, cada homem trouxe um pouco de terra da terra de que proveio e lançou-a para uma pilha e misturaram tudo. Chamam esta vala pelo mesmo nome que dão aos céus, *Mundus*.»⁵⁵

E foi fundada a *Polis*: «Depois, quando a cidade [*polis*] foi, então, fundada, eles tornaram-na um santuário a pessoas em perigo para aí buscarem refúgio, dizendo que pertencia ao deus *Asylus*; e receberam nele todo o tipo de pessoas, não entregando escravos aos seus donos, devedores aos seus credores ou assassinos aos seus juízes, mas dizendo que, de acordo com um oráculo pítio, o santuário era livre para todos;

⁵¹ *Idem, ibidem.*

⁵² Assim, nestes precisos termos, *apud o nosso*, «Nem Sempre Nomes – ou o Nomear como Transgressão Constitutiva do Direito», in José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz Sequeira e Pedro Garcia Marques (coord.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, IV, UCE, Lisboa, junho 2020, pp. 2473 a 2529, neste ponto, pp. 2507 e ss. e 2514 e ss.

Ainda sobre este ponto, cfr., ainda a propósito, o nosso, *O Juízo Crítico da Culpa*, *cit.*, 2017, pp. 311 e segs., pp. 415 e segs., pp. 521 e ss. e pp. 538 e ss.

⁵³ *Apud o nosso* «Nem Sempre Nomes», *cit.*, p. 2507.

⁵⁴ Assim já aludido no nosso «Nem Sempre Nomes», *cit.*, desta feita, p. 2507.

⁵⁵ PLUTARCO, *Plutarch's Lives*, tradução do grego para inglês designada DRYDEN'S corrigida e revista por A. H. CLOUGH, volume 2, Boston Little Brown & Co., Boston, 1875, XI.

de tal modo que a cidade [*polis*] cedo ficou cheia de homens, pois eles dizem que, no começo, continha nada menos do que mil terras.»⁵⁶

E temos, então, a ação enquanto *initium*.

Todo o início, como também antes dissemos⁵⁷, toda a origem traz com ela o cunho da imprevisibilidade. E assim porque o homem «é único», pois que, com cada nascimento, «algo unicamente novo vem ao mundo»⁵⁸. De tal modo que – e regressando agora com pleno sentido a AGOSTINHO –, «em relação a este alguém que é único, pode ser dito, com plena verdade, que ninguém alguma vez aí estava antes»⁵⁹.

Pelo que «se a ação, como início, corresponde ao facto do nascimento, se é a actualização da condição humana da natalidade, então a fala/o discurso (*speech*) corresponde ao facto da distinção (*distinctness*) e é a actualização (*the actualization*) da condição humana da pluralidade, *i. e.*, de viver com ser distinto e único entre iguais»⁶⁰.

Assim, apesar de problemático, no preciso caminho da contradição e, com isso, da aporia encontrada na fundação daquela origem semântica, um outro sentido se encerra na afirmação de que «não existe um *archè* para o comando, porque o comando, ele próprio, é uma *archè*, é a origem ou, pelo menos, esta/existe (è) no lugar da origem»⁶¹.

Na verdade, assim, criação, criador e vontade unir-se-ão e formarão o eixo discursivo que dispensa mais justificações.

V. O relevo do que resulta exposto para os desafios atuais colocados aos crimes contra as pessoas

E assim a liberdade, como comando/início que o Direito pode e tem de assegurar em dimensões de realização existencial que assomam como

⁵⁶ *Idem, ibidem*, IX.

⁵⁷ *Apud* o nosso «Nem Sempre Nomes», *cit.*, p. 2508, citando HANNAH ARENDT, *The Human Condition*, Introdução de Margaret Canovan, 2.^a edição do original de 1958, University of Chicago Press, Chicago, 1998, p. 178 (disponível em português sob o título *A Condição Humana*, Tradução de Roberto Raposo, Coleção Antropos, Relógio d'Água, Lisboa, 2001).

⁵⁸ Citado por ARENDT, *idem, ibidem*.

⁵⁹ ARENDT, *op. cit.*, *ibidem*.

⁶⁰ *Idem, ibidem*.

⁶¹ GADAMER, *op. cit.*, p. 95.

realidades *novas* ou de percepção recente, como espaços de afirmação individual de autonomia essenciais ao cumprimento de mandato constitucional de livre desenvolvimento de personalidade, surge como *parte de leão* dos desafios novos dirigidos aos crimes contra pessoas.

Dimensões de realização carecidas de tutela e de promoção também por via da mobilização dos instrumentos penais disponíveis num Estado de Direito, democrático, que funda as suas raízes naquela precisa dimensão de reconhecimento de liberdade como garantia de *iniciativa/ação/nascimento/criação* que, com *comando* e, com isso, com *norma penal*, incriminadora, justificativa ou exculpante, partilha a mesmíssima origem etimológica fundada em *arquê*.

Assim, é precisamente essa dimensão de liberdade e de garantia de autodeterminação existencial que presidiu à criação dos tipos de violência doméstica e de maus-tratos, nos arts.^{os} 152.º e 152.º-A do CP, paradigmáticos que se tornam da compreensão pelo legislador de que em causa estará, como desafio a um dever de tutela do Estado a prosseguir criminalmente, a repressão de comportamentos que se não compreendem, nem se veem censurados por via de atos singulares e isolados, mesmo quando reiterados, lesivos de bens jurídicos pessoais, mas antes por se compreenderem em razão de uma vontade de *domínio existencial* da vítima pelo agente.

De um agente que se faz valer desses atos individuais, os quais praticará uma ou mais vezes, para se impor sobre a existência inteira de vítima(s), de forma não apenas duradoura, mas permanente. Numa forma de *domínio existencial* que se mantém enquanto forma de agressão, mesmo nos momentos em que se não esteja a traduzir em atos concretos de lesão de bens pessoais ou de sua colocação em perigo.

Por isso, a opção pela natureza pública associada a estes tipos, assim como pela não exigência de reiteração associada a atos concretos de lesão ou perigo, de entre os descritos.

Nem uma nem outra se associam apenas a pretensão de maior eficácia de perseguição criminal, seja pela oficiosidade na ação penal que a natureza pública autoriza, seja pela menor exigência em sede probatória, pois que a condenação não ficará dependente da demonstração plena e circunstanciada de cada ato individual de agressão. Antes sim, pela eleição de um bem jurídico, novo e complexo, que mergulha as suas raízes naquela compreensão de liberdade, que na ação e no comando, enquanto *arquê*, encontra a mesma raiz.

Em causa está a garantia da iniciativa, da originalidade, da diferença, como traço de uma vida que a todos é garantida como fruto das suas escolhas e do destino que para si elejam. Como fruto, por isso, da sua criação, enquanto forma vivida de uma existência que assegura a cada um o lugar de autoria.

Por isso, o *domínio existencial* como dimensão de censura particular associada a estes tipos e assim a natureza pública destes, bem como a não exigência de reiteração. E assim também a possibilidade de se considerar estar aí em causa o repelir de uma agressão atual, para efeitos de preenchimento do respetivo pressuposto da legítima defesa (que não ainda, no entanto e não sendo de mais sublinhá-lo, dos seus requisitos para efeitos de exclusão de ilicitude), nos casos de ato de afastamento de agressão por vítima de violência doméstica, mesmo que, no momento da sua atuação, não se encontre o agente a executar ou prestes a infligir maus tratos físicos ou psicológicos descritos pelo legislador ou não se encontre a impedir ou prestes a impedir o acesso ou a fruição aos recursos na lei mencionados. A tudo isto me referi, em tempos, de forma mais detalhada e para aí remeto mais considerações sobre o assunto⁶².

Mais. A mesma ideia de liberdade, enquanto dimensão de autoria original, capaz de ação e de iniciativa e, com isso, de afirmação em diferença de uma vida que, por isso, se não vê pelo Direito concebida como meramente fisiológica – *vida nua* com AGAMBEN –, mas como afirmação de autonomia e autodeterminação plenamente livre de vontade está na base de novos tipos e ainda reconsideração do bem ou bens jurídicos que outros tipos já existentes se propõem tutelar.

Assim na compreensão de crimes sexuais previstos na Secção II, do Título I do Código Penal. Tornados, recentemente apenas, como contra a liberdade e autodeterminação sexual, não já contra ou não apenas contra o corpo – apenas, de novo, sublinhamos – da vítima, menos ainda contra o pudor, deixando, por isso, de se ver remetidos para um campo de tutela fundado na defesa de valores coletivos.

De novo aí a rejeição da compreensão de cada um como mero *corpo* e da sua vida como mera sobrevivência fisiológica. Não. Isso que se bastaria com a consideração da vida numa dimensão biológica que em nada de relevante se destacaria da vida animal – a agambeniana *vida nua*, referida acima, entendida como *zoon* – e justificaria, de pleno, a

⁶² Assim, o nosso, «Ora, Trabalha, Sofre e Cala... ou Não», in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, II, UCE, Lisboa, 2013, pp. 319 a 373.

felizmente ultrapassada consideração da maior parte destes tipos como *crimes de mão própria*, não alcança o que o legislador compreendeu como estando encerrado na censurabilidade específica associada aos crimes sexuais.

Contra a liberdade o são. De uma dimensão de autonomia existencial que se escreve pela mão do seu autor, na forma de decisões sobre a sua existência que apenas a si lhe cabem e que mobilizam todo o seu ser, no seu corpo e, no que nele se reflete, do seu espírito criador. E criador que o é, porque fundador de uma nova vida, original e na sua raiz, por esse motivo, radicalmente distinta das demais. Por isso, crimes contra a dimensão de liberdade que, no domínio da vivência sexual de cada um, aí reflete essa autodeterminação emancipada e livre de interferência não só da vontade, mas *pessoa* que, para o ser, exige de todos os outros o respeito e consideração necessários ao seu livre desenvolvimento.

Por isso, as consequências imediatas, entre outras tantas, do afastamento da consideração de muitos daqueles como *crimes de mão própria* e da incorreta interpretação no sentido de que aqui está em causa um atentado contra o corpo da vítima que apenas pelo corpo do agente se pode infligir. Não assim. O que fica dito acima mostra como assim não pode ser.

E com isso, também, as possibilidades novas que nesse domínio se abrem, e por aquela razão, à admissibilidade de formas de participação que correspondentes aos aos modos diversos e não menos lesivos de formas interferência não necessariamente físicas na liberdade e autodeterminação sexual, enquanto manifestação da forma mais vasta de autodeterminação e livre desenvolvimento de personalidade constitucionalmente garantidos.

Não diferentemente quanto à introdução do tipo de mutilação genital feminina no Código Penal, nos termos do art. 144.º-A, em 2008. E da sua consagração não como forma grave de ofensa à integridade física – sendo que, na verdade, poderia corresponder, antes desta alteração, a uma forma grave deste ilícito –, mas como tipo autónomo.

Sinal claro da importância simbólica de uma distinção que remete, decerto, para os termos particulares, únicos, na verdade, em que a proteção integridade pessoal se vê aqui tutelada. Porque de integridade pessoal se trata, nos termos não apenas do que aí se joga de proteção contra a interferência na integridade física e também psíquica, pelos efeitos traumáticos do tipo de amputações genitais descritos no tipo. Mas, mais do que isso, pois que, se mais não houvesse a considerar, dificilmente se

comprenderia aquela autonomização face à ofensa à integridade física grave, desde logo quando para ela se prevê a mesma penalidade.

Esse mais, traço simbólico do que aí está em causa, joga-se precisamente, e de novo, naquela dimensão de ação, iniciativa, novidade, criação que comando e originalidade como fundamento da liberdade etimologicamente partilham. Trata-se aqui de tutela dessa autonomia criadora, dessa garantia de emancipação na vida presente e futura, feita pelas mãos de quem se constrói por via das suas próprias escolhas, para além de e mais além da tutela da integridade física e pessoal. E por a integridade *pessoal* sobretudo de meninas que em fase precoce da vida se devem ver protegidas do que em ato, na amputação que se lhes impõe, as condena a um enclausuramento cultural que visa afastá-las da possibilidade mesma de sobre si, a partir desse momento e sobretudo na vida adulta, poderem dispor.

Símbolo de uma afirmação que, nisso que aí desponta de afirmação de liberdade e emancipação individual, é, por definição, cosmopolita e, portanto, universal no seu alcance e no seu alcance de sempre. E de sempre no sentido de em todo o tempo ou, pelo menos, em todo o tempo feito de humanidade. E assim a resposta ao que se alegue em forma de procura de exculpação ou de isenção pessoal de pena a favor do agente por convicção culturalmente motivado. Pois que, nenhuma cultura, assim designada na sua raiz, ou seja, enquanto *cultivo*, como fonte do que de humano brota em cada gesto que nos define como tal, questiona, quando seja *cultura/cultivo*, o que de universal marca a compreensão mesma do que à existência humana empresta a marca indelével de dignidade.

E não caberá dizer *coisa* substancialmente similar em relação à criação no mesmo ano e por via do mesmo diploma do crime de casamento forçado, constante do art. 154.º-B do Código Penal?

É essa criação, autoria, originalidade, a possibilidade mesma de nascimento de algo de novo que brota do simples facto de cada um nascer e estar aí e aí se realizar que ao Direito cabe proteger nos crimes contra as pessoas, abarcando nele o ponto de síntese do que em todos os tipos importa tutelar e proteger.

De liberdade falamos e, sim, de vontade livre.

De um livre desenvolvimento de personalidade que, mais do que em autonomia, em verdadeira emancipação se vê compreendida como horizonte do que ao Direito Penal importa assegurar na parte que lhe toca da construção, pelo Direito, de um Estado que, no quotidiano e

na existência de cada um e em cada momento particular, se afirma *de Direito* e democrático e fundado em *liberdade*.

Onde o Direito Penal tope dimensões de vulnerabilidade que a cada um, em momentos particulares da sua vida e em dimensões únicas da sua existência, impeçam a possibilidade de realização pessoal numa vida que seja sua e, por isso, juridicamente garantida como estando nas suas mãos, nelas se moldando na forma em que cada um melhor se reveja, onde isso tope, dizíamos, cumprirá o Direito Penal o que se lhe impõe de reconhecimento em cada um, em cada fase da sua vida, desde a sua concepção à sua morte, uma vida que é sua e, nesse sentido, *qualificada*.

Para encerrar. Não encerrando, na verdade.

Falámos de KAFKA e dele conhecemos *a* história:

«Em frente da Lei está um porteiro; um homem que vem do campo acerca-se dele e pede-lhe que o deixe entrar na Lei. O porteiro, porém, responde que nesse momento não pode deixá-lo entrar.»⁶³

À porta da lei fica, então, o camponês à espera. E, entre o muito que faz, para convencer o porteiro a deixá-lo entrar, pensa para consigo que a «Lei devia ser sempre acessível a toda a gente». E espera. Décadas. Até ao momento em que, já velho e, agonizante, espera a morte iminente e pergunta ao porteiro: «Se todos aspiram a conhecer a Lei, (...) como se explica que durante estes anos todos ninguém, a não ser eu, pedisse para entrar?» O porteiro reconhece que o homem já está perto do fim e, para alcançar o seu ouvido moribundo, berra: «Aqui, ninguém, a não ser tu, podia entrar, pois esta entrada era apenas destinada a ti. Agora vou-me embora e fecho.»⁶⁴

Por tantas matérias nos cruzamos no Direito, sobre tantos temas nos debruçamos, mas por tudo com que nos cruzamos, poucas vezes, como nos crimes contra as pessoas, ressoa de modo tão intenso o sentido (fugidio) desta história.

Pois em todos esses *crimes* se contam histórias de quem chega e se coloca à porta e espera e espera.

⁶³ FRANZ KAFKA, *O Processo*, Tradução de GERVÁSIO ÁLVARO, Livros do Brasil, Lisboa, 1968, p. 222.

⁶⁴ *Idem, ibidem*,

E espera de cada um de nós, aqui hoje e onde estejamos amanhã, por que finalmente lhes franqueemos a *porta*. Aquela porta por onde «ninguém, a não ser tu, podia entrar, pois esta entrada era apenas destinada a ti». A porta, na verdade, não tanto *da Lei*, mas *a porta da Justiça*.

Assim seja.

